UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

Letícia Sfoggia de Souza

COMPETÊNCIA NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS: O POSICIONAMENTO DA DOUTRINA E DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Porto Alegre
2015

LETÍCIA SFOGGIA DE SOUZA

COMPETÊNCIA NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS: O POSICIONAMENTO DA DOUTRINA E DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. José Guilherme Giacomuzzi

Porto Alegre
2015

LETÍCIA SFOGGIA DE SOUZA

COMPETÊNCIA NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS: O POSICIONAMENTO DA DOUTRINA E DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em: ____ de _____ de 2015.

BANCA EXAMINADORA

_____

Professor Doutor José Guilherme Giacomuzzi

_____

Professora Doutora Roberta Camineiro Baggio

_____

Professor Doutor Lucas Pizzolatto Konzen

Porto Alegre

2015

À minha querida avó Adelaide,
que deixou saudade.

AGRADECIMENTOS

A meus pais amados, Heloísa Cohem Sfoggia de Souza e Juarez Fernandes de Souza, meus maiores exemplos, por todas as oportunidades e ensinamentos proporcionados; pelo amor, pela confiança e pelo apoio de uma vida inteira.

À minha irmã, Haline Sfoggia de Souza, pelo valioso auxílio no curso dessa caminhada e por todas as palavras de estímulo.

A Felipe Michel Spindler, meu amor, por compartilhar comigo esse e tantos outros momentos marcantes; pela compreensão, pelo companheirismo, pela motivação e pela constante presença.

A meu orientador, José Guilherme Giacomuzzi, pela confiança e apoio no curso deste trabalho; pela liberdade proporcionada, pelos ensinamentos jurídicos e pela segura orientação.

A meus chefes, Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues e Luiz Gustavo Kaercher Loureiro, do escritório Souto Correa, por despertarem em mim o gosto pelo direito administrativo; agradeço pela paciência, pelas lições e pela vivência profissional proporcionada.

Às minhas amigas, Aleska de Vargas Domingues e Patrícia Antunes Farias, pelo companheirismo, pelas risadas e pelo apoio ao longo desses cinco anos.

RESUMO

A presente investigação tem por finalidade delimitar, à luz da doutrina e da jurisprudência, quais são os limites do poder de editar normas atribuído às agências reguladoras brasileiras, também denominado ‘Poder Normativo’. Primeiramente, proceder-se-á a um breve escorço histórico das referidas entidades, focando na experiência norte-americana acerca da criação e desenvolvimento destas agências. Após, será procedida uma incursão pelos marcos econômicos e jurídicos brasileiros no bojo dos quais se originaram as agências reguladoras nacionais, focando nas diversas alterações constitucionais e legais que cercam a matéria, bem como se abordará a problemática da criação destas entidades no direito pátrio, frente, basicamente, ao aos princípios da legalidade e da separação de poderes. Serão abordadas, também, as posições dos doutrinadores brasileiros que se debruçaram sobre a matéria, analisando cada uma das diversas justificativas apresentadas a fim de legitimar o Poder Normativo destas entidades. Por fim, proceder-se-á à análise dos principais argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça na matéria, sendo sumariados os entendimentos destas Cortes quanto ao assunto, apontando os argumentos jurídicos preponderantes.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Poder Regulamentar. Agências Reguladoras. Entendimento Doutrinário e Jurisprudencial

ABSTRACT

This research aims to define, in the light of the doctrine and precedents, which are the limits of the law-making power assigned to Brazilian regulatory agencies, also called ‘Regulatory Power'. First, we will make a brief historical foreshortening of these entities, focusing on the American experience about the creation and development of these agencies. After, it will proceed a raid by the Brazilian economic and legal frameworks at the core of which originated national regulatory agencies, focusing on constitutional amendments and legal changes surrounding the matter, as well as address the issue of creation of these entities in the Brazilian law, front basically, to the principles of legality and separation of powers. It will be discussed also the positions of Brazilian scholars who have studied the matter, analyzing each of the various justifications to legitimize the Power Regulatory these entities. Finally, it will proceed to the analysis of the main arguments used by the Supremo Tribunal Federal and the Superior Tribunal de Justiça on the matter, and summarized the minds of these courts for that matter, pointing out the prevailing legal arguments.

Keywords: Administrative Law. Regulatory power. Regulatory agencies. Doctrine and Jurisprudence

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 9

1 GÊNESE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS – O CASO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E DO BRASIL 12

1.1 AGÊNCIAS REGULADORAS NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA 12

1.1.1 Origem e Evolulção 12

1.1.2 Poder Normativo das Agências Reguladoras Norte-Americanas 18

1.2 ORIGEM DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL 22

1.3 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ADAPTAÇÃO DO MODELO NORTE-AMERICANO À ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA 29

2 PROBLEMÁTICA DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO BRASILEIRO: UM VIÉS DOUTRINÁRIO 35

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DOS REGULAMENTOS ADMINISTRATIVOS 36

2.2 CONCEITOS E NATUREZA JURÍDICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO PÁTRIO 39

2.2.1 Justificativas Doutrinárias Para Legitimação do Poder Normativo Exercido pelas Agências Reguladoras Brasileiras 41

2.2.1.1 Necessidade prática das Atividades Reguladas 42

2.2.1.2 Termo ‘Orgão Regulador” na Constituição Federal 44

2.2.1.3 Deslegalização, Delegificação ou Delegação do Poder Normativo 46

2.2.1.4 Poder Regulamentar da Administração Pública 52

2.2.1.5 Poder de Impor Obrigações em Relações Especiais de Sujeição 55

3 A COMPETÊNCIA NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS SOB A ÓTICA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES 57

3.1 ANÁLISE DE JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 57

3.1.1 Tese da Delegação de Poderes e da Deslegalização de Matérias 57

3.1.2 Tese do Poder Regulamentar 61

3.1.3 Tese do Regulamento Autônomo 63

3.2 ANÁLISE DE JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 63

3.2.1 Tese da Delegação de Poderes e da Deslegalização de Matérias 64

3.2.2 Tese do Poder Regulamentar 67

3.2.3 Tese do Regulamento Autônomo 69

3.2.3 Tese do Poder de Impor Obrigações Especiais de Sujeição 71

3.2.3 Breves Notas acerca dos Julgados dos Tribunais Superiores..... 72
4 CONCLUSÃO..... 75
REFERÊNCIAS 77

INTRODUÇÃO

O presente trabalho investiga o exercício de poder normativo por parte das agências reguladoras brasileiras, enfatizando os fundamentos jurídicos atribuídos pela doutrina e pelas Cortes Superiores.

As agências reguladoras são autarquias de regime especial introduzidas no Brasil no contexto da Reforma de Estado operada na última década do século XX. Trata-se de entidades próprias de um Estado Gerencial, investidas de competência para a regulação de um setor específico. Na consecução de seus fins e atuando nos campos que lhe são próprios, exercem substanciosa atividade normativa, editando normas abstratas e emitindo Resoluções, Portarias e Notas Técnicas. Neste contexto, assumiram papel de inconteste relevância na estrutura organizacional de setores básicos da economia do Estado brasileiro.

Cumpre assinalar, contudo, que os poderes especiais, especialmente os normativos, atribuídos por lei a tais entidades, importadas do direito norte-americano, suscitam, ainda hoje, uma série de controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, como se verá.

Ressalta-se que não se intenta realizar um estudo alheio ao fato inconteste de que todo ordenamento jurídico é concebido no bojo de um contexto social, econômico, temporal e espacial. Pelo contrário – uma vez reconhecida a relevância de se compreender e de se estudar a gênese e a evolução de determinado instituto jurídico, fruto de uma sociedade cada dia mais dinâmica e complexa, pode-se, partindo-se de análise de cunho histórico, finalmente, buscar compreender, em melhores linhas, os fenômenos e institutos jurídicos.

No que diz respeito às agências reguladoras e seu poder normativo, objeto da presente monografia, não se pode olvidar de estudar, ainda que brevemente, seu engendro histórico. Com esse intuito, far-se-á, no primeiro capítulo, referência ao direito norte-americano, tendo em vista que, conforme a doutrina, este muito influenciou o surgimento das agências no Brasil.[1] Tratar-se-á de expor, com base em doutrina majoritariamente nacional, a história e os poderes das agências reguladoras norte-americanas.

Ainda no capítulo inicial, delinear-se-á o contexto em que tiveram origem as agências quando recepcionadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, bem como as razões sociais, políticas e econômicas que motivaram sua adoção quando da Reforma de Estado. Estabelecidos os necessários pressupostos históricos e comparada, ainda que brevemente, a

[1] GIACOMUZZI, José Guilherme. *Os poderes das agências americanas e judicial review – leading case e básicas observações.* Revista da AJURIS. Porto Alegre, v. 30, n. 90, jun. 2003.

gênese das agências em ambos os países, será possível vislumbrar diferenças relevantes entre a concepção de tais entidades tal qual ocorrido nos Estados Unidos da América e tal qual ocorrido no Brasil, premissa importante para o deslinde do trabalho.

Tais agências, uma vez que concebidas no bojo de um ordenamento jurídico que bem delimita a atuação da Administração Pública como o brasileiro, submetida a basilares princípios como o da legalidade, em suas facetas da reserva de lei e da supremacia da lei, ver-se-á que a implantação de tais agências, com vistas a uma atuação administrativa mais ágil, dinâmica e técnica, possível com o exercício de verdadeiro poder normativo – sem, portanto, a necessidade da edição de novas leis – acabam por suscitar, no mínimo, a existência de uma pluralidade de teses doutrinárias justificadoras.

Ante tal constatação, tendo em vista a crescente presença e relevância de tais entidades, cada dia mais atuantes em termos de atividade normativa, e já passadas quase duas décadas da introdução das agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro, cumpre minudenciar como tal atuação é fundamentada pela doutrina, bem como se os Tribunais Superiores filiam-se a uma teoria ou outra.

No segundo capítulo, expor-se-ão as teses justificadoras do poder normativo exercido pelas agências reguladoras, sistematizando-as em cinco categorias fundamentais, sendo quatro delas de caráter eminentemente jurídico. São elas: i.) necessidade prática das atividades reguladas (argumento não jurídico, mas muitíssimo utilizado para reforço das demais teses jurídicas); ii.) termo "órgão regulador" na Constituição Federal; iii.) deslegalização, delegificação ou delegação de poder normativo; iv.) Poder Regulamentar da Administração Pública; e i.) poder de impor obrigações em relações especiais de sujeição conteúdo do termo órgão regulador.[2] Ressalta-se que o foco, no presente estudo, será em doutrinadores que julgam constitucional tal atribuição às agências reguladoras; isso porque, além do inegável tempo decorrido desde as primeiras delegações de poder normativo, transformadas em verdadeiros fatos consumados, as Cortes Superiores decidiram por validar o sistema de "agencificação" adotado pelo Brasil.

Buscar-se-á, por este motivo, no terceiro e último capítulo, delinear o posicionamento jurisprudencial esposado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, colacionando-se julgados que possibilitem evidenciar o(s) fundamento(s) jurídico(s) adotado(s) na validação de tal sistema jurídico. Da análise dos julgados, intenta-se identificar a existência ou não de alinhamento jurisprudencial a alguma das quatro correntes doutrinárias

[2] MOURA, Mauro Hiane de. O poder normativo e a autonomia das agências reguladoras. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro , v.246, p. 226-266, set./dez. 2007.

supracitadas, norteadas por diferentes teses justificadoras do poder normativo exercido pelas agências reguladoras.

Objetiva-se, com o presente trabalho, melhor compreender o instituto das agências reguladoras tal qual recepcionado pela doutrina e pela jurisprudência pátria, eis que amplamente disseminado e enraizado, bem como verificar se os julgados das Cortes Superiores apresentam constância nos argumentos utilizados com vistas a justificar a constitucionalidade atribuída ao poder normativo de tais entes.

1 GÊNESE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS – O CASO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E DO BRASIL

As agências reguladoras brasileiras assim foram batizadas em homenagem ao símile norte-americano tomado como modelo. Foi da aproximação com este sistema jurídico estrangeiro que resultou a introdução de tais figuras no Direito brasileiro, instituições típicas do Direito Administrativo estadunidense, ainda que embutidas em corpo trazido do direito europeu, como são as autarquias.[3]

A doutrina, igualmente, reconhece a direta influência norte-americana sofrida pelo Brasil, especialmente quanto à estrutura dos entes regulatórios autônomos.[4] Com efeito, Almiro do Couto e Silva, em artigo denominado "Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço Público à brasileira?", escolheu os Estados Unidos como recorrente *terminus comparationis,* com a seguinte justificativa:

> o final do século XX haver acusado a tendência – não só no Brasil ou na América Latina, mas também em muitos países europeus – de reexaminar algumas concepções jurídicas bem arraigadas em suas culturas (como, por exemplo, a de serviço público) de sorte a aproximá-las das vigorantes na realidade econômico-jurídica norte-americana.[5]

Dito isso, tem-se que, para melhor compreender o direito brasileiro das agências reguladoras, é necessário fazer referências, ainda que breves, ao direito norte-americano, orto das *regulatory agencies*.

1.1 AGÊNCIAS REGULADORAS NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

1.1.1 Origem e Evolução

O Direito Administrativo formou-se de forma casuística nos Estados Unidos da América já no final do século XIX "pela progressiva presença do controle administrativo sobre as atividades econômicas privadas".[6] No que diz respeito à evolução deste direito e das

---

[3] COUTO E SILVA, Almiro do. *Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional.* São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 199-200.

[4] GUERRA, Sérgio. Controle Judicial das escolhas regulatórias – O fim do protagonismo do Superior Tribunal de Justiça? *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*: RBEC, Belo Horizonte, v. 6, n. 22, p. 533, abr./jun 2012.

[5] COUTO E SILVA, *op. cit.*, p. 199-200.

[6] TÁCITO, Caio. Presença norte americana no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro. V.129, p.23, jul. 1977.

denominadas agências reguladoras norte-americanas, ambos intimamente relacionados, pode-se sintetizar a trajetória das referidas agências em quatro fases principais.[7]

A Primeira diz respeito ao nascimento da regulação naquele país, que teria ocorrido em 1887, "quando se verificou a premente necessidade de se conferir uma resposta reguladora às disputas que estavam a ocorrer entre as empresas de transporte ferroviário e os empresários rurais." Foi nesse ano que se criou a *"Interstate Commerce Comission",* ICC e, em seguida, a *"Federal Trade Commission",* FTC, ambas com o comum objetivo de "controlar condutas anticompetitivas de empresas e corporações monopolistas".[8] O surgimento da ICC, em 1887, foi um marco para o Direito Administrativo daquele país, constituindo esta a primeira agência reguladora independente dos Estados Unidos.[9]

Quanto à mencionada querela travada entre empresas de transporte ferroviário e os empresários rurais, convém mencionar seu contexto histórico, a fim de melhor esclarecê-la. Houve, na época, um acentuado desenvolvimento econômico no Meio-Oeste norte-americano, ocasionando grande expansão dos centros agrícolas responsáveis por abastecer as cidades litorâneas. Tal fato acabou por fazer florescer a indústria relacionada ao transporte ferroviário, à qual incumbia a circulação da economia do continente, através de sua rede de trilhos e vagões. Aproveitando a ótima conjuntura econômica, os empresários exploradores do transporte ferroviário passaram a fixar altas tarifas, abusando da liberdade econômica e buscando altos lucros, até o limite da resistência da clientela.[10]

Tratou-se de um período em que surgiu grande número de especulações na construção das vias férreas, concomitantemente à crescente concorrência desleal entre empresas ferroviárias e às grandes flutuações e discriminações nas tarifas.[11] Esse quadro conduziu à reação estatal norte-americana, motivada, especialmente, pelos apelos da população e dos agricultores do Meio-Oeste, que defendiam fortemente o exercício de controle estatal sobre as tarifas.[12]

Em realidade, foi tamanho o conflito que os fazendeiros agricultores daquela localidade uniram-se em movimento conhecido por *Nacional Grange*, por meio do qual

---

[7] MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão, in *Direito Administrativo Econômico*, Carlos Ari Sundfeld (Coordenador). São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 120.

[8] *Idem.*

[9] SCHWARTZ, Bernard. *Administrative law; a casebook*. Boston: Little, BROWN, 1977. p. 12.

[10] TÁCITO, Caio. Presença norte americana no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro. V.129, p. 24, jul. 1977.

[11] PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. Agências Reguladoras: Origem e natureza jurídica, in *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*. vol. 6, p. 1003, nov/2012.

[12] *Idem.*

clamaram pela regulação, mediante leis estaduais, das tarifas ferroviárias e dos preços de armazenagem de cereais. A constitucionalidade dessas leis foi questionada diversas vezes perante a Suprema Corte, no âmbito dos intitulados *Granger Cases*.[13]

Nesse contexto, mais especificamente no âmbito do caso *Munn v. Illinois,* firmou-se na Suprema Corte norte-americana o entendimento de que seria válida a regulamentação de determinados negócios que, por sua natureza, "transcendiam ao puro âmbito privado, por estarem vinculados ao interesse público (*businesse affected with a public interest*)". Constituiu tal caso a semente que, posteriormente, frutificaria na aceitação do poder regulamentar da economia (*regulation*), com a criação da já citada primeira agência reguladora, ICC, dez anos mais tarde, por meio da qual seria exercida intervenção federal sobre o comércio estadual, primeira de uma série de agências governamentais reguladoras do processo econômico daquela nação".[14] Tanto a lei como a jurisprudência admitiram, portanto, a validade do controle administrativo sobre os preços do serviço.[15] No contexto aqui delineado, surge a noção de interesse público de certas atividades econômicas, culminando na figura da *public utility* norte-americana.[16]

Imperioso ressaltar, nesse âmbito, que inexiste nos Estados Unido da América a concepção de serviço público, de modo que toda, ou quase toda atividade econômica é deixada aos cuidados do setor privado. É por esse motivo que, "geralmente, o Estado limita-se a exercer a função de mero regulador daquela atividade".[17] Nesse contexto, as *public utilities* indicariam uma categoria de negócios sujeitos a controle por parte do Estado, tendo em vista, principalmente, a aplicação a um fim de interesse público, elemento em que se assentam as empresas de utilidade pública norte-americanas.[18]

Deve-se também observar outro aspecto fundamental, caraterístico do sistema norte-americano, em cujo âmbito foram instituídas as agências reguladoras: a atividade de intervenção do Poder Público nos Estados Unidos da América, bem como as relações que são travadas entre ele os indivíduos, é regida por um direito integrante da *common law*. É este o direito comum, que também disciplina as relações dos indivíduos entre si.[19]

---

[13] TÁCITO, Caio. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. Revista Forense. Rio de Janeiro, 1961. v.194, p.15-22; v.195, p.21-31 (parte ii); v.196, p.37-47.
[14] *Idem.*
[15] *Idem.*
[16] *Idem.*
[17] COUTO E SILVA, Almiro do. *Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional.* São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 190.
[18] TÁCITO, *op. cit., loc. cit.*
[19] COUTO E SILVA, *op. cit., loc. cit.*

São estes conceitos basilares que auxiliam na compreensão da gênese das agências reguladoras norte-americanas.

Já a Segunda Fase está localizada entre os anos de 1930 e 1945, período caracterizado pelo abalo na economia norte-americana, oriundo ainda da crise de 1929. No âmbito do *New Deal*, política liderada pelo Presidente Franklin Roosevelt, utilizou-se como remédio a intervenção na economia, por meio da criação de inúmeras agências administrativas. Tratou-se, portanto, de uma supressão de princípios básicos do Liberalismo, de modo que se conferiu ampla autonomia a tais entidades, ensejando o início de um debate constitucional-jurisprudencial substancioso.[20]

Foi no período do *New Deal* que a regulação econômica, realizada por meio das agências reguladoras, ganhou maior impulso. É entre 1930 e 1945 que estas vieram a se consolidar na paisagem administrativa daquele país, mais especificamente, segundo Joaquim Barbosa, a partir da "colossal mudança de postura governamental ocorrida nos EUA sob Franklin Roosevelt, levada a efeito para retirar o país da Depressão dos anos 30." Afirma ainda que tal ruptura marca o surgimento do que se convencionou denominar *the regulatory state*, referindo-se ao Estado intervencionista em matéria econômica, através de agências reguladoras.[21]

Sobre a gênese das agências reguladoras norte-americanas, leciona, ainda, o mencionado autor:

> Como se vê, essas entidades nasceram da indeclinável necessidade de mudança de curso do sistema capitalista e da consequente alteração da postura do Estado em relação às relações econômico-sociais engendradas por este sistema. Consolidadas e legitimadas pela crise econômica dos anos 30 e pelos seus desdobramentos institucionais, paulatinamente elas se aperfeiçoaram e se multiplicaram, integrando-se definitivamente na estrutura administrativa do Estado norte-americano.[22]

O período do *New Deal* consistiu, portanto, em época de profunda crise na economia americana, que colocou em cheque os ideais liberais norte-americanos calcados no não-intervencionismo estatal,[23] surgindo, nesse contexto de "irreprimível necessidade de

---

[20] MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão, in *Direito Administrativo Econômico*, Carlos Ari Sundfeld (Coordenador). São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 121.

[21] BARBOSA, Joaquim. Agências Reguladoras: A Metamorfose do Estado e da Democracia (uma reflexão de direito constitucional e comparado*)*, in *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*. Vol. 6, nov. 2012. p. 947.

[22] *Idem.*

[23] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O modelo Norte-Americano de Agências Reguladoras e sua Recepção no Direito Brasileiro, in *Boletim de Direito Administrativo*. Fev. 2007. p. 172.

intensificação da presença corretiva do Estado no jogo capitalista", a ideia de regulação, tal qual concebida como indeclinável função governamental.[24]

Como já se apontou no presente trabalho, sempre prevaleceu nos Estados Unidos, "a posição de que o Estado, ao invés de assumir uma participação direta no jogo econômico, deveria limitar-se a ser mero regulador desse jogo, só interferindo quando as regras elaboradas pelo próprio mercado fossem deficientes ou falhassem."[25]

Com efeito, até o final do século XIX e início do século XX, os Estados Unidos notabilizaram-se pelo dogma da não-intervenção do Estado nas relações privadas, sendo tal período, denominado como Era Lochner. O famoso caso *Lochner v. New York*, julgado pela Suprema Corte Americana em 1905, revela quão intensa era essa ideologia: por maioria de votos, foi julgada inconstitucional lei do Estado de *New York* que estabelecia um limite máximo de dez horas na jornada de trabalho dos padeiros.[26] O argumento utilizado pela Corte era de que não podia o Estado se imiscuir na relação contratual, tendo em vista o limite imposto pela liberdade contratual. Era ilícito ao Estado que interferisse na esfera privada. Aos pouco, a partir de meados da primeira parte do século passado, tal fase foi sendo substituída por uma presença regulatória do Estado cada vez mais intensa.[27]

Durante a Era Lochner (1890 a 1937), as críticas centradas no caráter antidemocrático (contra-majoritário) de criação do direito pelos juízes, questão especialmente importante no sistema da *common law*, caracterizado pela força do precedente judicial, ganharam força, tendo a Suprema Corte norte-americana, em nome dos ideais liberais do *laissez-faire*, invalidado diversas tentativas de regulação estatal da economia.[28] Já em 1928 a Suprema Corte julgou constitucional a denominada delegação legislativa, "desde que nas respectivas leis estivessem plenamente definidos os princípios para a sua atuação *(standards)".*[29]

Mas foi, de fato, após a grande depressão, com a prática de políticas públicas setoriais do *New Deal*, inclusive com a delegação de grande parcela da função regulatória às Agências

---

[24] BARBOSA, Joaquim. Agências Reguladoras: A Metamorfose do Estado e da Democracia (uma reflexão de direito constitucional e comparado), in *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*. Vol. 6, nov. 2012. p. 943.

[25] COUTO E SILVA, Almiro do. *Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional.* São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 196.

[26] GIACOMUZZI, José Guilherme. As Raízes do Realismo Americano: breve esboço acerca de dicotomias, ideologia, e pureza no Direito dos USA, in *Direito & Justiça*, ano XXVII , v. 31, n.2, 2005, p. 164.

[27] BARBOSA, *op. cit., loc. cit.*

[28] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O modelo Norte-Americano de Agências Reguladoras e sua Recepção no Direito Brasileiro, in *Boletim de Direito Administrativo*. Fev. 2007. p. 172.

[29] GUERRA, Sérgio. Controle Judicial das escolhas regulatórias – O fim do protagonismo do Superior Tribunal de Justiça? *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*: RBEC, Belo Horizonte, v. 6, n. 22, p. 533, abr./jun 2012.

reguladoras, que se reergueu a economia estadunidense, definindo as agências o modo de intervir nas esferas econômicas e social dos subsistemas.[30]

A Terceira Fase compreende-se entre os anos de 1945 e 1965, caracterizada pela edição de uma lei geral de procedimento administrativo - *Administrative Procedure Act - APA*. Tal lei proporcionou grande "uniformidade ao processo de tomada de decisões pelas agências, conferindo-lhes maior legitimidade".[31] Foi, por conseguinte, com a edição do APA, em 1946, que se uniformizou o tratamento dispensado às agências reguladoras norte-americanas.[32] O *APA*, inclusive, buscou conceituar "agência", definindo-a, em seu § 557 (1), como:

> (1) Agência significa qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, não incluídos:
> (A) o Congresso;
> (B) os tribunais dos Estados Unidos;
> (C) o governo dos territórios ou possessões norte-americana;
> (D) o governo do distrito da Columbia;
> (E) agências compostas de representantes das partes ou de representantes de organizações das partes;
> (F) tribunais marciais e comissões militares;
> (G) autoridade militar exercida pelas seções 1738, 1739, 1743 E 1744 do título 12; capítulo 2 do título 41; ou seções 1622, 1884, 1891-1902, e seção 1641 (B) (2) do apêndice do título 50;**[33]**

[30] GUERRA, Sérgio. Controle Judicial das escolhas regulatórias – O fim do protagonismo do Superior Tribunal de Justiça? *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*: RBEC, Belo Horizonte, v. 6, n. 22, p. 536, abr./jun 2012.
[31] MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão, in *Direito Administrativo Econômico*, Carlos Ari Sundfeld (Coordenador). São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 121.
[32] GUERRA, *op. cit.*, p. 533.
[33] Tradução livre de: (1)Agency means each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency, but does not include –
(A) the Congress;
(B) the courts of the United States;
(C) the government of the territories or possessions of the United States;
(D) the government of District of Columbia; or except as to the requirements of section 552 of this title –
(E) agencies composed of representatives of the parties or of the representatives of organizations of the parties to the disputes determined by them;
(F) courts martial and military commissions;
(G) military authority exercised by sections 1738, 1739, 1743 and 1744 of title 12; chapter 2 of the title 41; or sections 1622, 1884, 1891-1902, and former section 1641 (b) (2) of the title 50, appendix;[33]
;

Verifica-se, portanto, que a definição de "agência" é feita por exclusão,[34] de modo que, conforme preceitua a mencionada legislação, constitui agência toda autoridade que não aquelas enumeradas de (A) a (H).

Ademais, o APA contém, na seção 706,

> uma cláusula segundo a qual o Tribunal, ao controlar a decisão administrativa, deve declarar ilegal e anular o ato quando o considere arbitrário, caprichoso, com abuso de discricionariedade ou, de qualquer outra forma, não conforme ao direito.[35]

Ter-se-ia, por fim, uma Quarta e última Fase, localizada entre 1965 a 1985 e ter-se-ia defrontado com o problema do "desvirtuamento das finalidades da regulação desvirtuou as finalidades da regulação desvinculada do poder público: a captura das agências reguladoras pelos agentes econômicos regulados".[36] Tratou-se da implantação de mecanismos de pressão por parte dos poderosos agentes privado, a quem se dirigia a regulação, com o intuito de determinar o conteúdo da regulação que viria a ser sofrida por eles.[37]

Ademais, ressalta-se que, já na década de 70, iniciou-se nos Estados Unidos um amplo processo de desregulamentação da economia, no âmbito do combate ao gigantismo do Estado no âmbito da administração Reagan.[38]

Também, a partir de 1985, teve início um processo de redefinição do sistema, com vistas à consolidação de um modelo regulador que seja independente, mas sujeito ao adequado controle externo.[39]

1.1.2 Poder Normativo das Agências Reguladoras Norte-Americanas

Uma vez delineado o processo de gênese e evolução das agências reguladoras nos Estados Unidos da América, cumpre identificar, ainda que sucintamente, alguns aspectos fundamentais acerca de sua competência normativa, uma vez que é este o foco do presente estudo.

---

[34] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 33-34.
[35] GUERRA, Sérgio. Controle Judicial das escolhas regulatórias – O fim do protagonismo do Superior Tribunal de Justiça? *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*: RBEC, Belo Horizonte, v. 6, n. 22, p. 537, abr./jun 2012.
[36] MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão, in *Direito Administrativo Econômico*, Carlos Ari Sundfeld (Coordenador). São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 121.
[37] *Ibidem,* p. 99.
[38] COUTO E SILVA, Almiro do. *Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional.* São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 196.
[39] MENDES, *op. cit.*, p. 99.

As agências reguladoras norte-americanas possuem tipicamente tanto poderes legislativos como poderes judiciais. Possuem a competência de emitir regras e regulamentos com força de lei (poder que é legislativo por natureza) e competência para decidir casos individuais (poder judicial por substância). É através do exercício de sua competência normativa (*rule-making*) e adjudicatória que a agência é capaz de determinar direitos privados e obrigações. (tradução livre).[40]

Ainda, não se pode negar que as agências reguladoras são, também, legislativas, tendo o Congresso, cada vez mais, delegado a elas poderes de criação de normas. A agência moderna é caracterizada pela sua competência de regulamentar, tendo seus regulamentos força de lei. Ressalta-se também que, de um ponto de vista quantitativo, o exercício administrativo do poder normativo supera em muito o exercício direto da competência legislativa pelos representantes eleitos pelo povo. O *"Federal Register"* (onde a regulamentação federal é publicada), desde seu surgimento em 1935, superou em tamanho o *"Statutes at Large"* (na qual são promulgadas as leis exaradas pelo Legislativo).[41] Verifica-se, pois, a maciça presença da produção normativa das agências reguladoras no Direito norte-americano.

Pode-se afirmar que referido poder normativo constitui uma função quase legislativa (acompanhada da função quase judicial que tais entidades também possuem), tendo em vista que as agências reguladoras recebem, por lei, quando criadas, o poder de baixar normas com força obrigatória, localizando-se estas, contudo, abaixo das leis na escala hierárquica.[42]

Significa dizer que tais normas

> podem ser invalidadas por decisão judicial, quando contrariem as leis, seja por infringência dos standards, princípios, diretrizes contidos na lei (princípio do devido processo legal substantivo), seja por inobservância do processo de elaboração das normas, em que a participação do cidadão constitui exigência obrigatória em várias fases.[43]

No que tange à concentração de poder regulador em entidades independentes, com competência normativa, tem-se que foi esta uma adequada solução adotada pelos Estados Unidos, especialmente tendo em vista a excelente qualidade técnica que as normas obtinham, "em razão, por um lado, da proximidade entre os órgãos da entidade e os fatos a serem

---

[40] SCHWARTZ, Bernard. *Administrative law; a casebook*. Boston: Little, BROWN, 1977. p. 10.
[41] *Bidem*,, p. 77.
[42] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 33-34.
[43] *Idem.*

disciplinados ou controlados e, por outro, do caráter setorial ou específico da regulação e do controle".[44]

Não se pode afirmar, todavia, que referida atribuição de poderes às agências reguladoras tenha ocorrido sem contestações e censuras perante os Tribunais norte-americanos, especialmente no que tange à delegação de funções normativas. Muito foram questionadas, no curso do processo de consolidação destas entidades no panorama legal americano. questões como a imparcialidade e a autonomia/independência das referidas agências.[45] Também se discutiu acerca de um possível desrespeito à noção de separação de poderes de forma assaz. Bernard Schwartz, fazendo referência aos estudos de John Locke, afirma que, sob uma perspectiva da teoria constitucionalista clássica, o próprio Congresso seria apenas um delegado; seu poder legislativo derivaria diretamente da Constituição, uma vez que delegados pelo povo. Dito isso, como um delegado, não poderia simplesmente transferir novamente qualquer porção de sua competência legislativa a quem quer que seja.[46]

Após inúmeras discussões acerca da temática da validade constitucional da delegação de poder normativo às agências reguladoras norte-americanas, a jurisprudência daquela nação considerou o instituto de acordo com a Constituição. Cita-se caso apreciado pela Suprema Corte norte-americana, denominado *Panama Refinig Co. v. Ryan,* datado de 1935, em que se esta passou a adotar "postura mais razoável", não mais proibindo qualquer tipo de delegação de competência legislativa, mas apenas a outorga excessiva.

Após esse caso inicial, a jurisprudência da Suprema Corte consolidou-se no sentido de aceitar a prática da delegação normativa às agências reguladoras.

Ainda no contexto da análise do poder normativo das agências reguladoras norte-americanas, especialmente no que diz respeito à justificação da sua atribuição às referidas entidades, cumpre apontar ensinamentos de Di Pietro, que sintetizam a delegação dessa função, com base em uma visão da Suprema Corte norte-americana. Aponta-se a existência de três pilares justificadores da função normativa, ou, melhor dizendo, a existência de um tripé justificador:

> a) a lei delega essa função à agência, mas o faz limitadamente, na medida em que os regulamentos por elas baixados devem obediência aos conceitos indeterminados contidos na lei; quer dizer que se adotou o sistema da chamada lei-quadro; os

[44] COUTO E SILVA, Almiro do. *Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional.* São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 196.
[45] GUERRA, Sérgio. Controle Judicial das escolhas regulatórias – O fim do protagonismo do Superior Tribunal de Justiça? *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*: RBEC, Belo Horizonte, v. 6, n. 22, p. 535, abr./jun 2012.
[46] SCHWARTZ, Bernard. *Administrative law; a casebook*. Boston: Little, BROWN, 1977. p. 74.

> regulamentos baixados pelas agências são obrigatórios, têm força de lei e podem inovar na ordem jurídica; mas têm que sujeitar-se aos standards contidos na lei; daí falar-se em função quase legislativa;[47]

Trata-se do primeiro pilar: a agência reguladora recebe, por lei, a competência para editar regulamentos, estando esses submetidos necessariamente aos *standards* já definidos em lei. Ressalta-se que a Constituição norte-americana de 1787 não faz qualquer menção às agências reguladoras nem à impossibilidade de delegação normativa a entidades da Administração Pública. Não lhes é, portanto, conferida "carta branca" para o exercício do poder regulatório, sendo estes estritamente fixados na lei de criação de cada agência.[48]

A segunda base refere-se à legitimidade que deve ser necessariamente conferida à função normativa das agências reguladoras do direito norte-americano, diretamente relacionada à participação dos interessados na elaboração da norma:

> b) para dar legitimidade a essa função, instituiu-se um procedimento a ser obrigatoriamente observado, seja nas decisões dos casos concretos, seja na elaboração dos regulamentos; e esse procedimento exige obrigatoriamente a participação dos interessados, em maior ou menor escala, nas várias fases de elaboração da norma, com obrigatoriedade de divulgação dos projetos, realização de audiências públicas, recebimento de sugestões, obrigatoriedade de motivação quanto à aceitação ou não dessas sugestões pela agência; vale dizer, impôs-se o devido processo legal, em sua feição adjetiva, para elaboração dos regulamentos pelas agências;[49]

As agências reguladoras norte-americanas gozam, portanto, de maior legitimidade, devido à adoção de procedimentos democráticos, "dos quais participam de maneira efetiva os titulares dos dois poderes representativos da soberania popular".[50]

Quanto ao terceiro pilar, tem-se que este se encontra calcado no controle judicial dos atos normativos emitidos pelas agências reguladoras norte-americanas:

> c) para aperfeiçoar o controle judicial, construiu-se a doutrina do devido processo legal substantivo, que permite ao Judiciário examinar, além da observância do procedimento pela agência, também a razoabilidade de suas decisões diante dos conceitos jurídicos indeterminados contidos na lei; quer dizer que a evolução do princípio do devido processo legal deu-se no sentido de tornar cada vez mais rigoroso o formalismo do procedimento, com exigências feitas pela Corte Suprema quanto à motivação, à racionalidade das decisões diante dos dados colhidos pelas agências, à relação custo-benefício das medidas e normas adotadas.[51]

---

[47] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 71.
[48] BARBOSA, Joaquim. Agências Reguladoras: A Metamorfose do Estado e da Democracia (uma reflexão de direito constitucional e comparado*)*, in *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*. Vol. 6, nov. 2012. p. 956.
[49] DI PIETRO, *op. cit*, p. 71.
[50] BARBOSA, *op. cit.*, p. 956.
[51] DI PIETRO, *op. cit., loc. cit*.

Ademais, pode-se também citar duas características fundamentas do poder normativo das agências reguladoras norte-americanas, que possuem especial relevância para o presente estudo. Tem-se que tal poder resulta da flexibilização do princípio da separação dos poderes, no âmbito de uma Constituição que, primeiramente, não prevê um poder regulamentar nato do Poder Executivo. Em segundo lugar, tem-se que tal Constituição também não prevê a possibilidade de delegação do poder normativo por parte do Poder Legislativo.

Tecidas essas breves considerações acerca do poder normativo das agências reguladoras, bem como acerca do contexto em que tiveram origem no direito norte-americano, passar-se-á à contextualização de tais entidades no quadro do direito brasileiro.

1.2 ORIGEM DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

Ressalta-se, de início, que, distintamente do sistema acima visto, que possui origem na *common law*, o Brasil é país que adota o sistema da *civil law*, ponto este que será melhor abordado no item seguinte do presente trabalho.

Buscar-se-á, na sequência, melhor delinear o contexto em que se deu o surgimento das agências reguladoras no Brasil, bem como as razões sociais, políticas e econômicas que motivaram sua adoção.

Cumpre ressaltar que ocorreram substanciais mudanças nas instituições brasileiras, especialmente a partir da década de 90, período que se pode denominar de Reforma de Estado, deveras relevante ao estudo das agências reguladoras nacionais. Foi nesse momento histórico, político e econômico peculiar que estes entes floresceram.[52]

Constituem, portanto, as agências reguladoras "manifestações que aparecem como consequência desta dita reforma", em cujo âmbito se imbricam conceitos de globalização, terceira via, terceira onda e modernidade, buscando "encontrar o novo papel do Estado Nacional, sua capacidade para enfrentar novos centros de poder não estatais, os limites de sua soberania, as maneiras de enfrentar problemas hoje universais".[53] Nessa linha, a doutrina aponta que:

> Passou-se a acreditar, de conseguinte, que o Estado contemporâneo não deveria mais ter um cunho social, no sentido de realizar, por seus próprios entes, inúmeras tarefas de inegável interesse público, previstas pela própria Constituição. Deve, ao contrário, se abster de tais funções, delegando a particulares o seu exercício e apenas

[52] MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão, in *Direito Administrativo Econômico*, Carlos Ari Sundfeld (Coordenador). São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 121.
[53] *Ibidem*, p. 136.

> regulando tal prestação, por meio de normas, procedimentos fiscalizatórios etc. É o que se convencionou denominar "Estado Regulador".[54]

Nesse novo sistema, o modelo liberal e o intervencionismo social cederam espaço à instauração da intervenção estatal, de modo que cabia ao Estado identificar novas necessidades da sociedade, com vistas a neutralizar os excessos oriundos dessa contemporânea sistemática e valendo-se, para tanto, de seu dever como instrumento de controle da atuação privada.[55]

Foi nesse contexto de crise do *Welfare State*, também vivenciado pelos Estados Unidos da América, ainda que em época diversa, que foram adotadas medidas fundamentais visando a concretizar os novos ideais de Estado: na América Latina, havendo ênfase nas privatizações. Já nos Estados Unidos, a terapêutica utilizada pelo neoliberalismo para combater o gigantismo do Estado foi a desregulamentação.[56]

Ao dispor sobre essa tendência de retraimento da publicização de diversos setores econômicos, presente em diversos países, podem-se elencar as seguintes razões para tanto:

> (a) Mudanças no sistema de produção, com a desvalorização do setor primário, principalmente da agropecuária, e valorização de emergentes setores técnico-especializados; (b) aceleração e desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação, o que acarretou o fim de alguns monopólios naturais até então inevitáveis; (c) a globalização da economia que, potencializada pela evolução da informática, mitigou bastante os empecilhos econômicos e materiais para as trocas internacionais e inter-regionais; (d) mudanças na sociedade pluriclasse, com os sujeitos deixando de se organizar preponderantemente pela posição que ocupam na cadeia produtiva (capital – trabalho), ocupação, por sinal, crescentemente instável e cambiante, para reunirem-se em grupos sociais de vários substratos (idade, lazer, religião, formação cultural, etnia, etc); (e) erosão do conceito clássico de soberania do Estado, que vem perdendo espaço, tanto a montante, para entidades internacionais (ONU, OMC, EU, etc.) e poderosas organizações econômicas transnacionais, como a jusante, para organizações sociais locais e setoriais, o que tem causado sensível alteração na teoria das fontes do direito (fontes emergentes de caráter internacional, privado, corporativo, comunitário, técnico, deontológico etc.); e, por esses motivos,(f) a diminuição da política estatal *strictu sensu*.[57]

Nessa toada e, especificamente, acerca das privatizações no Brasil, podem-se apontar alguns marcos fundamentais. Primeiramente, destaca-se a edição do Decreto nº 86.215 de 15 de julho de 1981, no curso do governo do General João Figueiredo, por meio do qual foram

---

[54] MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão, in *Direito Administrativo Econômico*, Carlos Ari Sundfeld (Coordenador). São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 136.

[55] GUERRA, Sérgio. Poder normativo das agências reguladoras: as imagens nas embalagens de produtos derivados de tabaco exigidas pela ANVISA (Parecer). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 252, 2009, p. 144.

[56] COUTO E SILVA, Almiro do. *Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional.* São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 196.

[57] ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes e a separação de poderes – Uma constituição da teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista dos Tribunais*, vol. 786, abril de 2001, p. 15.

privatizadas 20 empresas anteriormente sob controle da União.[58] Em um segundo momento, já no governo de José Sarney, cerca de 18 empresas foram entregues ao capital privado.[59] Ressalta Almiro do Couto e Silva, contudo, que foi no governo Collor, entre 1990 e 1992, que *"*as privatizações tomaram notável impulso*",* tendo sido editada, em 12 de abril de 1990, a Lei 8.031, por meio da qual foi instituído o Programa Nacional de Desestatização.[60] Ressalta-se que a mencionada norma foi modificada algumas vezes, culminando em sua revogação e substituição pela Lei 9.491 de 09 de setembro de 1997,[61] com a finalidade de implantar o denominado "Plano Diretor da Reforma do Aparelhamento do Estado.[62] Visando a uma melhor compreensão, cumpre também delinear os objetivos do Plano, que eram, fundamentalmente, os seguintes:

> a) reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; b) contribuir para a reestruturação econômica do setor público; c) permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; d) contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infraestrutura e do parque industrial do Pais; e) permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; f) contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrarem o Projeto.[63]

Quanto ao termo "desestatização", tem-se que a própria Lei nº 9.491/1997, originariamente, o conceitua em seu art. 2º, §1º:

> Art. 2º
> § 1º Considera-se desestatização:
> a) a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade;
> b) a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade.[64]

---

[58] MAMELUQUE, Leopoldo. *Privatização: modernismo e ideologia*. São Paulo: RT, 1995, p. 17 *apud* COUTO E SILVA, Almiro do. *Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional.* São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 196.
[59] *Idem.*
[60] COUTO E SILVA, Almiro do. *Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional.* São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 196.
[61] *Idem.*
[62] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39ª Edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2012. p 869.
[63] *Ibidem*, p. 869-870.
[64] BRASIL. Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9491.htm . Acesso em 20.10.15.

Ressalta-se que, com a Medida Provisória nº 2.161-35 de 2001, foi incluída uma alínea "c" ao art. 2º da Lei 9.491/1997, com a seguinte redação:

> c) a transferência ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis da União, nos termos desta Lei.[65]

Verificou-se, pois, no âmbito dos novos preceitos instituídos, que diversas empresas estatais foram alvo de privatizações, começando pelas grandes companhias dos setores petroquímico, siderúrgico, metalúrgico, seguindo-se pela venda de toda esta estrutura. Também a gestão de uma série de serviços públicos, prestados anteriormente pelo Estado, foram transferidos aos particulares, como os serviços rodoviários, ferroviários, portuários, de energia elétrica, de telecomunicações, o que se efetivou por meio de concessões, permissões ou autorizações.[66] Por esse motivo, pode-se falar na existência de uma revivescência dos instrumentos de delegação de serviço público:

> A onda de privatizações, que rolou por todo o mundo, provocou no Brasil, como também em muitos outros países, um renascimento ou uma revivescência da concessão de serviço público, bem como dos dois outros instrumentos de delegação de gestão de serviços públicos, igualmente previstos na Constituição Federal, que são a permissão e a autorização. Para isso muito contribuiu a abolição do monopólio do Estado no setor de telecomunicações, que é um ramo da atividade econômica hoje altamente disputado em toda a parte.[67]

É nesse contexto, de um Estado sem recursos suficientes à realização dos investimentos necessários, frente a uma crescente complexidade dos serviços por ele prestados, e, ante a simples constatação de que ele é geralmente "um mau administrador", que se conduziu ao processo de transferência da execução de diversos serviços públicos ao setor privado. Ressalta-se que "o fato de determinados serviços públicos serem prestados por empresas privadas concessionárias não modifica sua natureza pública."[68]

Conservaria o Estado, nessa transferência de execução, responsabilidades e deveres relativos à prestação adequada dos serviços, que, afinal, se mantêm sob sua titularidade. Trata-se da drástica transformação do papel estatal oriunda da privatização: "em lugar de

---

[65] BRASIL. Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9491.htm . Acesso em 20.10.15.
[66] BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Ordem Econômica e Agências Reguladoras*, *in* Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, número 1, fevereiro/março/abril, 2005. p. 4-5.
[67] COUTO E SILVA, Almiro do. *Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional.* São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 199.
[68] BARROSO, *op. cit.*. p. 7-9.

protagonista na execução dos serviços, suas funções passam a ser as de planejamento, regulação e fiscalização", surgindo, nesse contexto histórico, as agências reguladoras objeto desse trabalho.[69]

Tem-se, pois, que o surgimento das agências reguladoras no Brasil

> resulta da necessidade de o Estado influir na organização das relações econômicas de modo constante e profundo, com o emprego de instrumentos de autoridade, e do desejo de conferir, às autoridades incumbidas dessa intervenção, boa dose de autonomia frente à estrutura tradicional do poder político.[70]

A figura destas entidades inseriu-se, pois, num contexto de dissociação entre a prestação e a regulação desses serviços públicos.[71] Nesse cenário, muitos serviços essenciais, antes prestados por empresas estatais, passaram a ser exercidos por agentes particulares.

Ademais, com as emendas n. 8, de 15 de agosto de 1995, e n. 9, de 09 de novembro de 1995, duas agências reguladoras passaram a ter assento constitucional.

A emenda n. 8 alterou o art. 21, XI da Constituição, prevendo a edição de lei criadora de órgão regulador dos serviços de telecomunicações, passando a referida norma a possuir o seguinte teor:

> Art. 21. Compete à União:
> [...]
> XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais

Verifica-se, contudo, da exposição de motivos originária da Proposta de Emenda à Constituição na Câmara dos Deputados (PEC nº 03/95, do Poder Executivo) que inexistia, inicialmente, a previsão de um órgão regulador do setor de telecomunicações. O texto apresentado primeiramente possuía o seguinte teor:[72]

> Art. 21.....
> XI – explorar, diretamente ou mediante concessão os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informação por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União.
> Art. 2º Esta Emenda entra em vigor na data de sua publicação.[73]

---

[69] BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Ordem Econômica e Agências Reguladoras*, *in* Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, número 1, fevereiro/março/abril, 2005. p. 4-5.
[70] SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Econômico Brasileiro. 1ª Edição, 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2002. p. 18.
[71] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 698.
[72] BRASIL. Diário do Congresso Nacional, quinta-feira, 15 de março de 1995, p. 3242-3243.
[73] *Ibidem*, p. 3242.

No bojo das discussões sobre a Emenda foi abordada a necessidade da instituição de um órgão responsável pela regulação do setor de telecomunicações - mais especificamente, quando o texto chegou à Comissão Especial destinada a proferir parecer à PEC nº 03/95. Nesta Comissão, sob a relatoria do Deputado Geddel Vieira Lima, foi proposto novo Substitutivo, passando o inciso XI do art. 21 da Constituição Federal a prever a criação, por lei, de um órgão regulador.[74]

Segundo o relator, o que se estaria propondo seria, entre outras medidas,

> b) a constituição de um organismo regulador, através do qual o Estado exercerá seu poder de outorgar concessões, regulamentar os serviços e fiscalizar a sua prestação, através de contratos de concessão que defendam os interesses dos usuários (com o estabelecimento de parâmetros de preços e de qualidade dos serviços e o adequado atendimento à demanda;[75]

Foi exarado parecer pela Comissão Especial acerca da proposta de alteração do texto constitucional exarada pelo Deputado, sendo, na sequência, aprovada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

É imperioso, contudo, que aqui se faça referência ao voto proferido em separado pelo Deputado Paulo Cordeiro, que se demonstrou fortemente contrário ao modelo de órgão regulador proposto pelo Relator, uma vez que estaria este rompendo com o arcabouço constitucional, sendo impraticável sem a alteração de dispositivos constitucionais.[76]

Segundo o parlamentar, a questão apresentaria, ao menos, dois óbices constitucionais: i.) estar-se-ia transferindo a competência privativa do Congresso Nacional para o órgão regulador, tendo em vista que, conforme preceitua o art. 48, XI da Constituição, compete a estedispor sobre telecomunicações e radiodifusão, mediante edição de lei, sem a qual não existe obrigação de fazer ou não fazer (art. 5º, II); ii.) a Constituição de 1988 preservou o poder regulamentar do Executivo, consagrado no art. 84, inciso IV, (competência do Presidente da República para expedir decretos e regulamentos para fiel execução da lei) e no art. 87 (competência Ministerial para expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos).[77]

Foi por ele sugerido, no lugar do órgão regulador proposto, que se instalasse junto ao Ministério das Comunicações um Conselho Nacional de Usuários,

---

[74] BRASIL. Diário do Congresso Nacional (Seção I), terça-feira, 23 de maio de 1995, p. 10762-10763.
[75] *Ibidem*, p. 10762.
[76] *Ibidem*, p. 10766.
[77] *Ibidem*, p. 10766.

> como ponto mais alto na hierarquia administrativa, para julgamento das competentes reivindicações, com a necessária competência para compelir as concessionárias e outros envolvidos ao cumprimento das suas decisões, bem como uma área administrativa com competência para conceder, regulamentar, fiscalizar e fazer cumprir normas e procedimentos na área de telecomunicações.[78]

Quanto à emenda n. 9, tem-se que esta provocou alteração no art. 177 da Constituição Federal, passando este a prever também a edição de lei disciplinadora da estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio do petróleo:

> Art. 177
> [...]
> § 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:
> I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;
> II - as condições de contratação;
> III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.

Consistiu, inicialmente, na Proposta de Emenda à Constituição nº 6, de 1995 (do Poder Executivo). À semelhança do projeto nº 03/1995 supracitada, também o texto da Proposta nº 6/1995 foi sendo substancialmente alterado no curso das discussões parlamentares. Inicialmente, quando da Exposição de Motivos, não havia qualquer previsão de instituir um órgão regulador, intentava-se apenas a seguinte alteração textual:

> Art. 1º É conferida a seguinte redação ao §1º do art. 177 da Constituição Federal:
> 'Art. 177.....
> §1º A União poderá contratar com empresas privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições que a lei estabelecer.'[79]

Em sua gênese, a PEC nº 9/1995 visava a flexibilizar o monopólio do petróleo, possibilitando que a "União possa contratar com empresas privadas a realização de atividades de pesquisa e lavra do petróleo e gás natural, refino do petróleo, importação e exportação de petróleo, gás e derivados, bem como o transporte marítimo de petróleo, derivados e gás".[80]

Foi no bojo dos debates no Congresso, mais especificamente no âmbito do Parecer exarado pela Comissão Especial, que foi trazida à baila a inevitável redução do E0stado como operador e a necessária crescente participação deste como formulador de políticas e regulador, que estariam sendo precariamente exercidas pelo Ministério de Minas e Energia, mais especificamente pelo Departamento Nacional de Combustíveis.

---

[78] BRASIL. Diário do Congresso Nacional (Seção I), terça-feira, 23 de maio de 1995, p. 10766-10767.
[79] *Ibidem*,, p. 3247.
[80] *Idem.*

Abordou-se a necessidade de correção dessas funções *"*do governo ou do DNC (ou da agência a ser criada para desempenhar o papel de regulação", algo já patente para a Comissão Especial e endossado pelo Sr. Ministro de Minas e Energia".[81] Dito isso, encaminhou-se proposta de Substitutivo do Relator (Deputado Lima Netto), com a seguinte redação:

> Art. 1º É conferida a seguinte redação ao §1º do art. 177 da Constituição.
> 'Art. 177.....
> §1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV desse artigo, observadas as condições que a lei estabelecer.'
> Art. 2º Inclua-se o § 3º no art. 177 da Constituição, com a seguinte redação:
> 'Art. 177.....
> §3º A lei a que se refere o parágrafo 1º disporá sobre:
> I – a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;
> II – as condições de contratação;
> III – a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União".
> Art. 3º É vedada a edição de Medida Provisória para a regulamentação da matéria prevista nos incisos I a IV e dos parágrafos 1º e 3º do Art. 177 da Constituição.'

Ressalta-se que a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - que possui, como visto, assento constitucional - criada pela Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997, não possui como objeto regular, controlar ou fiscalizar a prestação de um serviço público (tal qual as agências que regulam a energia elétrica e as telecomunicações, por exemplo), uma vez que a pesquisa, a lavra e o refino do petróleo não constituem serviço público, mas atividades econômicas monopolizadas pela União.[82]

Quanto às demais agências reguladoras brasileiras, tem-se que estas foram instituídas por lei, encontrando, pois, na legislação infraconstitucional, seu fundamento.

Insta observar que existiu, sim, alteração constitucional no que diz respeito à instituição destas entidades, ainda que apenas para prever duas dessas agências, quais sejam, a Agência Nacional de Telecomunicações e a ANP. As demais, como já referido, foram instituídas infra-constitucionalmente.

1.3 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ADAPTAÇÃO DO MODELO NORTE-AMERICANO À ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

O processo de reestruturação da Administração Pública brasileira supramencionado, em cujo âmbito surgiram as agências reguladoras, como já se viu, foi fortemente influenciado pelas denominadas "*regulatory agencies"* norte-americanas. Tal importação, contudo, contém

[81] BRASIL. Diário do Congresso Nacional (Seção I), sábado, 20 de maio de 1995, p. 10642.
[82] MOLL, Luiza Helena. *Agências de Regulação de Mercado*, Porto Alegre, Editora da UFRGS, 2002, p. 291.

o desafio de adaptar o modelo regulatório americano ao sistema constitucional brasileiro, não se podendo fechar os olhos às limitações geradas pela "tropicalização" de tal sistema. Tem-se que "a tradição de se importar soluções estrangeiras para resolver problemas brasileiros já se mostrou prejudicial em diversos momentos de nossa história política e econômica", legitimando as instâncias de um "cuidadoso estudo sobre o tema".[83]

É reconhecido, portanto, que a adoção de modelos estrangeiros – no caso, o norte-americano – exige que seja feita uma adaptação desse modelo aos princípios e regras que estruturam o direito nacional. Tendo em vista que a figura das agências reguladoras teve origem no direito estadunidense, em cujo âmbito também teve seu desenvolvimento, deve-se assinalar que diversas características das agências brasileiras acabam por retratar a influência desse modelo estrangeiro.[84]

Nesse sentido, a título de exemplificação, constituem institutos das agências reguladoras brasileiras que refletem diretamente a adoção do sistema norte-americano, tendo em vista a similitude dos institutos, as figuras da "garantia contra a demissão imotivada" e da "não coincidência do mandato de todos os membros da diretoria da agência".[85]

Ademais, ressalta-se que se deve ter em mente a diversidade dos fatores e condições empíricas que impulsionaram o surgimento das agências reguladoras nos Estados Unidos da América e que motivaram a adoção da nova forma de regulação e do novo tipo de estruturação estatal no Brasil.

Analisado o caso norte-americano, verifica-se que a instituição da regulação por meio de agências independentes tratou-se de uma substantiva ruptura com a concepção de Estado Mínimo, de um Poder Público distante da questão do bem-estar econômico e, sobretudo,

> proibido de empreender intromissão mais arrojada em áreas tais como fixação de preços, disseminação de informações úteis aos usuários, imposição de consolidação e monitoramento de práticas concorrenciais justas, em suma, regulação de mercados. Noutras palavras, trata-se do abandono da conhecida visão do Estado que, segundo Adam Smith, seria regulado pura e simplesmente pela mão invisível do mercado.[86]

---

[83] MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 100.

[84] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 698.

[85] *Idem.*

[86] BARBOSA, Joaquim. Agências Reguladoras: A Metamorfose do Estado e da Democracia (uma reflexão de direito constitucional e comparado*)*, in *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*. Vol. 6, nov. 2012. p. 945.

Nos Estados Unidos da América, o surgimento da regulação por meio de agências independentes motivou-se pela necessidade de maior intervenção estatal, para bem regular e fiscalizar atividades, sempre prestadas por atores privadas, que adquiriram, por uma razão ou outra, relevante interesse público.

Foi em um contexto profundamente diverso que ocorreu a recepção de tais entidades no Direito brasileiro. Durante o período da Reforma de Estado, tratou-se de calcar no país um distanciamento da ideia do Estado clientelista, protagonista da ordem econômico-social, produtor direto de bens e serviços. Com este intuito, o Estado transferiu "a atores privados o essencial das atividades que antes detinha a título de monopólio ou quase-monopólio, assumindo o papel de normatizador e de fiscalizador".[87] Observa-se, dessa maneira, que as agências reguladoras foram incorporadas ao direito pátrio no âmbito da redução de uma política estatizante.[88]

É este, deveras, um ponto, ao menos, curioso: a opção brasileira por um instituto criado no curso da implantação da política estadunidense de expansão da área de incidência dos poderes administrativos do Estado, quando aqui se intentava exatamente a redução desses poderes (ou, ao menos, uma alteração do seu âmbito de aplicação).

Nesta toada, menciona Almiro do Couto e Silva, após afirmar que "o direito brasileiro, em linha de princípio, não conhece função pública ou serviço público, de qualquer natureza, que não seja prestado pelo Estado ou mediante delegação ao Estado", que "o quadro brasileiro é totalmente diverso do norte-americano".[89] Refere-se ao fato de que, como já observado no presente trabalho, não existe nos Estados Unidos o conceito de serviço público, tendo em vista que praticamente toda a atividade econômica é deixada ao setor privado.

No Brasil, existe a diferenciação entre serviço público e atividade econômica,[90] originariamente, atribuída ao Estado a responsabilidade pela prestação dos serviços públicos assim definidos pela Constituição. Para que haja a delegação da prestação desses serviços, imperioso que sejam firmadas concessões, permissões e autorizações.[91] Não é, contudo, o que ocorre no âmbito do sistema norte-americano, em que se adota o modelo de *public utility*, "no

---

[87] BARBOSA, Joaquim. Agências Reguladoras: A Metamorfose do Estado e da Democracia (uma reflexão de direito constitucional e comparado), in *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*. Vol. 6, nov. 2012. p. 945

[88] BARCELOS, Cristina. *O poder normativo das agências reguladoras no direito norte-americano e no direito brasileiro: um estudo comparado.* (Dissertação de Mestrado). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 49.

[89] COUTO E SILVA, Almiro do. *Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional.* São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 199.

[90] Art. 175 da Constituição Federal.

[91] SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório.* 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 37.

qual o título de licença é declaratório do direito a exercer uma atividade em regime de livre iniciativa com obrigações setoriais especiais".[92]

Nos dizeres de Gilmar Mendes, "nossas agências configuram, portanto, uma importação de um conceito, de um formato e de um modo específico de estruturação de Estado". Alerta, contudo, que lhes falta "um maior rigor na delimitação de seus poderes e na compatibilização destes com os princípios constitucionais".[93] Por fim, conclui:

> Trata-se, como se vê de um implante, de uma greffe aplicada a tecidos de textura diferente. Em suma, mais uma tentativa de se ministrar o mesmo remédio a sintomas e pacientes com diagnósticos totalmente diversos.[94]

Também Maria Sílvia Zanella Di Pietro procede a uma elucidativa exposição da problemática concernente à importação de figuras do direito estrangeiro (no presente caso, as agências reguladoras do direito norte-americano). Para a doutrinadora, os governantes pátrios não levam em conta a diversidade de regimes jurídicos existente entre o país exportador e receptor do instituto jurídico, principalmente no que diz respeito ao âmbito constitucional. Nesse sentido, afirma que "esses modelos levam a uma alteração de rumos e provocam dificuldades, desacertos, para não falar em inconstitucionalidades".[95]

Frisa-se também a existência de diferenças fundamentais entre os dois sistemas jurídicos a que se filiam o direito norte-americano (*common law)* e o direito brasileiro (*civil law*), relevantes à introdução da problemática que circunda a temática das agências reguladoras no Brasil:

> O direito administrativo brasileiro inspirou-se no sistema europeu-continental, inteiramente diverso do direito norte-americano, pertencente ao sistema anglo-saxão, o sistema da common law, do precedente judiciário. Ali, a ausência de normas legais e constitucionais é suprido pelo poder criador do Judiciário.
> No direito Brasileiro, praticamente tudo está no direito positivo; o direito administrativo está quase inteiramente preso à Constituição.
> Enquanto no direito norte-americano e em outros direitos filiados ao sistema da common law os institutos novos podem ir sendo criados com maior facilidade, porque a sua validade jurídico-constitucional vai sendo analisada e afirmada ou negada pelo Judiciário apenas em face de princípios genéricos constantes da Constituição ou em face de standards contidos em leis também genéricas, no Brasil a adoção desses mesmos institutos esbarra a todo momento em normas constitucionais expressas.

---

[92] SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório.* 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 37.
[93] BARBOSA, Joaquim. Agências Reguladoras: A Metamorfose do Estado e da Democracia (uma reflexão de direito constitucional e comparado*)*, in *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*. Vol. 6, nov. 2012. p. 946.
[94] *Ibidem,* p. 945.
[95] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009., p. 29.

> Como resultado, o direito administrativo está passando na frente do direito constitucional. A Administração pública copia um modelo do direito estrangeiro e começa a aplica-lo, muitas vezes, com afronta direta e flagrante à Constituição; depois é que vem a lei e, finalmente, a alteração da Constituição (quando vem).[96]

Ressalta-se que, apesar de todas as questões já apontadas acerca da adoção de institutos concebidos em um sistema diverso, não se quer dizer que as agências reguladoras brasileiras constituiriam simples cópia daquelas existentes nos Estados Unidos; também não se quer afirmar que a experiência estadunidense poderia ser simplesmente aplicada no contexto brasileiro.[97]

Em realidade, haveria uma diferença fundamental entre o modelo estadunidense e o brasileiro: trata-se do exercício da competência estatal. Nos Estados Unidos da América a competência estatal seria simplesmente exercitada de maneira exclusiva pela agência reguladora. Já no Brasil, parcela da competência seria mantida com a Administração central.[98]

É por essa diferenciação fundamental que, segundo Justen Filho, "a análise jurídica do tema das agências reguladoras no Brasil envolve, de modo necessário, a coexistência de entidades estatais dotadas de competência similar para regular um mesmo setor" exemplificando a constatação com a referência ao Ministério das Comunicações e a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); e a Secretaria de Portos e a Agência Nacional de Trasnportes Aquáticos (Antaq).[99]

É este também o caso do Ministério de Minas e Energia e da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), ou do Ministério da Saúde e da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Ademais, Maria Sílvia Zanella Di Pietro aborda a temática das dificuldades enfrentadas pelo direito brasileiro quando da adoção do modelo norte-americano, apontando as seguintes peculiaridades do direito pátrio:

> A delegação legislativa não encontra fundamento na Constituição, a não ser nas hipóteses expressamente previstas. A participação ou não é prevista para o processo de elaboração de normas pelas agências ou é prevista sem caráter de obrigatoriedade, o que retira grande parte da legitimidade democrática da atuação das agências. E o princípio do devido processo legal em sua feição substantiva é de aplicação recente e muito restrita no direito brasileiro, sem falar nas restrições

---

[96] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009., p. 29.
[97] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 698.
[98] *Idem.*
[99] *Idem.*

> impostas pelo Supremo Tribunal Federal ao cabimento das ações diretas de inconstitucionalidade contra atos normativos da Administração Pública.[100]

Ensina a doutrinadora que é muito controvertido o aspecto do limite da função normativa das agências reguladoras no direito brasileiro. Isso porque é outorgada tal função de maneira muito semelhante àquela das agências reguladoras norte-americanas, tendo sido a elas dado o "pode de ditar normas com a mesma força de lei e com base em parâmetros, conceitos indeterminados, *standards* nela contidos."[101]

Percebe-se, ante as considerações brevemente expostas, que a importação da figura das agências reguladoras de um sistema jurídico tão distinto do brasileiro tal qual o norte-americano, ocasiona, no mínimo, inconsistências jurídicas oriundas de sua adaptação ao direito brasileiro. Uma vez que tais agências aqui se multiplicaram, tem-se que uma das questões mais latentes, ainda não bem fundamentada pela doutrina, é o amplo poder normativo de fato exercido por estas entidades. Não tendo sido tal fundamento plenamente pacificado, pendem ainda, inevitavelmente, uma série de incertezas acerca de seus limites e de duas possibilidades de controle.

Buscar-se-á, portanto, na parte seguinte do presente estudo, identificar e esclarecer, ainda que em linhas gerais, as teorias doutrinárias existentes no que diz respeito à legitimidade (ou ilegitimidade) do poder normativo exercido pelas agências reguladoras brasileiras.

---

[100] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013. p. 34.

[101] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009., p. 196.

2 PROBLEMÁTICA DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO BRASILEIRO: UM VIÉS DOUTRINÁRIO

Ainda hoje, constitui fonte de grandes controvérsias, especialmente no âmbito doutrinário, qual seria o fundamento do amplo poder normativo exercido, de fato, pelas agências reguladoras brasileiras. São debates que permeiam desde os "riscos institucionais que elas representam em face da sua carência democrática", passando pela "questão da separação de poderes" e desembocando, por fim, na "discussão acerca da intangibilidade do Poder incumbido da prestação jurisdicional".[102]

Muito se discute, por exemplo, acerca da possibilidade jurídica de se atribuir, por lei, competências dessa natureza a tais entidades, ante o quadro jurídico-constitucional aqui já delineado.[103]

Citem-se, para fins ilustrativos, alguns dispositivos integrantes da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, instituidora da ANATEL, que preveem exercício de competência normativa pela agência reguladora:

> 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:
> [...]
> IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;
> [...]
> 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;

Dito isso, cumpre, preliminarmente, abordar alguns pontos fundamentais à compreensão da problemática do poder normativo exercido, de fato, pelas agências reguladoras brasileiras. Abordar-se-á, sumariamente, alguns fundamentos da atuação da administração pública, com foco especial nos aspectos mais relevantes à temática das

---

[102] BARBOSA, Joaquim. Agências Reguladoras: A Metamorfose do Estado e da Democracia (uma reflexão de direito constitucional e comparado), in *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*. Vol. 6, nov. 2012. p. 952.

[103] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 26ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013, p. 533.

agências reguladoras. Na sequência, passar-se-á a delinear os diversos posicionamentos doutrinários no que tange à legitimidade do poder normativo de tais entidades.

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DOS REGULAMENTOS ADMINISTRATIVOS

A fórmula da Separação de Poderes, consagrada na Constituição Federal brasileira nos arts. 2º, 44, 48, art. 84, entre muitos outros, reafirma o princípio da legalidade, capital para a configuração do regime jurídico-administrativo, fruto da submissão do Estado à lei.[104]

O princípio da legalidade encontra-se estampado na CF/88 nos arts. 5º, II (segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei) e 84, IV (segundo o qual compete privativamente ao Presidente da República sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução) e, mais especificamente, no que diz respeito à atuação da Administração Pública, no art. 37, *caput*.[105]

Segundo Itiberê Rodrigues, o princípio da legalidade compõe-se de dois subprincípios: o da supremacia ou primazia da lei e o da reserva legal. O primeiro determina que "todos os atos estatais emanados na forma de lei possuem primazia ou supremacia em relação a todos os demais atos estatais infraconstitucionais".[106] Significa dizer que uma lei não pode nem ser modificada nem, menos ainda, revogada por qualquer desses outros atos infraconstitucionais. Ademais, por força de tal princípio deve a Administração Pública, em todas as atividades por ela exercidas, observar e aplicar as leis, estando impossibilitada de substituir comandos leais por suas próprias decisões – agirá sempre *secundum legem* ou *praeter legem.*[107] Já o princípio da reserva legal, que guarda forte relação com a proteção dos direitos de liberdade e propriedade contra atos ablativos ou ablatórios da Administração Pública, impõe à Administração Pública um agir que depende da autorização do Legislador.[108]

Importante salientar tais preceitos ao se tratar da competência normativa das agências reguladoras, uma vez que a competência normativa poderia ser compreendida como "violadora da legalidade, visto que pode implicar a instituição de novas regras de

---

[104] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 29ª Edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 99.
[105] *Ibidem*, p. 103.
[106] RODRIGUES, Itiberê. Fundamentos Dogmático-Jurídicos da História do Princípio da Legalidade Administrativa no Brasil in: *Fundamentos Do Estado de Direito, estudos em homenagem ao Professor Almiro de Couto e* Silva. Avíla, Humberto (org.). Malheiros: São Paulo, 2005, p.55.
[107] *Idem.*
[108] *Ibidem*, p. 56.

comportamento".[109]

Imperioso também tecer breves considerações acerca dos regulamentos administrativos, eis que constituem, de certo modo, premissa ao entendimento das controvérsias acerca da atribuição de poder normativo às agências reguladoras. Constituem estes expressão do poder regulamentar do Poder Executivo, eis que a Constituição determinou a preponderância da lei, mas, inegavelmente, admitiu a existência dos regulamentos.[110]

Reconhece-se a existência de, basicamente, duas espécies de regulamentos no direito brasileiro: o regulamento de execução (art. 84, IV, CF/88) e os regulamentos autônomos (Art. 84, VI, CF/88).[111] Os primeiros possuem caráter de ato estritamente subordinado, subalterno e dependente de lei,[112] que se pode conceituar como

> ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública.[113]

Essa espécie de regulamento é denominada regulamento de execução, que se destina a "explicitar e desenvolver as normas de uma lei", constituindo, pois, seu fundamento imediato de validade, a própria lei.[114]

Já os regulamentos autônomos, previstos no inciso VI do mesmo art. 84 da CF/88, tiveram redação dada pela Emenda Constitucional nº 32 de 2001. Este dispositivo atribui ao Presidente da República, em sua alínea "a", a competência privativa de dispor, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos. Trata-se da hipótese excepcional, muito limitada, do regulamento autônomo no direito brasileiro[115] em cujo âmbito seria relativamente eliminada a incidência do princípio da legalidade.

Por meio de regulamento autônomo, poderia o Chefe do Executivo unicamente "transpor uma unidade orgânica menor que esteja encartada em unidade orgânica maior para

---

[109] CUÉLLAR, Leila. *As Agências reguladoras e seu poder normativo.* São Paulo: Dialética, 2001, p. 37.
[110] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 237.
[111] *Ibidem.*
[112] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 29ª Edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 338.
[113] *Ibidem*, p. 339.
[114] JUSTEN FILHO, *op. cit.,* p. 238.
[115] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 26ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2013, p. 93.

outra dessas unidades maiores".[116] Poderia, ainda, "redistribuir atribuições preexistentes em dado órgão, passando-as para outro, desde que sejam apenas algumas das atribuições dele", de modo a não se equiparar à vedada extinção do órgão.[117]

No que diz respeito ao poder regulamentar que compete ao Poder Executivo, preceitua Helly Lopes Meirelles que constitui

> faculdade de que dispõem os Chefes de Executivo (Presidente da República Governadores e Prefeitos) de explicar a lei para sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei. É um poder inerente e privativo do Chefe do Executivo (CF, art. 84, IV), e, por isso mesmo, indelegável a qualquer subordinado.[118]

À semelhança da citada definição, tem-se a de Geraldo Ataliba, para quem o chamado poder regulamentar consiste "na faculdade que ao Presidente da República – ou Chefe do Executivo, em geral, Governador e Prefeito – a Constituição confere para dispor sôbre medidas necessárias ao fiel cumprimento da vontade legal, dando providências que estabeleçam condições para tanto."[119]

Segundo Pontes de Miranda, "o poder regulamentar é o que se exerce sem criação de regras jurídicas que alteram as leis existentes e sem alteração da própria lei regulamentada".[120]

Importante esclarecer desde já que a expressão "poder regulamentar", *a contrario sensu* de como é utilizada nas definições supra (qual seja, no sentido de competência para expedição de regulamentos, ato administrativo normativo de mais alto escalão no âmbito da Administração), é empregada por parte da doutrina e da jurisprudência como poder de editar normas infralegais em sentido amplo, abrangendo seus mais variados escalões (instruções, portarias, resoluções, etc). É o que se verifica do seguinte julgado do STF:

> O PODER REGULAMENTAR DEFERIDO AOS MINISTROS DE ESTADO, EMBORA DE EXTRAÇÃO CONSTITUCIONAL, NÃO LEGITIMA A EDIÇÃO DE ATOS NORMATIVOS DE CARÁTER PRIMÁRIO, ESTANDO NECESSARIAMENTE SUBORDINADO, NO QUE CONCERNE AO SEU EXERCÍCIO, CONTEÚDO E LIMITES, AO QUE PRESCREVEM AS LEIS E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - A competência regulamentar deferida aos

---

[116] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 29ª Edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 338.
[117] *Idem.*
[118] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39ª Edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 136.
[119] ATALIBA, Geraldo. *Decreto* Regulamentar no sistema brasileiro, *Revista de Direito Administrativo,* São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, n° 97, p. 21, 1969.
[120] MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967,* São Paulo: Revista dos Tribunais, tomo III, p. 309.

> Ministros de Estado, mesmo sendo de segundo grau, possui inquestionável extração constitucional (CF, art. 87, parágrafo único, II), de tal modo que o poder jurídico de expedir instruções para a fiel execução das leis compõe, no quadro do sistema normativo vigente no Brasil, uma prerrogativa que também assiste, "ope constitutionis", a esses qualificados agentes auxiliares do Chefe do Poder Executivo da União. - As instruções regulamentares, quando emanarem de Ministro de Estado, qualificar-se-ão como regulamentos executivos, necessariamente subordinados aos limites jurídicos definidos na regra legal a cuja implementação elas se destinam, pois o exercício ministerial do poder regulamentar não pode transgredir a lei, seja para exigir o que esta não exigiu, seja para estabelecer distinções onde a própria lei não distinguiu, notadamente em tema de direito tributário. Doutrina. Jurisprudência. - Poder regulamentar e delegação legislativa: institutos de direito público que não se confundem. Inocorrência, no caso, de outorga, ao Ministro da Fazenda, de delegação legislativa. Reconhecimento de que lhe assiste a possibilidade de exercer competência regulamentar de caráter meramente secundário.[121]

Se utilizada em sentido amplo, como no julgado do STF acima colecionado, estende-se a expressão aos demais atos normativos emanados do Executivo, referindo-se não apenas ao de maior hierarquia (regulamento vinculado por decreto). É por este motivo que autoras como Odete Medauar e Di Pietro, motivadas pela relevância assumida pelo poder regulamentar e pelo regulamento, optam por estudar separadamente o poder regulamentar do poder normativo, do qual consideram espécie. Consistiria o primeiro, pois, em "um dos modos de exercício do poder normativo no âmbito do Poder Executivo".[122] Ademais, o poder regulamentar não esgotaria toda a competência normativa da Administração, sendo apenas uma de suas formas de expressão, coexistindo com outras.[123]

Expostos, ainda que brevemente, alguns aspectos fundamentais da atuação da administração pública no regime jurídico brasileiro, cumpre agora adentrar, mais especificamente, na temática das agências reguladoras propriamente ditas, bem como do efetivo exercício de poder normativo por parte dessas entidades.

2.2 CONCEITOS E NATUREZA JURÍDICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO PÁTRIO

Ressalta-se que inexiste, no direito brasileiro, um conceito legal de "agência reguladora", nem "parâmetros normativos genéricos, prefixados de forma clara e precisa, a

---

[121] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.075, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, j. 17/06/1998. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

[122] MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 118.

[123] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 26ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2013, p. 91.

conceituar o que é uma agência administrativa".[124]

Inexiste, igualmente, uma "homogeneidade na configuração do regime jurídico das diversas agências reguladoras independentes", o que permite, inclusive, "a variação de intensidade e da extensão da sua autonomia".[125] Por esse motivo, é relevante que se colacionem algumas definições de "agência reguladora", exaradas pelos doutrinadores do direito pátrio.

Para Marçal Justen Filho[126] "agência reguladora independente é uma autarquia especial, sujeita a regime jurídico que assegura a autonomia em face da Administração direta e que é investida de competência para a regulação setorial."

Conforme inciso I do art. 5º do Decreto-lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967, considera-se "autarquia" 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". Tal entidade integra a Administração Indireta, sendo dotada de personalidade jurídica de direito público (Art. 4º, II do Decreto nº 200/1967). A necessidade da personalidade jurídica de direito público estaria fundamentada na imperiosa atuação com poderes típicos do Estado, de modo a limitar aquela atividade desenvolvida em regime de liberdade.[127] Segundo Marcos Juruena Vilela Souto, a adoção da personalidade jurídica de direito público, "aliado à autonomia para o desempenho dessa função justifica, no direito brasileiro, a adoção da forma autárquica como a ideal para a descentralização da regulação estatal."[128]

Já o termo "especial" indica que tal autarquia teria certas peculiaridades instituídas por lei – uma "autonomia" jurídica que não estaria presente na maior parte das entidades autárquicas.[129]

Conforme doutrina Marcos Juruena Villela Souto,[130] são agências reguladoras:

> entidades que integram a Administração Pública indireta, criadas por lei para o exercício da autoridade inerente à função de intervir na liberdade privada por meio de ponderação entre interesses em tensão, tendo, assim, personalidade de direito público, caracterizando-se como autarquia, por exigir autonomia em relação ao

[124] CUÉLLAR, Leila. *As Agências reguladoras e seu poder normativo.* São Paulo: Dialética, 2001, p. 75.
[125] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 701.
[126] *Ibidem*, p. 700.
[127] SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005., p. 244.
[128] *Ibidem*, p. 245.
[129] JUSTEN FILHO, *op. cit., loc. cit.*
[130] SOUTO, *op. cit.*, p. 245-246.

> poder central, da espécie autarquia especial, por ser dotada de independência, que se manifesta, principalmente pela atribuição de mandatos fixos a uma direção colegiada.

Cite-se também a tentativa de conceituação feita por Alexandre Aragão, tendo em vista as dificuldades inerentes a qualquer atividade de elaboração de conceitos que define as agências reguladoras brasileiras como sendo:

> as autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à Administração centralizada, incumbidas do exercício de funções regulatórias e dirigidas por colegiado cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal, vedada a exoneração ad nutum.[131]

Referida autonomia em relação ao Poder Executivo delineia-se pelos seguintes pontos fundamentais:

i) O processo de indicação de seus integrantes: quanto menos o poder de nomeação detiver o executivo, maior será a autonomia do órgão;

ii) sua independência orçamentária e financeira: sua manutenção não pode depender de verbas do orçamento do Poder Executivo e

iii) a garantia de inamovibilidade aos seus membros, por mandato determinado.[132]

Quanto aos poderes exercidos por tais autarquias sob regime especial, tem-se que constituem diferente gama: "normativos, propriamente ditos ou de natureza concreta; de solução de conflitos de interesses; investigativos; fomentadores; e de fiscalização, preventiva ou repressiva".[133]

2.2.1 Justificativas Doutrinárias Para Legitimação dos Poder Normativo Exercido pelas Agências Reguladoras Brasileiras

Uma vez que há uma série de diferentes argumentos utilizados pela doutrina pátria com o fim de justificar o poder normativo exercido pelas agências reguladoras no direito brasileiro, adotar-se-á no presente capítulo, visando à adequada sistematização da matéria**,** a classificação dos argumentos em cinco categorias fundamentais: i.) necessidade prática das atividades reguladas; ii.) utilização do termo "órgão regulador" na Constituição Federal, iii.)

---

[131] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.* 2. ed, 2. Tir. Rio de Janeiro: Forense, 2005.p. 281.

[132]AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: Do Direito Nacional ao Direito Supranacional*, 4ª edição, 2014, p. 231.

deslegalização ou delegação normativa; iv.) poder regulamentar da Administração Pública e v.) poder de impor obrigações em relações especiais de sujeição.[134]

2.2.1.1 Necessidade Prática das Agências Reguladoras

Trata-se de argumento muito utilizado com vistas a justificar a competência normativa das agências reguladoras. Ressalta-se, por oportuno, que constitui imperativo de ordem prática, nunca sendo adotado como argumento independente, ou seja, como única justificativa para o poder normativo. É encontrado, usualmente, dentro de outras cadeias de argumentação, com o intuito de enfraquecer a atuação do princípio da legalidade. Dito isso, apresentar-se-ão os principais argumentos dessa linha justificadora.

Uma das justificativas oriundas da necessidade prática das atividades reguladas funda-se no caráter técnico dessas atividades. Primeiramente, porque não há como o legislador, por ausência de conhecimento técnico e proximidade dos fatos, abrigar todas as situações quando da edição da norma; em segundo lugar, porque as "normas sobre funcionamento de mercados tendem a ser normas técnicas, econômicas e financeiras, que mudam com a evolução tecnológica ou comercial".[135]

Sobre a falta de aptidão técnica do Poder Legislativo, dispõe Leila Cuéllar que

> por vezes seus membros não detêm conhecimentos técnicos específicos indispensáveis para a elaboração de determinadas leis. Apesar de possuir corpos técnicos e servidores auxiliares, a especificidade resultante da rápida evolução tecnológica global cria exigências desmensuradas ao Poder Legislativo.[136]

Nesse sentido, "a criação dos entes reguladores visaria inclusive a suprir as deficiências do poder legislativo supra apontadas", tendo em vista que são dotadas de características de "órgãos técnicos, especializados, imparciais (dotados de independência política, inclusive), para que possam ter uma atuação eficaz e cumpram os fins para os quais foram idealizadas."[137] A existência de um número cada vez maior de atividades dotadas de grandes particularidades técnicas, bem como o pluralismo e a complexidade da sociedade, teriam

---

[133]ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.* 2. ed, 2. Tir. Rio de Janeiro: Forense, 2005.p. 403.
[134] MOURA, Mauro Hiane de. *O poder normativo e a autonomia das agências reguladoras. Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro , v.246, p. 226-266, set./dez. 2007.
[135] SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005., p. 49.
[136] CUÉLLAR, Leila. *As Agências reguladoras e seu poder normativo.* São Paulo: Dialética, 2001, p. 130-131.
[137] *Ibidem*, p. 130.

inviabilizado o denominado ideal liberal oitocentista, caracterizado por um ordenamento monocêntrico, uniforme, concebido de modo geral e abstrato.[138]

Aragão explicita a existência da já referida realidade social cada vez mais intrincada: inicialmente, tal complexidade teria levado o legislador a elaborar regulamentos específicos, destinados a certos setores da sociedade ou a certas relações jurídicas, o que se verifica, exemplificativamente, da criação de ramos. Posteriormente, diante da pluralidade, complexidade e tecnicismo das matérias que demandavam atuação do Legislativo, verificou-se que não bastava a edição de leis especiais pelo Legislativo, surgindo a necessidade de especialização das fontes do Direito, bem como dos respectivos órgãos emanadores. Seriam os diversos ordenamentos técnico-setoriais, as entidades reguladoras independentes e a proliferação de sedes normativas não-parlamentares, em si, reflexo da complexidade da sociedade contemporânea no campo do Direito.[139]

Giuseppe Abbamonte, detalhando a necessidade de desenvolvimento de ordenamentos setoriais aptos a regular a complexa e dinâmica realidade social, preceitua que

> diante de uma realidade de grande complexidade, decorrente da crescente concentração dos centros de poder econômico, se requerem ações capazes de identificar e individuar obrigações, acompanhar o seu cumprimento, fixando, inclusive, regras de comportamento, inserindo-se na realidade, guiando-a e, possivelmente, corrigindo-a, ou, ao menos, reequilibrando as tendências desestabilizadoras[140]

Nesse sentido, afirma-se que a legitimação da competência normativa das agências reguladoras decorre, propriamente, também da natureza das atividades por ela exercidas. Isso porque as relevantes atribuições desses entes, relativas à regulação de atividade econômica, por exemplo, não seriam executáveis sem que se admitisse uma competência normativa – trata-se da hipótese de "legitimação pela função".[141]

Fala-se também em uma "crise do princípio da legalidade", tendo em vista a concepção positivista, a sacralização da legalidade, o excessivo formalismo dos decretos, portarias e circulares, "com a predominância da letra dos textos sobre seu espírito ou sobre a realidade dinâmica da vida". Tal crise estaria também intimamente relacionada a uma "inflação

---

[138] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.* 2. ed, 2. Tir. Rio de Janeiro: Forense, 2005.p. 379.
[139] *Ibidem.*
[140] ABBAMONTE, Giuseppe, *Trattato di diritto amministrativo,* p. 87 *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes e a separação de poderes – Uma constituição da teoria dos ordenamentos setoriais. In *Revista dos Tribunais*, vol. 786, abril de 2001, p. 47.
[141] CUÉLLAR, Leila. *As Agências reguladoras e seu poder normativo.* São Paulo: Dialética, 2001, p. 134.

legislativa", oriunda da incompletude intrínseca às leis ante as complexas questões contemporâneas.[142]

2.2.1.2 Termo "órgão regulador" na Constituição Federal

Trata-se de uma segunda linha argumentativa, fundamentalmente relacionada à introdução do termo "órgão regulador" na Constituição Federal, nos arts. 21, XI e 177, §2º, III, respectivamente pelas Emendas Constitucionais nº 8, de 15 de agosto de 1995 e 9, de 9 de novembro de 1995.

Este é o ponto de conexão entre os argumentos doutrinários, apesar de serem, razoavelmente, distintos. Para os doutrinadores que defendem esta teoria, tem-se que a inclusão do termo "órgão regulador" não foi ocasional. Muito pelo contrário; intencionalmente, visava-se a alterar o tradicional papel da Administração Pública, de modo a determinar a "criação de entidades que, nos termos de sua lei instituidora, teriam a potestade de exercer verdadeiro poder legislativo, restringido apenas pelos limites competenciais que lhes fossem impostos quando de sua criação".[143]

Veja-se o posicionamento de Vidalvo Silvino da Costa Filho. O autor, ao proceder à delimitação da natureza jurídica das agências reguladoras, destaca a importância de se atentar à semântica do nome. Ressalta que a classificação da ANATEL como autoridade administrativa independente representa a construção de uma novel tipificação no ordenamento jurídico pátrio.[144]

Ademais, por meio da Emenda Constitucional nº 8, recebeu a ANATEL *status* constitucional – o que, à semelhança, ocorreu com a ANP -, tendo sido sua competência disciplinada constitucionalmente, qual seja, regular o funcionamento do setor de telecomunicações.[145] Quanto à abrangência do termo "regulador" inserido no bojo da Constituição, o autor considera que este englobaria, indiscutivelmente, a competência normativa; não se limitaria, contudo, a apenas esta competência:

> Vale salientar que a mudança ocasionada pela Emenda nº 08 na Carta Magna não representou apenas a transferência de atividade normativa. O texto relata a expressão

[142] GUERRA, Sérgio. *Crise e refundação do princípio da legalidade: a supremacia formal e axiológica da Constituição Federal de 1988*. Interesse Público: Sapucaia do Sul, v.10, n. 49, maio 2008, p. 105-106.
[143] MOURA, Mauro Hiane de. *O poder normativo e a autonomia das agências reguladoras. Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro , v.246, p. 228, set./dez. 2007.
[144] COSTA FILHO, Vidalvo Silvino da. *A agência nacional de telecomunicações*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 226, out. 2001, p. 97.
[145] *Ibidem*, p. 106.

> *regulador*. E regular denota uma acepção muito mais extensa do que, simplesmente, regulamentar. Regular envolve a potestade de expedir normas, um poder de polícia e um poder para solucionar controvérsias entre os agentes interessados. A doutrina falha ao elucidar que o processo delegante significou, tão-somente, a transferência de poderes normativos da União à agência, pois houve o deslocamento de algo muito mais amplo: o Poder Regulador.[146]

Ante tais pressupostos, Costa Filho conclui da seguinte forma:

> A Constituição atribuiu-lhe autonomia, para decidir sobre o serviço, retirando os poderes da União e remetendo-os a uma autoridade responsável pelo controle das telecomunicações. Tal topografia constitucional concedeu independência política, com o escopo de que organismo autônomo regesse a atividade sem ser embaraçado pelo Executivo central. Isso nos autoriza destacar que o ente regulador assemelha-se a uma pessoa política, uma vez que tem previsão constitucional, possui autonomia político-decisória desvinculada dos interesses da União e com esfera de poder garantido pela Carta Maior.[147]

Com a edição da Lei Geral de Telecomunicações, teria a União simplesmente perdido seu "poder regulador sobre o disciplinamento do serviço e, consequentemente, sobre o sistema de outorga às empresas prestadoras, agora entregues à livre iniciativa"[148]. Como consequência, tem-se que, uma vez elaborada lei conferindo determinada matéria à competência de alguma agência reguladora, não mais poderia o Congresso Nacional dispor sobre o referido tema.

Linha argumentativa distinta, mas que, no mesmo sentido, se utiliza do conteúdo supostamente contido no termo "órgão regulador", é o de Leila Cuéllar. Em verdade, a autora adota como principal argumento justificador do poder normativo exercido pelos entes reguladores uma noção ampliativa do poder regulamentar, utilizando-se do termo órgão regulador para, fundamentalmente, reforçar a amplitude dessa função.

Também Di Pietro utiliza-se do termo para justificar referida competência das agências reguladoras. Especificamente quanto ao vocábulo "regulação", tal qual utilizado no Brasil, tem-se, segundo a doutrinadora, que este é deveras recente, tendo surgido, na Constituição de 1988, com a menção do art. 174 ao Estado Regulador, intensificando-se sobremaneira com a instituição das agências reguladoras.[149] Nos dizeres de Di Pietro, tal vocábulo encerra vários sentidos: o mais frequente diz respeito à regulamentação ou formulação de regras (regulação como gênero da qual a regulamentação é espécie). Em outro

---

[146] COSTA FILHO, Vidalvo Silvino da. *A agência nacional de telecomunicações*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 226, out. 2001, p. 105.
[147] *Ibidem*, p. 106.
[148] *Ibidem*, p. 105-106.
[149] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009, p. 188.

sentido, ter-se-ia "regulação" como termo designador de um novo tipo de direito, ainda incipiente no Brasil, qual seja, aquele encontrado nos Estados Unidos da América, resultante da negociação e da participação nos interessados na matéria objeto de regulação – refere-se às competências exercidas pelas agências reguladoras e entidades afins.[150]

Reconhece-se a função normativa das duas agências com assento constitucional – ANP e ANATEL –, uma vez que previstas na Carta Magna como "órgãos reguladores", ainda que não tenha sido positivada qualquer definição de "órgão regulador" constitucionalmente, remetendo-se a disciplina da matéria à legislação infraconstitucional.[151] São, portanto, reconhecidas possibilidades à atuação normativa das agências reguladoras: por meio de atos normativos, é possível às referidas entidades "interpretar ou explicitar conceitos indeterminados contidos nas leis e regulamentos, especialmente os de natureza técnica", inserindo tal hipótese na ideia de especialização das agências, da qual não decorre a possibilidade, contudo, de inovar na ordem jurídica.[152]

2.2.1.3 Deslegalização, delegificação ou delegação de poder normativo

A teoria da deslegalização, adotada por doutrinadores brasileiros como Diogo de Figueiredo Moreira Neto[153] e Alexandre de Aragão,[154] é, em grande parcela, inspirada, tal qual afirmam os próprios autores, em posicionamento do jurista Eduardo García de Enterría, especialmente em entendimento por ele esposado em monografia intitulada *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, de 1970. Muito também é citada a doutrina portuguesa, com especial referência a Gomes Canotilho, que, igualmente, muito refletiu acerca da técnica da deslegalização.[155]

Trata-se de uma variante da teoria que imputa conteúdo especial ao termo "órgão regulador" introduzido pela Constituição de 1988 para os setores de telecomunicações e petróleo, e consiste em afirmar que as leis de criação das agências, quer haja ou não suporte

[150] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009, p. 189.
[151] *Ibidem*,, p. 197.
[152] *Ibidem*,, p. 198.
[153] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Agências reguladoras: descentralização e deslegalização. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 163.
[154] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed, 2. Tir. Rio de Janeiro: Forense, 2005.p. 419-420.
[155] COSTA FILHO, Vidalvo Silvino da. *A agência nacional de telecomunicações*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 226, out. 2001, p. 104-105.

constitucional para sua existência, são responsáveis pela delegação de potestade normativa a tais entidades sob a fórmula da deslegalização.[156]

Nessa toada, Enterría conceitua deslegalização, denominada também de delegificação, como

> a operação efetuada por uma lei que, sem entrar na regulação material do tema, até então regulado por uma lei anterior, abre tal tema à disponibilidade do poder regulamentar da Administração. Mediante o princípio do *contrarius actus*, quando uma matéria está regulada por determinada lei se produz o que chamamos de 'congelamento do grau hierárquico' normativo que regula a matéria, de modo que apenas por outra lei contrária poderá ser inovada dita regulação. Uma lei de deslegalização opera como *contrarius actus* da anterior lei de regulação material, porém, não para inovar diretamente esta regulação, mas para degradar formalmente o grau hierárquico da mesmo de modo que, a partir de então, possa vir a ser regulada por simples regulamentos. Deste modo, simples regulamentos poderão inovar e, portanto, revogar leis formais anteriores, operação que, obviamente, não seria possível se não existisse previamente a lei degradadora.[157]

Ao definir o tipo de delegação normativa que é cometido às agências reguladoras, ambos os autores se valem da classificação oferecida, novamente, por Enterría, que reconhece a possibilidade desta técnica nos sistemas de tradição continental, e propõe três fórmulas básicas de delegação legislativa: a delegação receptícia, a remissão e a deslegalização.

> A delegação receptícia consiste na transferência da função legislativa ao Poder Executivo para produzir normas com força de lei, adstrita a um quadro delimitado e a um tempo determinado no ato de delegação esgotando-se com a própria delegação, que não pode dela se valer para revogar ou mesmo modificar o texto promulgado, assumindo, o Poder Legislativo, como próprio, o conteúdo da norma delegada.[158]

A delegação receptícia encontra, portanto, limites materiais e temporais, consumindo-se no tempo uma vez que utilizada.[159] Trata-se da técnica positivada no art. 68 da Constituição Federal, que dispõe sobre as intituladas leis delegadas, a serem elaboradas pelo Presidente da República, sempre com a devida solicitação de delegação ao Congresso Nacional.

No que concerne à técnica da remissão, pode-se proceder à seguinte conceituação:

---

[156] COSTA FILHO, Vidalvo Silvino da. *A agência nacional de telecomunicações*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 226, out. 2001, p. 229-230.

[157] ENTERRIA, Eduardo Garcial. Legislación Delegada, Postestad Regulamentaria y Control Judicial, Madrid, 3. Ed., 1998, p. 220-221, *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.* 2. ed, 2. Tir. Rio de Janeiro: Forense, 2005.p. 419-420.

[158] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Agências reguladoras: descentralização e deslegalização. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 165.

[159] MOURA, Mauro Hiane de. O poder normativo e a autonomia das agências reguladoras. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro , v.246, p. 229, set./dez. 2007.

> A delegação remissiva, ou simplesmente remissão, consiste na, assim dita, remessa pela lei a uma normatividade ulterior que deverá ser elaborada pela Administração, sem força de lei, igualmente dentro do quadro substantivo emoldurado pela própria lei remetente. Seu exercício pelo delegatário não esgota nem consome a delegação remissiva, que poderá ser por ele alterada ou revogada a qualquer tempo, ainda porque o Poder Legislativo assume como próprio o conteúdo da norma delegada.[160]

É este o padrão utilizado pela Constituição ao dispor sobre o poder regulamentar atribuído tradicional e privativamente ao Presidente da República, em seu art. 84, IV, para fiel execução das leis.[161] Seriam feitas "remissões" pela lei, um reenvio a uma normatização ulterior, "com hierarquia inferior à lei material e em caráter complementar a esta, isto é, sem força de lei, que deverá ser elaborada pela Administração ao executar sua função".[162]

Finalmente, a terceira categoria particular de delegação legislativa é a denominada deslegalização, cujo fundamento foi retirado de doutrina francesa, especialmente dos textos de Maurice Hauriou, no sentido de aceitar a "retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei (*domaine de la loi*) passando-as ao domínio do regulamento (*domaine de l'ordonnance*)"[163]. Ter-se-ia, com a deslegalização, uma demissão do Poder Legislativo da função que lhe compete de regular determinada matéria, sendo esta remetida a outra entidade – no caso, as agências reguladoras.[164]

Para a doutrina que adota esta teoria, o instituto da deslegalização legitimaria tanto as agências com assento constitucional (Emendas Constitucionais nº 8 e 9, responsáveis pela inserção do termo "órgão regulador") quanto as agências previstas exclusivamente em lei. Vejamos:

> (...) tal instituto explica, precisamente, o processo de delegação de poder normativo que fortaleceu a agência de telecomunicações. (...)
> O Congresso Nacional modificou o texto constitucional, transferindo a atividade reguladora do Executivo central a um órgão regulador. Assim, a deslegalização foi autorizada no seio da Constituição, através de um meio democrático e legítimo, que respeito os próprios trâmites constitucionais.[165]

Não apenas no que diz respeito à agência reguladora do setor de comunicações, mas também à agência do setor de petróleo, teria a Constituição promovido, por meio da

---

[160] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Agências reguladoras: descentralização e deslegalização. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 165.
[161] *Idem.*
[162] COSTA FILHO, Vidalvo Silvino da. *A agência nacional de telecomunicações*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 226, out. 2001, p. 104.
[163] MOREIRA NETO, *op. cit.*, p. 166
[164] MOURA, Mauro Hiane de. O poder normativo e a autonomia das agências reguladoras. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro , v.246, p. 230, set./dez. 2007.
[165] COSTA FILHO, *op. cit.*, p. 105

introdução dos termos "órgão regulador" nos artigos 21 e 177, a deslegalização das matérias a elas afeitas.

Também as leis específicas instituidoras de agências reguladoras como Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, criada pela Lei 9.427 de 1996, e Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, instituída pela Medida Provisória nº 1.791, de 1998, convertida na Lei nº 9.782 de 1999, teriam procedido à deslegalização de matéria normativa em favor dessas entidades.

Nesse sentido, exemplificativamente, a lei instituidora da ANVISA teria assegurado a independência normativa da entidade por meio dos seguintes dispositivos[166]:

> Art. 7º Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo:
> [...]
> III - estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária;
> IV - estabelecer normas e padrões sobre limites de contaminantes, resíduos tóxicos, desinfetantes, metais pesados e outros que envolvam risco à saúde;
>
> Art. 2º Compete à União no âmbito do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária:
> III - normatizar, controlar e fiscalizar produtos, substâncias e serviços de interesse para a saúde;

Casos há também em que a deslegalização é explicitamente colocada, como o do art. 214, I, da Lei Geral de Telecomunicações, que possui o teor seguinte:

> Art. 214. Na aplicação desta Lei, serão observadas as seguintes disposições: I – os regulamentos, normas e demais regras em vigor serão gradativamente substituídos por regulamentação a ser editada pela Agência, em cumprimento a esta Lei.

Ainda segundo os defensores da teoria da deslegalização, não haveria que se falar em inconstitucionalidade na utilização da referida técnica, eis que esta não configuraria, propriamente, uma transferência de poderes legislativos, "mas apenas uma adoção, pelo próprio legislador, de política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria."[167] A lei estaria atribuindo ao regulador o papel de

---

[166] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Agência Nacional de Vigilância Sanitária: natureza jurídica, competência normativa, limites de atuação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 215, jan. 1999, p. 74.

[167] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.* 2. ed, 2. Tir. Rio de Janeiro: Forense, 2005.p. 423.

"preencher a moldura com conhecimentos técnicos e à luz da realidade em que a lei vai ser aplicada".[168]

Outrossim, o processo de deslegalização seria resposta à exigência contemporânea de simplificação da ação administrativa, contribuindo para a aceleração da função administrativa, adaptando-se, dessa maneira, às exigências da coletividade e à tendência de ampliação de funções do Estado.[169]

Destaca-se, todavia, que, apesar de recepcionada a teoria da deslegalização por doutrinadores pátrios, a ela seriam impostas também algumas limitações. Os principais limites são os de ordem externa, de ordem interna e a discricionariedade técnica.[170]

As limitações de ordem externa consistem na submissão de qualquer ato normativo, seja ele legislativo ou não, a determinado sistema jurídico. Significa dizer que a norma exarada pela agência reguladora não pode opor ao direito supraordinado contrariedade, eis que possui este maior hierarquia. Igualmente, não pode haver oposição às normas de igual hierarquia àquela produzida pela agência, devendo estas harmonizarem-se reciprocamente.[171]

Os enquadramentos internos, por sua vez, referem-se aos parâmetros formais e materiais definidos na norma delegante aos quais estaria submetida a norma derivada.

O limite imposto pela discricionariedade técnica, todavia, consiste no mais relevante dos três, tendo em vista que, conforme dispõe Aragão, trata-se do "próprio fundamento de validade das normas reguladoras que devem ser baixadas pelas agências reguladoras".[172] Provém tal limite da própria razão de existir das agências, qual seja, a necessidade de minudenciar, dispor sobre matérias dotadas de grande grau de tecnicidade, promovendo a subtração desta competência direta dos centros de decisões político-administrativa.[173] É por esse motivo que "o conteúdo válido das normas baixadas pelas agências reguladoras está integralmente definido na margem de escolha técnico-científica que a legislação delegante abriu à exclusiva discrição dos respectivos agentes técnicos".[174]

Assinale-se que Marçal Justen Filho considera incompatível com a Constituição a deslegalização legislativa, uma vez que caracterizada como a "intencional, consciente e

---

[168] SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005., p. 51.
[169] COSTA FILHO, Vidalvo Silvino da. *A agência nacional de telecomunicações*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 226, out. 2001, p. 107.
[170] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Agência Nacional de Vigilância Sanitária: natureza jurídica, competência normativa, limites de atuação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 215, jan. 1999, p. 167-168.
[171] *Idem.*
[172] *Ibidem* p. 169.
[173] *Idem.*
[174] *Ibidem*, p. 170.

voluntária transferência pelo Legislativo da competência normativa para disciplinar certa matéria". A denominada deslegalização legislativa trata-se, segundo o autor, de delegação legislativa, instituto este que, no art. 68 da Constituição Federal, já foi formalmente disciplinado.[175]

> Essa solução não se confunde com a previsão legal de regulamentação pelo Executivo. A delegação do art. 68 faz-se caso a caso, a propósito de questões específicas e determinadas. Não é possível o art. 68 ser o fundamento para a transferência a outro órgão de um poder legiferante permanente e estável. A delegação legislativa versa sobre o poder de elaborar um conjunto de normas sobre certo tema. Tendo a Constituição determinado os limites e a forma para a delegação legislativa, seria inválido que o Congresso Nacional editasse uma lei transferindo para o Poder Executivo a competência para criar direitos e obrigações por meio de um regulamento[176]

Marçal reputa, com base nestes pressupostos, "incompatível com a ordem jurídica brasileira o instituto da deslegalização de certas atividades".[177]Demandaria esta uma profunda alteração na estrutura constitucional brasileira, dependendo sua admissão, no seio de um regime presidencialista, também da "adoção de instrumentos de controle legislativo mais eficientes"[178].

Conclui o mesmo autor que "a concepção de deslegalizaçao ou delegificação não se afigura como aplicável ao Direito Brasileiro. Aos menos, não há cabimento de produzir a transferência de competência normativa reservada constitucionalmente ao Legislativo para o Executivo" [179]

Leciona Bandeira de Mello que, em regra, as funções correspondentes a cada Poder são indelegáveis, princípio que se retira implicitamente do art. 2º da Carta Magna[180], ressalvando-se apenas a hipótese de leis delegadas, "pela própria Constituição previstas no art. 59, IV, mas editáveis apenas em decorrência do procedimento legislativo regulado no art. 68 e segundo as condições e limites ali estabelecidos"[181]. Ante tais pressupostos, conclui que

---

[175] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 241-.242.
[176] *Ibidem*, p. 242.
[177] *Idem.*
[178] *Idem.*
[179] JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 495.
[180] Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário"),
[181] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 29ª Edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 352.

> a própria possibilidade de existirem "leis delegadas", conforme acima referido, torna óbvio que não podem existir "delegações disfarçadas", procedidas indireta ou implicitamente. Com efeito, a simples previsão desta espécie legislativa demonstra, a contrario sensu, que a regra é a indelegabilidade[182]

Não bastasse o art. 68 da Constituição Federal, o art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias vedaria, segundo o autor, também qualquer forma de delegação de função normativa. [183]

Ademais, faz-se ressalva acerca da adoção da teoria de Enterría ao sistema jurídico brasileiro, que consagra uma reserva total de lei, uma vez que o próprio doutrinador afirma que a técnica da deslegalização não poderia ser aplicada às matérias constitucionalmente reservadas à lei. Soma-se a isto o fato da Constituição espanhola prever um arranjo de competências entre Executivo e Legislativo distinto daquele realizado pela Constituição brasileira.[184]

2.2.1.4 Poder Regulamentar da Administração Pública

Boa parte dos doutrinadores brasileiros entende o poder regulamentar em seu sentido estrito como a competência específica do Chefe do Poder Executivo de expedir regulamentos para fiel execução da lei (art. 84, da Constituição Federal), sendo também os Ministros dotados de competência para expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamento (art. 87, II da Constituição Federal). É este o posicionamento, por exemplo, de Hely Lopes Meirelles e Maria Sylvia Zanella Di Pietro[185]. Ressalte-se que, por simetria, também aos Chefes do Executivo Estadual e Municipal compete a expedição de regulamentos de execução.

Ademais, tratar-se-ia de uma competência indelegável, tendo em vista interpretação *a contrario sensu* do art. 84, parágrafo único da Constituição Federal, que enumera, taxativamente, os casos passíveis de delegação pelo Presidente da República. Veja-se:

---

[182] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 29ª Edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 352.

[183] Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:
I - ação normativa;
II - alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie.

[184] MOURA, Mauro Hiane de. O poder normativo e a autonomia das agências reguladoras. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro , v.246, p. 241, set./dez. 2007.

[185] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 26ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2013, p. 93.

> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
> [...]
> Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.

As hipóteses em que é possível a delegação de competência (incisos VI, XII e XXV, primeira parte) são, respectivamente, as seguintes:

> VI - dispor, mediante decreto, sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)
> a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)
> b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)
>
> XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;
>
> XXV - prover os cargos públicos federais, na forma da lei;

Não se tratando dos casos supracitados, não haveria, diz parte da doutrina, que se falar em delegação ou exercício de competência regulamentar.

Destaca-se, contudo, que há doutrinadores que admitem o exercício não exclusivo do poder regulamentar: ainda que os artigos 84, IV e 87, II da Constituição Federal atribuam ao Presidente da República e aos Ministros de Estado a competência de expedir decretos, regulamentos e portarias. Entendem estes que tal rol não seria exaustivo, de modo que outras entidades da Administração Pública poderiam ser autorizadas a emanar regulamentos[186]. Citem-se, nesse sentido, Leila Cuéllar[187] e Egon Bockmann Moreira[188].

Em defesa deste entendimento, tem-se os dizeres de San Tiago Dantas:

> O poder de baixar regulamentos, isto é, de estatuir normas jurídicas hierarquicamente inferiores e subordinadas à lei, mas que nem por isso deixam de reger coercitivamente as relações sociais, é uma atribuição constitucional do Presidente da República, mas a própria lei pode conferi-la, em assuntos determinados, a um órgão da Administração Pública ou a uma dessas entidades autônomas que são as autaquias; Não só a elaboração de regulamentos, mas a própria atividade legislativa, não se acha hoje enclausurada na competência de um só órgão do governo, mas se desloca, por força da delegação de poderes, para outros

[186] CUÉLLAR, Leila. *As Agências reguladoras e seu poder normativo.* São Paulo: Dialética, 2001, p. 116.
[187] *Idem.*
[188] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Agência Nacional de Vigilância Sanitária: natureza jurídica, competência normativa, limites de atuação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 215, jan. 1999, p. 102.

> órgãos, eventualmente mais aptos por se acharem em contacto imediato com a matéria regulada, ou disporem de maior rapidez de decisão. [189]

Estabelecida esta premissa, e ante a "evolução do fenômeno político-econômico mundial, unida à constante instabilidade dos mercados", que "impõe que o Estado-Administração disponha de meios jurídicos que o tornem apto a regular imediatamente a conjuntura econômica"[190], admite-se, em uma das linhas argumentativas, a existência de regulamentos autônomos, ampliando-se a tradicional competência regulamentar da Administração Pública.

A validade de referidos regulamentos estaria calcada na implícita atribuição do exercício de função normativa ao Poder Executivo, necessária ao exercício do conjunto de deveres a ele atribuídos, cada dia mais complexos em razão das inúmeras modificações sociais e da dinamicidade exigida pelos novos tempos.

Ademais, tais regulamentos desenvolver-se-iam em dois ambientes normativos: tanto na área não expressamente reservada à lei quanto na denominada reserva da Administração. Não se tratam, apesar do nome, de "verdadeiros, puros e ilimitados 'regulamentos autônomos'", expedidos *praeter legem* e mesmo *contra legem*, e sim de uma competência regulamentar criada por lei e por ela limitada, mais ampla, portanto, que a de simples execução dos comandos legais.[191]

Não podem tais regulamentos contrariar as leis, nem criar autonomamente obrigações e deveres às pessoas privadas. É possível, contudo, que, com base em *standard* genérico fixado pela lei, tais obrigações sejam estabelecidas via regulamento.[192]

Uma vez aceita a premissa de que a competência regulamentar não é exclusiva do Chefe do Poder Executivo, poderia, igualmente, a Administração Indireta, e, portanto, as agências reguladoras, como autarquias especiais, possuir tal atribuição, a qual exercem de maneira limitada.[193] Em síntese:

> Trata-se de um poder temperado, adaptado ao sistema jurídico brasileiro, não podendo (i) inovar de forma absoluta, *ab novo*, na ordem jurídica, (ii) contrariar a lei e o direito, (iii) desrespeitar o princípio da tipicidade, (iv) impor restrições à

---

189 DANTAS, F. C. San Tiago. Poder regulamentar das autarquias. In *Problemas de Direito Positivo. Rio de Janeiro:* Forense, p. 203-204, apud MOREIRA, Egon Bockmann. *Agências Administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1999. v. 218, p. 93-112. -

190 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Agência Nacional de Vigilância Sanitária: natureza jurídica, competência normativa, limites de atuação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 215, jan. 1999, p. 105.

191 *Ibidem*, p. 103-106.

192 *Bidem*, p. 106.

193 CUÉLLAR, Leila. *As Agências reguladoras e seu poder normativo.* São Paulo: Dialética, 2001, p. 142.

> liberdade, igualdade e propriedade ou determinar alteração do estado das pessoas, (v) ter efeito retroativo (em princípio). Ademais, a expedição de regulamentos deve ser fundamentada, precisa respeitar a repartição de competências entre os entes da Federação, e se submete a controle pelo Poder Judiciário.[194]

Para essa corrente, não haveria que se fundamentar o poder normativo/regulamentar das agências reguladoras na delegação normativa – deveras, haveria clara diferenciação entre delegação normativa (prevista no art. 68 do Texto Magno) e o poder regulamentar de fato exercido pelas agências:

> A delegação é a outorga, específica e precária, de poder titularizado por órgão estranho ao delegatário. Específica porque a delegação exige conteúdo certo e predeterminado. Precária, pois caracteriza-se pela possibilidade de, a qualquer tempo, ser retomado pelo ente delegado. Já o poder regulamentar admite variações. Por um lado, tem-se como faculdade inerente à pessoa que o titulariza. A regulamentação diz respeito, emana do vínculo que existe entre aquele que regulamentar e a atividade a ser regulamentada. Ou seja, é essencial à atividade ela mesma. Por outro lado, não resultaria de órgão estranho nem seria passível de "cassação" *a posteriori*.[195]

2.2.1.5 Poder de impor obrigações em relações especiais de sujeição

Tal linha argumentativa cinge-se na distinção estabelecida entre regulamentos normativos (ou jurídicos) e regulamentos de organização (ou administrativos):

> Os regulamentos jurídicos ou normativos estabelecem normas sobre relações de supremacia geral, ou seja, aquelas relações que ligam todos os cidadãos ao Estado, tal como ocorre com as normas inseridas no poder de polícia, limitadoras dos direitos individuais em benefício do interesse público. **Eles voltam-se para fora da Administração Pública**.[196] (grifei)

No que tange aos regulamentos administrativos ou de organização, tem-se que

> contêm normas sobre a organização administrativa ou sobre as relações entre os particulares que estejam em submissão especial ao Estado, decorrente de um título jurídico especial, como um contrato, uma concessão de serviço público, a outorga de auxílios ou de subvenções, a nomeação de servidor público, a convocação para o serviço militar, a internação em hospital público, etc.[197]

Entende-se, pois, pela existência de amplo poder normativo do Estado sobre particulares que, com ele, estabeleçam especiais relações de sujeições. De fato, afirma-se que

---

[194] CUÉLLAR, Leila. *As Agências reguladoras e seu poder normativo.* São Paulo: Dialética, 2001, p. 116.
[195] *Ibidem*, p. 112
[196] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009, p. 92.
[197] *Idem*

a competência regulamentar, tal qual preceitua o art. 84, IV, é exclusiva do Chefe do Poder Executivo, e indelegável.

O Poder Regulamentar possível às agências reguladoras, neste diapasão, é aquele exercido no âmbito dos regulamentos administrativos de organização, podendo apenas dizer respeitos às "relações entre os particulares que estão em situação de sujeição especial ao Estado"[198]. Ademais, é juridicamente possível apenas no caso das agências que possuem assento constitucional, ou seja, ANP e ANATEL e, devendo dizer respeito aos respectivos contratos de concessão e, ainda assim, observar os parâmetros e princípios estabelecidos em lei. Às demais agências, tendo em vista a indelegabilidade da competência regulamentar atribuída ao Presidente da República, não se reconheceria o poder normativo.[199]

[198] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009, p. 198.
[199] *Idem.*

3 A COMPETÊNCIA NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS SOB A ÓTICA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Ante a existência, como se viu no capítulo anterior, de posicionamentos doutrinários diversos acerca da legitimidade jurídica do exercício de poder normativo pelas agências reguladoras, sendo adotados, entre aqueles que o reconhecem, diferentes fundamentos jurídicos para tanto, propõe-se, no presente capítulo, uma análise de julgados dos Tribunais Superiores pátrios, visando a identificar o entendimento por eles esposado. Pretende-se identificar, ainda, a existência ou não de filiação a uma teoria doutrinária em específico.

Entende-se por relevante tal estudo, uma vez que a Administração Pública, durante o período da República Velha, em cujo âmbito foi suprimido o Poder Moderador, acolheu-se o modelo anglo-americano da unidade de jurisdição, passando os atos administrativos também a submeter-se ao controle jurisdicional, ocupando a jurisprudência destacado papel como fonte criadora do direito.[200]

Ademais, uma vez que não comportam os atos e decisões das agências reguladoras recurso na esfera administrativa (faceta de sua relativa autonomia institucional), "o tema do controle dos atos das agências reguladoras envolve considerações sobre o assento jurídico de sua capacidade de produzir normas jurídicas"[201].

3.1 ANÁLISE DE JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Preliminarmente, cabe assinalar a existência de alguns julgados prévios ou alheios à temática do poder normativo das agências reguladoras propriamente dita. Tratam-se, contudo, de casos que expressam o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca de institutos muito utilizados pelos doutrinadores quando da fundamentação jurídica de tal poder normativo, como o da delegação de poderes e dos regulamentos autônomos, por exemplo.

Ainda no início da implantação do modelo regulatório instituído pela Reforma de Estado, diversos dispositivos da Lei Federal nº 9.472/1997, criadora da ANATEL, foram apreciados pela Corte Suprema, no ano de 1998, em sede de cognição liminar,[202] no bojo da

---

[200] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009. P. 23.

[201] AGUILLAR & HERREN, F. *Direito Econômico: Do Direito Nacional ao Direito Supranacional*, 4ª edição. 2014, p. 231.

[202] GUERRA, Sérgio. Controle judicial das escolhas regulatórias - O fim do protagonismo do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais:* RBEC, Belo Horizonte , v. 6, n. 22, p. 540, abr. /jun. 2012.

Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.668, proposta por diversos partidos políticos. Ressalta-se, desde já, que o mérito da questão ainda pende de análise perante o STF.

Entre os dispositivos legais atacados, ressaltam-se os incisos IV e X do art. 19 da Lei Geral de Telecomunicações, que possuem o seguinte teor:

> 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:
> [...]
> IV – expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;
> [...]
> X – expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;

Alegavam os autores que, com tal artigo, se estaria transferindo à entidade autárquica a competência normativa sobre a outorga, a prestação e a fruição dos serviços de telecomunicações no regime público. Conforme relatório do Ministro Marco Aurélio,

> o legislador comum teria delegado à Agência a expedição de normas específicas para a prestação dos serviços, olvidando, com isso, o fato de o Constituinte haver vinculado ao Congresso Nacional a disciplina da questão. Na espécie, não se teria respeitado a forma prescrita no artigo 68 da Constituição Federal, no que exige, para elaboração de lei pelo Presidente da República, seja solicitada a delegação ao Congresso Nacional, competindo a este aprovar, ou não, resolução específica autorizadora. Menciona-se o tratamento dispensado ao instituto da delegação pelo Constituinte de 1988, remetendo-se ao artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, isso tendo em vista a revogação das existentes, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Carta. Daí a conclusão de que a transferência do poder de legislar à Agência Nacional de Telecomunicações distancia-se da Lei Maior.[203]

Especificamente com relação aos referidos incisos IV e X do art. 19, foi-lhes dada interpretação conforme a Constituição Federal, fixando-se exegese

[203] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1668, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 20/08/1998. . Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

> segundo a qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentos que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime privado, vencido o Ministro Moreira Alves, que o indeferia.[204]

Decidiu-se, pois, pela possibilidade de que a Agência detenha funções normativas, desde que absolutamente subordinadas à legislação e, eventualmente, conforme frisou o Ministro Sepúlveda Pertence em seu voto, às normas de segundo grau, de caráter regulamentar, que o Presidente da República entenda baixar.

No que tange a este julgado, entende Sérgio Guerra que

> o Supremo Tribunal Federal, em 1998, chamado para apreciar a validade (constitucionalidade) do modelo gerencial regulatório descentralizado (e reforçado), proferiu, *data venia*, decisão pouco clara ao afirmar a constitucionalidade, desde que seja feita a 'interpretação conforme a Constituição'.[205]

3.1.1 Tese da Delegação de Poderes e Deslegalização de Matérias

No que diz respeito à tese da delegação de poderes e da deslegalização de matérias, veja-se, de início, caso antigo, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 1974: trata-se do Recurso Extraordinário nº 76.629. Nos dizeres do próprio Ministro Relator, Aliomar Baleeiro, consistia a discussão em "apurar-se em que medida o regulamento para execução da lei pode introduzir condições que nela inexistem, ou que se chocam com o que nela foi estatuído expressamente."[206] No corpo de seu voto, no sentido de dar provimento ao recurso, reestabelecendo a sentença de 1º grau, exarou o seguinte entendimento:

> Nesses assuntos, dou sempre muita importância à *ratio iuris*, entendendo que se o legislador quer os fins, concede os meios. Mas, no caso, a lei estabelece condições, que se devem entender taxativas. Meu voto confirmaria o v. Acórdão **se a Lei 4.862 expressamente autorizasse o regulamento a estabelecer condições outras, além das que ela estatuir. Aí, não seria delegação proibida de atribuições, mas flexibilidade na fixação de s*tandards* jurídicos de caráter técnico**, a que se refere STATI.[207] [grifei]

---

[204] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1668, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 20/08/1998. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1668, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 20/08/1998. . Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

[205] GUERRA, Sérgio. Controle judicial das escolhas regulatórias - O fim do protagonismo do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais:* RBEC, Belo Horizonte , v. 6, n. 22, p. 511, abr. /jun. 2012.

[206] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1668, Tribunal Pleno, Relator Ministro Aliomar Baleeiro, j. 13/09/1974.

[207] *Idem.*

Assinale-se que não se trata de decisão acerca de agências reguladoras, nem de seu poder normativo, especificamente, mas sim acerca da validade de uma delegação de atribuições por parte do legislador, contida em lei, aceita uma vez que devidamente respeitados pelo regulamento os *standards* por ela estabelecidos. Trata-se de modelo semelhante àquele permitido pela Suprema Corte norte-americana.

Necessário que se conheça tal julgado, percebendo-se, assim, que o STF já aceitou, ainda na década de 70, a teoria da delegação. Ver-se-á que tal entendimento ainda persiste atualmente, ainda que em julgados singulares, relativos ao poder normativo exercido pelas agências reguladoras.

Cite-se, por fim, o RE n.º 286.963, julgado em 2005, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, cujo informativo destaca que:

> A Turma concluiu julgamento de recurso extraordinário, interposto por instituição financeira, em que se pretendia a desconstituição de acórdão que, embora reconhecendo não ser auto-aplicável o § 3º do art. 192 da CF, determinara a redução de juros ao montante de 12% ao ano, consoante disposto no Decreto 22.626/33, por entender revogada, pelo art. 25 do ADCT, a Lei 4.595/64, na parte em que outorga poderes ao Conselho Monetário Nacional para dispor sobre as taxas de juros bancários, razão pela qual o mencionado decreto teria voltado a viger em sua integralidade - v. Informativos 381 e 386. Por maioria, deu-se provimento ao recurso para determinar que o Tribunal a quo reaprecie a questão dos juros com base nas normas aplicáveis nas resoluções e circulares baixadas pelo Banco Central e vigentes na data da celebração do negócio jurídico. **Entendeu-se não haver que se falar em revogação dessa lei, haja vista que, conforme se depreende da redação do art. 25 do ADCT, o objeto da revogação, quando ultrapassado o prazo de 180 dias da promulgação da CF, é a competência atribuída ou delegada a órgão do Poder Executivo pela legislação pré-constitucional e não as normas editadas quando vigente a delegação.** Concluiu-se que as normas objeto dessa ação são válidas, já que editadas dentro do prazo previsto na norma transitória, quando o Poder Executivo possuía competência para dispor sobre instituições financeiras e suas operações, sendo indiferente, para sua observância, ter ou não havido a prorrogação prevista no art. 25 do ADCT. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto que negavam provimento ao recurso, por considerar que esta delegação conflita com o art. 25 do ADCT, porquanto ausente de razoabilidade a prorrogação sucessiva de leis elastecendo um prazo de 180 dias de forma indeterminada.[208] [grifei]

Neste aresto, debateu-se a possibilidade de serem outorgados, pela Lei 4.595/64, poderes ao Conselho Monetário Nacional, especificamente no que diz respeito à competência de dispor sobre taxas de juros bancários por meio de normas editadas após os 180 dias assinalados no art. 25 da ADCT. Novamente, não se trata especificamente de julgado que analisa a situação das agências reguladoras, e sim que examina a validade, no geral, de leis

[208] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 286.963, Tribunal Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. 24/05/2005. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

que, tendo em vista a mencionada disposição constitucional transitória, deleguem à entidade poderes normativos. Conforme assinala Sérgio Guerra,

> se com relação aos entes integrantes da linha hierárquica do chefe do Poder Executivo a questão não foi resolvida, quiçá no que se refere às entidades reguladoras independentes (isso é, não integrantes da linha de subordinação à chefia do Poder Executivo)[209]

Dito isso, registre-se, por fim, que os defensores da teoria da deslegalização apontam a existência de julgado em que o Supremo Tribunal Federal acataria tal tese: trata-se do Recurso Extraordinário nº 150.669-1/PE. Sobre tal julgado, afirma-se que a Corte

> asseverou que os princípios da legalidade, do congelamento do grau hierárquico e da precedência da lei na impedem, salvo em matérias reservadas à lei (tributos e crimes) que se adote uma 'maior flexibilidade através da deslegalização ou degradação do grau hierárquico. Neste caso, uma lei, sem entrar na regulamentação da matéria, rebaixa formalmente o seu grau normativo, permitindo que essa matéria possa vir a ser modificada por regulamentos.[210]

3.1.2 Tese do Poder Regulamentar

No que tange à teoria do Poder Regulamentar inerente às agências reguladoras, como fundamento do exercício de sua competência normativa (ou regulamentar, neste caso), é digno de nota caso apreciado em 2014. Veja-se:

> EMENTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROPOSTA PELO GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO. LEI ESTADUAL Nº 12.623/2007. DISCIPLINA DO COMÉRICIO DE ARTIGOS DE CONVENIÊNCIA EM FARMÁCIAS E DROGARIAS. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO. IMPROCEDÊNCIA.
>
> A Lei Federal 5.991/73, ao dispor sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, destinou a farmácias e drogarias a exclusividade na comercialização de tais produtos sem proibir, contudo, a oferta de artigos de conveniência. A mera disciplina acerca dos produtos de conveniência que também podem ser comercializados em tais estabelecimentos não extrapola a competência supletiva estadual. O Plenário desta Corte já enfrentou a questão ao julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade propostas pelo Procurador-Geral da República contra diversas leis estaduais - que também disciplinavam a comercialização de artigos de conveniência em farmácias e drogarias-, concluindo pela constitucionalidade das normas impugnadas, seja pela natureza – comércio local-, seja pelo legítimo exercício da competência suplementar dos legisladores estaduais no campo da defesa da saúde - a que se refere o art. 24, XII, da Constituição da República-, seja pela desproporcionalidade da limitação ao exercício da livre iniciativa requerida. **Às agências reguladoras não compete legislar, e sim promover**

[209] GUERRA, Sérgio. Controle judicial das escolhas regulatórias - O fim do protagonismo do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais:* RBEC, Belo Horizonte , v. 6, n. 22, p. 137, abr. /jun. 2012.
[210] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.* 2. ed, 2. Tir. Rio de Janeiro: Forense, 2005.p. 425.

> **a normatização dos setores cuja regulação lhes foi legalmente incumbida. A norma regulatória deve se compatibilizar com a ordem legal, integrar a espécie normativa primária, adaptando e especificando o seu conteúdo, e não substituí-la ao inovar na criação de direitos e obrigações. Em espaço que se revela qualitativamente diferente daquele em que exercida a competência legiferante, a competência regulatória é, no entanto, conformada pela ordem constitucional e legal vigente. As normas da ANVISA que extrapolem sua competência normativa – como é o caso da proibição de comércio de artigos de conveniência em farmácias e drogarias - não se revelam aptas a obstar a atividade legiferante dos entes federados.** Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. [grifei]

Tratou-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4093, julgada em 24 de outubro de 2014 e proposta pelo Governador do Estado de São Paulo. Alegava-se que teria o legislador estadual invadido a competência da União para editar normas gerais de proteção e defesa da saúde. Nessa toada, foram solicitadas informações ao Diretor-Presidente da ANVISA, em 2009 e, no curso da apreciação do caso, apreciou-se o poder normativo das agências reguladoras como um todo.

Em voto exarado pela Ministra Rosa Weber, relatora do caso, ressaltou-se que "às agências reguladoras não compete legislar, e sim promover a normatização dos setores cuja regulação lhes foi legalmente incumbida", atuando o agente regulador em campo cujas margens são definidas pelos conteúdos que podem ser inequivocamente extraídos, seja da letra da lei, seja do propósito claro e manifesto do legislador. Veja-se:

> Isso em absoluto significa reduzir a regulação setorial ao preenchimento de lacunas e muito menos à execução mecânica da lei. Dotada de inquestionáveis relevância e responsabilidade, a função regulatória só é dignificada pelo reconhecimento de que não é inferior nem exterior à legislação. Exercida em um espaço que se revela qualitativamente diferente daquele em que exercida a competência legiferante, a competência regulatória é, no entanto, conformada pela ordem constitucional e legal vigente. O poder normativo atribuído às agências reguladoras pelas respectivas leis instituidoras consiste em instrumento para que dele lance mão o agente regulador de um determinado setor econômico ou social na implementação das diretrizes, finalidades, objetivos e princípios expressos na Constituição e na legislação setorial. No domínio da regulação setorial, a edição de ato normativo geral e abstrato (poder normativo) destina-se à especificação de direitos e obrigações dos particulares. Não permite a Constituição, no entanto, lhes seja emprestada força legislativa suficiente para criá-los ou extingui-los. O poder normativo atribuído às agências reguladoras vocaciona-se a "traduzir, por critérios técnicos, os comandos previstos na Carta Magna e na legislação infraconstitucional acerca do subsistema regulado".2 A norma regulatória deve se compatibilizar com a ordem legal, integrar a espécie normativa primária, adaptando e especificando o seu conteúdo, e não substituí-la ao inovar na criação de direitos e obrigações. **Seu domínio próprio é o do preenchimento dos espaços normativos deixados em aberto pela legislação, e não o da criação de novos espaços. Hierarquicamente subordinado à lei, o poder normativo atribuído às agências reguladoras não lhes faculta inovar ab ovo na ordem jurídica, mormente para "impor restrições à liberdade, igualdade e propriedade ou determinar alteração do estado das pessoas**"3.
> Vale ressaltar, ainda, que, sendo uma das justificativas centrais para a emergência da regulação setorial por agências independentes o elevado grau de segurança jurídica exigido pela complexidade das relações sociais no mundo contemporâneo, admitir

> alto grau de discricionariedade do agente regulador ou baixa vinculação da regulação aos limites impostos pela lei contraria a sua própria finalidade institucional, passando, as agências reguladoras, de agentes estabilizadores a fatores de instabilidade jurídica.[211] [grifei]

3.1.3 Tese do Regulamento Autônomo

Esta teoria considera as normas expedidas pelas agências como "regulamentos autônomos", ainda que não plenamente puros, mas como competência regulamentar criada por lei e por ela limitada, ainda que mais ampla que a de simples execução dos comandos legais.

Tal teoria nunca foi aduzida como fundamento para a competência normativa das agências reguladoras, até porque, até então, pouco se manifestou o STF acerca do tema. Em linhas gerais, contudo, cumpre assinalar que já foi admitida pelo Supremo Tribunal Federal em acórdão proferido nos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2950-9, de relatoria do Ministro Eros Grau. No caso, foi apreciada a constitucionalidade de Decreto da governadora do Estado do Rio de Janeiro que autorizou a Loteria do Estado do Rio de Janeiro (Loterj) a explorar bingos.[212]

É sabido que, em sede doutrinária, Eros Roberto Grau sustenta serem válidos os regulamentos autônomos independentes, defendendo o que denomina de "capacidade normativa de conjuntura" da Administração.[213]

3.2 ANÁLISE DE JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No que concerne à apreciação da competência normativa das agências reguladoras por parte do Superior Tribunal de Justiça tem-se que foi este, em verdade, o órgão jurisdicional que efetivamente validou o modelo regulatório brasileiro. O STJ "não só apreciou os recursos

---

[211] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.093, Tribunal Pleno, Relatora Ministra Rosa Weber, j. 24/09/2014. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 10 de outubro de 2015.
[212] GUERRA, Sérgio. Função normativa das agências reguladoras: uma nova categoria de direito administrativo? *Revista Direito FGV*, São Paulo , v. 7, n. 1, p.131-152, jan. /jun. 2011.
[213] (MOREIRA, p. 104, *apud* GRAU, Eros, 'Crítica da Separação dos Poderes': As Funções Estatais, os Regulamentos e a Legalidade no Direito Brasileiro, as 'Leis-Medida', in: *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, Malheiros, 1996.

que combatiam a função normativa das agências reguladoras, como, aliás, reforçou a ideia de risco sistêmico e visão prospectiva infensa ao censor judicial".[214]

Em uma série de julgados, a Corte Superior teve a possibilidade de posicionar-se acerca do poder normativo das agências reguladoras. Conforme apontado supra, houve a confirmação da validade do modelo de agências reguladoras, implantado a partir do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.

3.2.1 Tese da Delegação de Poderes ou Deslegalização de Matérias

Veja-se o seguinte julgado, datado de 2013, relatado pela Ministra Eliana Calmon e ementado da seguinte forma:

> ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA. MULTA ADMINISTRATIVA. INFRAÇÃO À RESOLUÇÃO ANTAQ 858/2007. EXERCÍCIO DO PODER NORMATIVO CONFERIDO ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS.
> 1. Aplicação de multa por infração a obrigação imposta por resolução editada pela ANTAQ, no exercício de competência normativa assegurada pela Lei 10.233/2001 - "submeter à prévia aprovação da ANTAQ a celebração de aditivos contratuais que impliquem prorrogação de prazo, ou qualquer espécie de alteração da área do arrendamento, encaminhando justificativa e demais documentos inerentes a essa alteração".
> 2. Ausência de violação ao princípio da legalidade, pois a Lei 10.233/2001 é precisa ao definir as condutas puníveis, as penalidades cabíveis e a forma de gradação da pena, estando os demais procedimentos para processamento e julgamento das infrações disciplinados em regulamento próprio, conforme autoriza a própria lei.
> 3. Recurso especial não provido.[215]

Em seu voto, a Ministra relatora admitiu a possibilidade de delegação da função normativa, desde que a própria lei o faça. No caso da ANTAQ, agência reguladora em questão, teria o art. 27, IV e XIV da Lei 10.233/2001 estabelecido que compete à agência, em sua esfera de atuação,

> IV- "elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores ";
> (...)
> XIV - "estabelecer normas e padrões a serem observados pelas administrações portuárias, concessionários, arrendatários, autorizatários e operadores portuários,

[214] GUERRA, Sérgio. Controle judicial das escolhas regulatórias - O fim do protagonismo do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais:* RBEC, Belo Horizonte , v. 6, n. 22, p. 511, abr. /jun. 2012.

> nos termos da Lei na qual foi convertida a Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012".

Teria, pois, ocorrido a delegação por parte do legislador, por meio dos artigos supracitados. Embasou-se o voto em trechos de livro de José dos Santos Carvalho Filho, que afirma:

> Não há total inovação na ordem jurídica com a edição dos atos regulatórios das agências. Na verdade, foram as próprias leis disciplinadoras da regulação que, como visto, transferiram alguns vetores, de ordem técnica, para normatização pelas entidades especiais - fato que os especialistas têm denominado de 'delegalização', com fundamento no direito francês (*'domaine de l'ordonnance'*, diverso do clássico *'domaine de la loi'*). [216]

No exercício dessa prerrogativa, a ANTAQ editou a Resolução n.º 858, de 23 de agosto 2007, impondo à Administração Portuária a obrigação de "submeter à prévia aprovação da ANTAQ a celebração de aditivos contratuais que impliquem prorrogação de prazo, ou qualquer espécie de alteração da área do arrendamento, encaminhando justificativa e demais documentos inerentes a essa alteração".

Dito isso, alinhando-se à teoria que fundamenta o poder normativo das agências reguladoras na delegação de poder normativo pelas leis que as instituíram, decide a Ministra que

> referida obrigação guarda absoluta pertinência com a matéria cuja normatização foi delegada à agência reguladora, de modo a garantir isonomia no acesso à exploração e uso da infra-estrutura aquaviária e portuária, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores. [217]

Ainda no que tange à teoria da delegação normativa no âmbito do STJ, imperioso que se colacione outro julgado, que, nessa mesma toada, utilizou-se dos ensinamentos dos doutrinadores pró teoria da delegação de poderes.

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTADOR-REVENDEDOR-RETALHISTA (TRR). PORTARIA ANP 201/99. PROIBIÇÃO DO TRANSPORTE E REVENDA DE GLP, GASOLINA E ÁLCOOL COMBUSTÍVEL. EXERCÍCIO DO PODER NORMATIVO CONFERIDO ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS. LEGALIDADE.

---

[215] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.386.994, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, j. 05/11/2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 de outubro de 2015.
[216] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.386.994, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, j. 05/11/2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 de outubro de 2015.
[217] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.386.994, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, j. 05/11/2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

> 1. Ação objetivando a declaração de ilegalidade da Portaria ANP 201/99, que proíbe o Transportador-Revendedor-Retalhista - TRR - de transportar e revender gás liquefeito de petróleo - GLP-, gasolina e álcool combustível.
> 2. A Lei 9.478/97 instituiu a Agência Nacional do Petróleo - ANP -, incumbindo-a de promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis (art. 8º).
> 3. Também constitui atribuição da ANP, nos termos do art. 56, caput e parágrafo único, do mesmo diploma legal, baixar normas sobre a habilitação dos interessados em efetuar qualquer modalidade de transporte de petróleo, seus derivados e gás natural, estabelecendo as condições para a autorização e para a transferência de sua titularidade, observado o atendimento aos requisitos de proteção ambiental e segurança de tráfego.
> 4. No exercício dessa prerrogativa, a ANP editou a Portaria 201/99 (atualmente revogada pela Resolução ANP 8/2007), proibindo o Transportador-Revendedor-Retalhista - TRR - de transportar e revender gás liquefeito de petróleo - GLP-, gasolina e álcool combustível. O ato acoimado de ilegal foi praticado nos limites da atribuição conferida à ANP, de baixar normas relativas ao armazenamento, transporte e revenda de combustíveis, nos moldes da Lei 9.478/97.
> 5. "Ao contrário do que alguns advogam, trata-se do exercício de função administrativa, e não legislativa, ainda que seja genérica sua carga de aplicabilidade. Não há total inovação na ordem jurídica com a edição dos atos regulatórios das agências. **Na verdade, foram as próprias leis disciplinadoras da regulação que, como visto, transferiram alguns vetores, de ordem técnica, para normatização pelas entidades especiais.**" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. "O Poder Normativo das Agências Reguladoras" / Alexandre Santos de Aragão, coordenador - Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, págs.81-85).
> 6. Recurso especial provido, para julgar improcedente o pedido formulado na inicial, com a consequente inversão dos ônus sucumbenciais.[218] [grifei]

Assinalou no caso a Ministra que, pela simples leitura dos dispositivos legais da Lei 9.478/97, verifica-se que "o legislador ordinário conferiu poderes à ANP para baixar normas destinadas à regulamentação das atividades do setor pelo qual é responsável, no que estão contidas as operações de transporte de petróleo, seus derivados e gás natural" [219] O voto da Ministra Denise Arruda foi acompanhado, à unanimidade pelos Ministros Benedito Gonçalves, Francisco Falcão, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki. No mesmo sentido, também relatado pela Ministra, tem-se o Recurso Especial n.º 732.795[220] . Veja-se, pois, que já foi aceita a teoria da delegação de poderes normativos às agências reguladoras no âmbito do STJ, ainda que pontualmente.

3.2.2 Tese do Poder Regulamentar

Veja-se, o seguinte julgado:

---

[218] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.101.040, Primeira Turma, Relatora Ministra Denise Arruda, j. 16/09/2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 de outubro de 2015.
[219] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.101.040, Primeira Turma, Relatora Ministra Denise Arruda, j. 16/09/2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 de outubro de 2015.
[220] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 732.795, Primeira Turma, Relatora Ministra Denise Arruda, j. 07/10/2008. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

> ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. CONSUMIDOR RURAL.
> CARCINICULTURA. DESCONTO NA TARIFA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. RESOLUÇÃO 207/2006 DA ANEEL. INADIMPLÊNCIA. AFASTAMENTO DO BENEFÍCIO. DESCABIMENTO. ATO NORMATIVO. EXTRAPOLAÇÃO DO PODER REGULAMENTAR.
> 1. A Lei n. 10.438/02 prevê a aplicação de descontos especiais na tarifa de fornecimento de energia elétrica relativa ao consumidor que desenvolva atividade de irrigação e/ou aquicultura. A Resolução 207/06 da ANEEL condiciona tal benefício à adimplência do consumidor.
> 2. Verifica-se que a agravada, na qualidade de consumidora rural de energia elétrica, caracterizada aquicultora, preenche os requisitos necessários à concessão do benefício previsto na Lei n. 10.438/2002, a qual prevê a aplicação de descontos especiais na tarifa de fornecimento a quem desenvolva atividade de irrigação e/ou aquicultura.
> 3. Logo, **o art. 2º da Resolução 207/2006 da ANEEL exorbitou o poder de regulamentar a Lei n. 10.438/2002**, **o que o torna ilegal, ao estabelecer requisito não previsto na referida lei, para se fazer jus ao benefício nela disposto.**
> Agravo regimental improvido.[221] [grifei]

Verifica-se, assim, que o STJ não admite a criação de restrições regulamentares adicionais àquelas criadas por lei, o que se entende por exorbitação do poder regulamentar exercido pelas agências reguladoras. Trata-se do clássico papel atribuído aos regulamentos editados pelo Chefe do Poder Executivo quando do exercício da competência a ele atribuído pelo art. 84, IV da Constituição: complementar ou explicitar as normas legais, permitindo, por conseguinte, a fiel execução de leis. Não haveria que se falar, portanto, em edição de regulamentos autônomos por parte das agências.

Tem-se, no mesmo sentido, o Recurso Especial 1.048.317, julgado em 2010 e ementado da seguinte forma:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. LEI 9.487/1997. PODER REGULAMENTAR. PORTARIA 201/1999/ANP. EMPRESA TRANSPORTADORA- REVENDEDORA-RETALHISTA – TRR. DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS.
> 1. Cuida-se, originariamente, de Mandado de Segurança impetrado por pessoa jurídica contra ato imputado ao Coordenador da Agência Nacional do Petróleo, insurgindo-se contra a restrição imposta pela Portaria 201/1999 da ANP à comercialização de gasolina, álcool e óleo diesel em postos revendedores.
> 2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.
> 3. As atividades de transporte e revenda dos produtos do sistema de combustível são reguladas e fiscalizadas pela Agência Nacional do Petróleo, nos moldes preconizados no art. 8º da Lei 9.478/1997.
> 4. Hipótese em que o Tribunal de origem afastou a aplicação da norma administrativa, sob o argumento de que teria ocorrido extrapolação da competência

[221] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.326.847, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, j. 20/11/2012. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

> da agência reguladora ao editá-la, deixando, contudo, de pormenorizar as disposições da Portaria que fundamentaram essa conclusão.
> 5. A Portaria 201/1999 estabelece os requisitos a serem cumpridos para acesso à atividade de "Transportador-Revendedor-Retalhista–TRR" de combustíveis, aplicável às empresas que atuam no ramo do varejo de produtos derivados do petróleo e outros combustíveis.
> 6. A impetrante do mandamus originário pretende afastar as disposições contidas no mencionado ato, com a finalidade de exercer atividade típica de distribuidora para postos revendedores. Contudo, para essa função, a agência reguladora fixou outros requisitos (Portaria 202/1999/ANP), a fim de permitir o registro da empresa como distribuidora de combustível.
> 7. É natural e lógico que as exigências, nesse caso, sejam mais rigorosas que as aplicáveis à simples venda direta ao consumidor final, pois se trata de atividade empresarial que, no atacado, fornece combustível a vários Postos, atingindo, portanto, um grande número de consumidores.
> **8. Fica evidente a pretensão da empresa ora recorrida de se furtar às exigências contidas na Portaria 202/1999/ANP (que trata das distribuidoras), sob a alegação de que as restrições de comercialização impostas pela Portaria 201/1999/ANP são ilegais.**
> 9. A norma administrativa tida por inexigível é compatível com a competência da Agência Nacional do Petróleo, conforme preceitua a Lei 9.478/1997, pois **se caracteriza como mera exteriorização do seu poder de disciplina e fiscalizatório.**
> **10. No Direito brasileiro, os chefes do Poder Executivo podem regulamentar a lei por meio de Decreto, facultando-se, ademais, à autoridade administrativa editar atos normativos administrativos gerais – como Portarias e Resoluções – com o intuito de disciplinar e instrumentalizar a boa aplicação da legislação que lhes é superior. Em ambos os casos as normas administrativas editadas não precisam repetir, palavra por palavra, o que está na lei, desde que respeitem seus limites, principiologia, estrutura e objetivos.**
> 11. Recurso Especial provido.[222] [grifei]

Atente-se à questão posta nesse caso: cingia-se a controvérsia à legalidade da imposição de restrições às atividades desenvolvidas pela empresa ora recorrida por meio da Portaria 201/1999/ANP. O Tribunal de origem afastou a aplicação da norma administrativa, uma vez que a agência teria extrapolado da sua competência, "assumindo função legiferante, desvirtuando-se da atribuição regulamentar que lhe é típica."[223]

A Corte Superior, ao analisar a questão, decidiu em sentido contrário, observando que o conteúdo normativo da Portaria em comento estabelecia simplesmente os documentos necessários à atuação de empresa que atue como "Transportadora – Revendedora – Retalhista". Para tanto, fundamentou tal possibilidade na exteriorização do poder de disciplina e de fiscalização da ANP, bem como no poder normativo inerente às autoridades administrativas, necessários à instrumentalização de leis e decretos que lhe são superiores.

---

[222] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.048.317, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 12/05/2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 de outubro de 2015.
[223] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.048.317, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 12/05/2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

Aproxima-se, pois, da concepção de poder regulamentar calcada por Leila Cuéllar, não exclusiva do Chefe do Poder Executivo, mas, igualmente exercida pela Administração Indireta, de maneira limitada, respeitada a moldura delineada pela lei.

Veja-se também o Agravo Regimental no Recurso Especial 1.171.443, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia, ementado da seguinte forma:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEFONIA. DELIMITAÇÃO DE ÁREA LOCAL PARA EFEITO DA COBRANÇA DE TARIFA INTERURBANA. CRITÉRIOS TÉCNICOS ADOTADOS PELA ANATEL. COMPETÊNCIA NORMATIVA DA AGÊNCIA REGULADORA EXERCIDA NOS LIMITES LEGAIS. PRECEDENTES DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
> A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que os critérios adotados pela ANATEL para delimitação da chamada área local para efeito de cobrança de tarifa de telefonia fixa local ou interurbana, observam dados técnicos, não necessariamente vinculados à divisão político-geográfica dos Municípios. Desse modo, o Poder Judiciário somente atuará com legitimidade quando e se a Agência Reguladora extrapolar os limites de sua atividade legal.
> Precedentes: REsp. 1.164.700/PR, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 17.05.2010; REsp. 1.009.902/SC, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 11.09.2009 e REsp. 757.971/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 19.12.2008. 3. Agravo Regimental a que se nega provimento.224 [grifei]

3.2.3 Tese do Regulamento Autônomo

Em julgado datado de 1997, o STJ aceitou a tese dos regulamentos autônomos, ainda que não em matéria de exercício de função normativa por parte das agências reguladoras. Foi no RMS 6.234/DF, de relatoria do Ministro José Delgado. Veja-se a emenda do julgado:

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REGULAMENTO AUTONOMO. TRIBUNAL DE CONTAS. FISCALIZAÇÃO. CONTROLE.
> 1 - O ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO PRESTIGIA O REGULAMENTO AUTONOMO, CUJA FUNÇÃO E A DE "SUPRIR AS OMISSÕES DO LEGISLATIVO QUE ESTIVEREM NA ALÇADA DO EXECUTIVO, PREENCHENDO, ASSIM, O VAZIO DA LEI E A IMPREVISIBILIDADE DE CERTOS FATOS E CIRCUNSTANCIAS QUE SURGEM, A RECLAMAR PROVIDENCIAS IMEDIATAS DA ADMINISTRAÇÃO", CONFORME HELY LOPES, IN DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, 18A.
> EDIÇÃO, MALHEIROS EDITORA, 1993, PAG. 111/112.
> 2 - O PRINCIPIO DA MORALIDADE COMANDA TODO O ATUAR ADMINISTRATIVO PUBLICO, PELO QUE "NÃO E PERMITIDO, DE

[224] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.171.443, Primeira Turma, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 04/02/2014. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

> MANEIRA ALGUMA, QUE SE FAÇA LIBERALIDADE COM RECURSOS PUBLICOS SEM EXPRESSA AUTORIZAÇÃO LEGAL".
> 3 - E VALIDA, LEGAL E EFICAZ A DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL QUE DETERMINOU AO BANCO REGIONAL DE BRASILIA QUE EXIGISSE DE PESSOA JURIDICA PRIVADA A DEVOLUÇÃO DE QUANTIAS REFERENTES AS DESPESAS ADMINISTRATIVAS QUE ARCOU, EM BENEFICIO DAQUELA, INCLUSIVE COM FORNECIMENTO DE PESSOAL.
> 4 - RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA IMPROVIDO.[225]

Por outro lado, colhem-se arestos do Superior Tribunal de Justiça, posicionando-se contrariamente à tese dos Regulamentos Autônomos. Citem-se dois acórdãos, ambos de relatoria do Ministro Luiz Fux. Tratam-se, respectivamente, do Recurso Especial 778.338 e do Recurso em Mandado de Segurança 16.585:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO A DECRETO NÃO CONFIGURADA. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA VETERINÁRIA. EXAME NACIONAL DE CERTIFICAÇÃO PROFISSIONAL. DESCABIMENTO. ACÓRDÃO CALCADO NO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. 1. [...] 3. A imposição do registro não pode ser inaugurada por Resolução, haja vista que o ato administrativo de caráter normativo subordina-se ao ordenamento jurídico hierarquicamente superior, in casu, à lei e à Constituição Federal, não sendo admissível que o poder regulamentar extrapole seus limites, ensejando a edição dos chamados "regulamentos autônomos", vedados em nosso ordenamento jurídico.[226]

> ADMINISTRATIVO. INSTALAÇÃO DE LACRES ELETRÔNICOS NOS TANQUES DOS POSTOS REVENDEDORES DE COMBUSTÍVEIS. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 3438/2000. ADIN 2334-9/2003. RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DAS DISTRIBUIDORAS. INEXISTÊNCIA DE SOLIDARIEDADE PASSIVA DOS POSTOS FORNECEDORES. ILEGALIDADE DA MULTA. RECURSO PROVIDO. 4. O Decreto 29.043/01, que acrescentou o art. 10A ao anterior diploma supratranscrito [que] não previu a referida responsabilização solidária não poderia prevalecer. Isto porque, se assim o fizesse, extrapolaria os limites traçados pela Lei regulamentada, alterando seu conteúdo e alcance, além de contrariar o sistema que repudia os regulamentos autônomos.[227]

Ademais, cumpre colacionar julgado datado de 11 de abril de 2013, em que, novamente, Superior Tribunal de Justiça destacou a impossibilidade da existência de regulamentos autônomos no ordenamento jurídico brasileiro:

---

[225] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança 6.234, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, j. 06/04/1998. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 de outubro de 2015.
[226] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 778.338, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, j. 13/02/2007. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 de outubro de 2015.
[227] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança 16.585, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, j. 26/10/2004. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LICITAÇÃO DE CONCESSÃO DE USO PARA EXPLORAÇÃO DE APROVEITAMENTO HIDRELÉTRICO NO RIO URUGUAI. DECLARAÇÃO DE RESERVA DE DISPONIBILIDADE HÍDRICA. IMPRESCINDIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO ART. 52 DA LEI Nº 9.433/97, BEM COMO DOS ARTS. 7º E 26 DA LEI 9.984/00. ALEGAÇÃO DE LITISPENDÊNCIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO E PROBATÓRIO CONSTANTE DOS AUTOS. INVIABILIDADE NA VIA RECURSAL ELEITA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.
> [...]
> 5. Cumpre observar que, ainda que seja impossível a análise do conteúdo de resoluções e atos infralegais na via recursal eleita (categoria na qual se integra a referida Resolução nº 131/03), não me afigura ser possível que, por meio da edição de tais atos possa o Poder Público - aqui entendido em acepção ampla, abrangendo não só os órgãos públicos, mas também as demais pessoas jurídicas que integram o conceito de Fazenda Pública - se eximir da obrigação que lhe é legalmente imposta.
> Entendimento em sentido diverso implicaria no desvirtuamento das características do próprio poder regulamentar que assiste à Administração Pública no exercício de suas atribuições, dentre as quais a sua subordinação ao comando normativo legal que lhe deu ensejo.
> **6. Destaco, outrossim, que este Sodalício possui jurisprudência no sentido da inadmissibilidade dos regulamentos autônomos no ordenamento jurídico brasileiro, fora das hipóteses constitucionalmente admitidas, por subverter a própria estrutura hierárquico normativa que rege a ordem jurídica nacional. Precedentes.**
> [...]
> 10. Recurso especial da ANEEL conhecido e conhecido parcialmente o da UNIÃO para, tão somente na parte conhecida, NEGAR PROVIMENTO a ambas as insurgências.[228] [grifei]

Isso posto, tem-se que não se filia o STJ à teoria dos regulamentos autônomos como justifica da função normativa das agências reguladoras.

4.2.4 Poder de impor obrigações em relações especiais de sujeição

Ressalta-se, no Recurso Especial 806.304, de relatoria do Ministro Luiz Fux e julgado em 02/12/2008, novamente a necessária submissão dos regulamentos (normas secundárias) expedidos pelas agências reguladoras ao princípio da legalidade, bem como a vedação de que estes inovem primariamente na ordem jurídica. Em referido julgado, destaca-se, ademais, a referência a um contexto de "supremacia especial" em que são exaradas as normas das agências, tendo em vista as relações com concessionários, permissionários e demais entes inclusos no âmbito doméstico da administraçãom sujeitos a obrigações diferenciadas. Veja-se:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇO DE TELEFONIA CELULAR PRÉ-PAGO. CRÉDITOS ADQUIRIDOS MEDIANTE CARTÕES PRÉ-PAGOS. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA UTILIZAÇÃO. DIREITO CONSUMERISTA.
> INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO

[228] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.068.612, Segunda Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. 17/04/2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

> MINISTÉRIO PÚBLICO. ARTS. 81 E 82, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 129, III, DA CF. LEI COMPLEMENTAR N.º 75/93. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA.
> 1. A regulação das atividades pro populo exercida pelas agências reguladoras, **mediante normas secundárias**, como, v.g., as Resoluções, **são impositivas para as entidades atuantes no setor regulado.**
> 2. Sob esse enfoque leciona a abalizada doutrina sobre o thema: "(...) Dado o princípio constitucional da legalidade, e conseqüente vedação a que os atos inferiores inovem inicialmente na ordem jurídica (v. Capítulo II, ns 7 a 10), **resulta claro que as determinações normativas advindas de tais entidades há de cifrar a aspectos estritamente técnicos, que estes, sim, podem , na forma da lei, provir de providências subalternas, conforme se menciona no Capítulo VI, ns. 35-38, ao tratar dos regulamentos. Afora isto, nos casos em que suas disposições se voltem para concessionários ou permissionários de serviço público, é claro que podem, igualmente, expedir, as normas e determinações da alçada do poder concedente (cf. Capítulo XII, ns. 40-44) ou para quem esteja incluso no âmbito doméstico da administração. Em suma: cabe-lhes expedir normas que se encontrem abrangidas pelo campo da chamada "supremacia especial" (cf. Capítulo XIV, ns. 12 a 15) ...." Celso Antônio Bandeira de Mello, in Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 2006, p-172.**
> 3. A presunção de legitimidade desses atos equipara-se a de qualquer ato administrativo, por isso que, enquanto não revogados, produzem os seus efeitos.
> 4. As Resoluções não são consideradas "lei federal" para o fins de conhecimento de Recurso Especial e a não incidência de seus ditames somente pode operar-se por declaração de inconstitucionalidade em controle difuso ou concentrado.
> 5. É da exclusiva competência das agências reguladoras estabelecer as estruturas tarifárias que melhor se ajustem aos serviços de telefonia oferecidos pelas empresas concessionárias.
> 6. O Judiciário sob pena de criar embaraços que podem comprometer a qualidade dos serviços e, até mesmo, inviabilizar a sua prestação, não deve intervir para alterar as regras fixadas pelos órgãos competentes, salvo em controle de constitucionalidade. Precedente do STJ: AgRg na MC 10915/RN, DJ 14.08.2006.
> 7. O ato normativo expedido por Agência Reguladora, criada com a finalidade de ajustar, disciplinar e promover o funcionamento dos serviços públicos, objeto de concessão, permissão e autorização, assegurando um funcionamento em condições de excelência tanto para fornecedor/produtor como principalmente para o consumidor/usuário, posto urgente não autoriza que os estabelecimentos regulados sofram danos e punições pelo cumprimento das regras maiores às quais se subsumem, mercê do exercício regular do direito, sendo certo, ainda, que a ausência de nulificação específica do ato da Agência afasta a intervenção do Poder Judiciário no segmento, sob pena de invasão na seara administrativa e violação da cláusula de harmonia entre os poderes. Consectariamente, não há no cumprimento das regras regulamentares, violação prima facie dos deveres do consumidor.
> (...)
> 19. Recurso Especial interposto pelo Ministério Público Federal (fls.1398/1409) e recursos adesivos apresentados por BCP S/A - INCORPORADORA DA TELET S/A (1537/1549) e TIM CELULAR S.A (fls. 1558/1571) desprovidos.[229] [grifei]

4.2.5 Breves notas acerca dos julgados dos Tribunais Superiores

Ante os julgados colacionados, percebe-se que uma série de escolhas regulatórias chegou à apreciação do Poder Judiciário brasileiro. Segundo Sérgio Guerra, "na primeira e na segunda instâncias, por diversas ocasiões, os magistrados alteraram as escolhas regulatórias

[229] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 806.304, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, j. 02/12/2008. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

pelas suas próprias escolhas, muitas vezes, sem motivação plausível".[230] Apesar de tal observação, percebe-se que tem o Direito Brasileiro sido tolerante no que diz respeito à capacidade normativa de órgãos ligados ao Executivo – neste caso, não de propriamente órgãos, mas de entidades, autarquias especiais que são as agências reguladoras[231].

Constata-se dos julgados supra, primeiramente no que diz respeito ao Supremo Tribunal Federal, que não houve, até então, um pronunciamento de mérito que possibilite uma aproximação pormenorizada a uma das correntes doutrinárias justificadoras do poder normativo exercido pelas agências reguladoras. Exarou-se o entendimento de que tais atos normativos devem estar absolutamente subordinadas à legislação e, eventualmente, conforme frisou o Ministro Sepúlveda Pertence, às normas de segundo grau, de caráter regulamentar, que o Presidente da República entenda baixar. Sabe-se que as teorias doutrinárias aqui colacionadas têm em comum a necessidade de sujeição dos atos normativos editados por tais entidades à lei. No caso da teoria dos regulamentos autônomos, haveria maior campo de atuação, bem como no caso da teoria da deslegalização: no primeiro caso, deveria o ato normativo se conformar ao ordenamento jurídico como um todo; no segundo, também, estando o conteúdo válido das normas baixadas pelas agências reguladoras integralmente definido na margem de escolha técnico-científica que a legislação delegante abriu à exclusiva discrição dos respectivos agentes técnicos. O fato de haver o STF abordado a temática apenas em linhas gerais, contudo, impossibilita uma análise mais pormenorizada do fundamento jurídico utilizado para reconhecimento da validade do exercício de poder normativo pelas agências reguladoras.

Sabe-se, contudo, que, na década de 70, já foi exarado entendimento pela Corte Suprema de que seria constitucional a delegação de poderes por lei, tal qual preceitua o sistema norte-americano vislumbrado no presente trabalho. Não foi, contudo, reiterado, até os dias de hoje, tal posicionamento.

Quanto ao STJ, visível que este já se manifestou em um número razoável de vezes acerca da matéria, apresentando, em alguns julgados, informações que auxiliam no enquadramento a uma corrente doutrinária ou outra. Assinale-se que, inclusive, referenciam-se doutrinadores como Alexandre Santos de Aragão e José dos Santos Carvalho, entre os anos de 2009 e 2013, quando, expressamente, esta Corte se filiou à teoria da delegação de poderes

---

[230] GUERRA, Sérgio. Controle judicial das escolhas regulatórias - O fim do protagonismo do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais:* RBEC, Belo Horizonte , v. 6, n. 22, p. 511, abr. /jun. 2012.

[231] AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: Do Direito Nacional ao Direito Supranacional*, 4ª edição, 2014, p. 231.

normativos às agências reguladoras. Houve já julgados fundamentando as prerrogativas normativas no poder de impor obrigações em relações especiais de sujeição, tal qual o REsp 806.304/RS, julgado em 2008, bem como julgados que sugerem a tendência de filiação à teoria do poder regulamentar exercido pela Administração Indireta, tal qual o REsp 1048317/PR, Rel. julgado em 2009.

Veja-se que não há uniformidade na adoção das diferentes fundamentações. Afirma-se, contudo, que não se filia o Tribunal Superior de Justiça à teoria dos regulamentos autônomos, vez que os rejeita.

Tende o posicionamento do STJ, em linhas gerais, contudo, a se aproximar mais da teoria do poder regulamentar, sendo os regulamentos aceitos e reconhecidos quando para complementar ou explicitar as normas legais. Quanto àqueles que inovam ou contrariam as normas que devem regular, vêm sendo considerados como extrapolação do poder normativo das agências.

4 CONCLUSÃO

As agências reguladoras brasileiras exercem efetivo poder normativo, atuando substancialmente em diversos setores estratégicos da Economia brasileira.

No curso do primeiro capítulo, constatou-se que as agências reguladoras constituem instituto importado dos Estados Unidos da América, concebido, portanto, originariamente, no bojo de com uma tradição jurídica distinta, de um ordenamento jurídico diferenciado do brasileiro e de outra realidade econômica, política e social, em nada semelhante àquela vivenciada pelo do Brasil no curso da Reforma de Estado.

Partindo-se daí, vislumbraram-se, já no segundo capítulo, as diferenciadas justificativas jurídicas atribuídas doutrinariamente ao exercício de dita função normativa pelas agências normativas brasileiras, à luz do ordenamento jurídico pátrio. Visível a quantidade e nuances diferenciadas entre as teorias existentes – isso que não se tratou daqueles autores que julgam inconstitucional tal atribuição de competência.

Já no curso do terceiro capítulo, focou-se na análise de julgados provenientes do STF e do STJ, visando a identificar a vinculação a uma ou outra corrente doutrinária. Nesse ponto, percebe-se que o STF exarou posicionamento sucinto, limitando-se por validar o sistema, desde que respeitados os preceitos constitucionais e legais. Quanto ao STJ, concluiu-se que aceita como válido o exercício de competência normativa pelas agências reguladora, ainda que circunscrita aos limites da legalidade descritos nos acórdãos colacionados no presente trabalho.

O que não se identifica com clareza, contudo, é o fundamento jurídico legitimador de referida competência, alterando-se, inclusive, de um julgado para outro, em curto período de tempo. Percebe-se, em algumas situações, que muito se utiliza do argumento da necessidade prática da atuação de tais entidades (um ser), não de uma legitimidade jurídica, oriunda do ordenamento (um dever-ser).

Tem-se que, apesar das discussões doutrinárias acerca de institutos jurídicos serem recorrentes no plano do direito, percebe-se que o tema em questão é alvo de maiores controvérsias: até mesmo os doutrinadores que recepcionam o instituto das agências reguladoras encontram fundamentos deveras diversos para tal legitimidade. Não apenas os juristas, mas, como se viu, também o STJ, porque o STF, até então, nem produziram julgados que vinculem mais profundas teses.

Tal fenômeno parece estar intimamente ligado ao fato de haver sido tal instituto quase que plenamente importado de um sistema jurídico estrangeiro tal qual o norte-americano, de

tradição e conformação diferenciada do brasileiro. Uma vez que recepcionadas no seio de um sistema jurídico distinto daquele em que concebidas originariamente (*civil law*, em lugar do *common law)*, sem a devida reforma constitucional, parece terem sido necessárias "manobras" doutrinárias e jurisprudenciais, visando à conformá-las ao ordenamento pátrio. Por não ser claro esse fundamento, inevitável que brotem as mais diversas teorias doutrinárias, até então não bem pacificadas em sede jurisprudencial.

Nesse contexto, imperioso que se perceba a problemática derivada da implantação de institutos estrangeiros, principalmente os de contorno tão extenso e profundo como o das agências reguladoras.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. Direito *Econômico: Do Direito Nacional ao Direito Supranacional.* São Paulo: Atlas, 4ª edição, 2014.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Poder Normativo das Agências Reguladoras. In: *Revista Forense.* Rio de Janeiro, 2001. V. 354.

_____. As agências reguladoras independentes e a separação de poderes – Uma constituição da teoria dos ordenamentos setoriais. In *Revista dos Tribunais*, vol. 786, abril de 2001

_____. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed, 2. Tir. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. . Curso de Direito Administrativo, 2.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ATALIBA, Geraldo. Decreto Regulamentar no sistema brasileiro, *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, n° 97, p. 21, 1969.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo,* 29ª Edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BARBOSA, Joaquim. Agências Reguladoras: A Metamorfose do Estado e da Democracia (uma reflexão de direito constitucional e comparado). In: *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo.* Vol. 6, nov. 2012.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Ordem Econômica e Agências Reguladoras, in *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, número 1, fevereiro/março/abril, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança 6.234, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, j. 06/04/1998. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso

em: 10 de outubro de 2015.

_____. Recurso em Mandado de Segurança 16.585, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, j. 26/10/2004. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

_____. Recurso Especial 778.338, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, j. 13/02/2007. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

_____. Recurso Especial 732.795, Primeira Turma, Relatora Ministra Denise Arruda, j. 07/10/2008. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

_____. Recurso Especial 806.304, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, j. 02/12/2008. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

_____. Recurso Especial 1.048.317, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 12/05/2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

_____. Recurso Especial 1.101.040, Primeira Turma, Relatora Ministra Denise Arruda, j. 16/09/2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

_____. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.326.847, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, j. 20/11/2012. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

_____. Recurso Especial 1.068.612, Segunda Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. 17/04/2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

_____.. Recurso Especial 1.386.994, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, j. 05/11/2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

_____. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.171.443, Primeira Turma, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 04/02/2014. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

_____. Recurso Especial 1.386.994, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, j. 05/11/2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

_____. Recurso Especial 1.386.994, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, j. 05/11/2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1668, Tribunal Pleno, Relator Ministro Aliomar Baleeiro, j. 13/09/1974. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.075, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, j. 17/06/1998. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

_____. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1668, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 20/08/1998. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

_____.. Recurso Extraordinário 286.963, Tribunal Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. 24/05/2005. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.093, Tribunal Pleno, Relatora Ministra Rosa Weber, j. 24/09/2014. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

BUENO, Pimenta. Direito Publico *Brazileiro e analyse da Constituição do Imperio*, Rio de Janeiro: Typographia do Império, 1857.

CASTRO, Araújo, *A Nova Constituição brasileira.* Rio, Editora Freitas Bastos, 1935.

COSTA FILHO, Vidalvo Silvino da. A agência nacional de telecomunicações. *Revista de Direito Administrativo, Rio* de Janeiro, v. 226, out. 2001, p. 81-118.

COUTO E SILVA, Almiro do. *Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional.* São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

CRETELLA JÚNIOR, José, *Comentários à Constituição Brasileira* de 1988. Vol. I. Art. 1.º a 5.º, LXVII, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 7ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009.

_____. *Direito Administrativo*. 26ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O princípio da legalidade*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo 10, jun. 1977.

GASPARINI, Diógenes. *Poder regulamentar*. 2ª Edição. São Paulo: RT 1982.

GIACOMUZZI, José Guilherme. Os poderes das agências americanas e judicial review – leading case e básicas observações. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre, v. 30, n. 90, jun. 2003.

_____. As Raízes do Realismo Americano: breve esboço acerca de dicotomias, ideologia, e pureza no Direito dos USA, in *Direito & Justiça*, ano XXVII , v. 31, n.2, 2005, p. 155-190.

GUERRA, Sérgio. Crise e refundação do princípio da legalidade: a supremacia formal e axiológica da Constituição Federal de 1988. *Interesse Público.* Sapucaia do Sul, v.10, n. 49, maio de 2008.

_____. Poder normativo das agências reguladoras: as imagens nas embalagens de produtos derivados de tabaco exigidas pela ANVISA (Parecer). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro , v. 252, set. /dez. 2009.

_____. *Função normativa das agências reguladoras: uma nova categoria de direito administrativo?* Revista Direito GV, São Paulo , v. 7, n. 1, , jan. /jun. 2011.

_____. Controle judicial das escolhas regulatórias - O fim do protagonismo do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais:* RBEC, Belo Horizonte , v. 6, n. 22, pabr. /jun. 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes.* São Paulo: Dialética, 2002.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LIMA, Rui Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*, 5ª edição, Ed. RT, 1982.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Constituição de 1988: catalisadora da evolução do Direito Administrativo?* Revista do Advogado 99, ano XXVIII. p. 100-107, São Paulo, set. 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39ª Edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão; In: *Direito Administrativo Econômico,* Carlos Ari Sundfeld (Coordenador). São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 120.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, tomo III. P. 309*

MODESTO, Paulo. *Os regulamentos de organização no direito brasileiro e os decretos Autônomos de extinção de cargos públicos vagos: uma distinção necessária.* Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, Nº. 22, maio/junho/julho, 2010. Disponível em: ttp://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-22-MAIO-2010-PAULO-MODESTO.pdf. Acesso em: 04 abril 2015.

MOLL, Luiza Helena. *Agências de Regulação de Mercado,* Porto Alegre: editora da UFRGS, 2002.

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências Administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional. *Revista de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1999. v. 218.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Sociedade, estado e administração pública*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995.

_____. Agência Nacional de Vigilância Sanitária: natureza jurídica, competência normativa, limites de atuação. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 215, p. 71-83, jan. 1999.

_____. Agências reguladoras: descentralização e deslegalização. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOURA, Mauro Hiane de. *O poder normativo e a autonomia das agências reguladoras. Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro , v.246, p. 226-266, set./dez. 2007.

NUNES LEAL, Victor. *Lei e regulamento. Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. O Modelo Norte-Americano de Agências Reguladoras e sua Recepção pelo Direito Brasileiro. In: *Boletim de Direito Administrativo*. Fev. 2007.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*. Coimbra: Almedina, 2003.

PAGOTTO. Leopoldo Ubiratan Carreiro Pagotto. Agências Reguladoras: Origem e natureza jurídica. In: *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*. vol. 6, nov/2012).

RODRIGUES, Itiberê. Fundamentos Dogmático-Jurídicos da História do Princípio da Legalidade Administrativa no Brasil in: Fundamentos Do Estado de Direito, estudos em homenagem ao Professor Almiro de Couto e Silva. Avíla, Humberto (org.). Malheiros: São paulo, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo Regulatório. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Econômico Brasileiro. 1ª Edição, 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2002.