UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

EDUARDO CORTE DANELON

AGÊNCIAS REGULADORAS:
poder normativo e legitimidade

Porto Alegre
2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

EDUARDO CORTE DANELON

AGÊNCIAS REGULADORAS:
poder normativo e legitimidade

Estudo elaborado a título de Trabalho de Conclusão de Curso, com a finalidade de obtenção do grau de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, apresentado no segundo semestre letivo do ano de 2011.

Orientadora: Profª Maria Isabel de Azevedo Souza

Porto Alegre
2011

AGRADECIMENTOS

Não possuo certeza de quando voltarei a realizar uma tese monográfica. Peço vênia para ser prolixo.

Primeiramente, quero agradecer os mestres dessa faculdade. Em geral, foram atenciosos às minhas dúvidas e convidativos ao debate. Foram e são pessoas dedicadas ao ensino e aos alunos pela paixão de ensinar.

Em especial, entretanto, é preciso salientar alguns nomes que foram significativamente importantes para minha experiência nessa instituição.

O Prof. Alfredo de Jesus Dal Molin Flores foi o primeiro a me orientar no caminho da pesquisa e quem mais me estimulou a perseguir minha vocação acadêmica. É um exemplo de pessoa e professor, que desafia ao aluno ao mesmo tempo que o compreende.

A Profª Judith Hofmeister Martins Costa me mostrou o direito privado pelo que ele é: instigante, desafiado e em constante mutação. É uma jurista no significado mais íntimo da idéia e da palavra.

O Prof. Norberto Caruso MacDonald me marcou em especial pela abertura com o trato com o qual lida o aluno. Sempre aberto, sempre calmo, sempre generoso em termos intelectuais. São poucas as pessoas capazes de se tornarem exemplos em áreas tão diversas.

O Prof. Luiz Fernando Barzotto ministrou as aulas mais impressionantes e conseguiu abalar vários dos dogmas que eu e outros alunos possuíamos. Ele possui a capacidade única de traduzir em termos cristalinos e práticos aquilo que por toda uma vida achávamos ser criptográfico e irrelevante, a qual é o resultado da maneira amplamente conhecida como lida com a Filosofia do Direito: é uma tarefa de vida que consome tempo, mente e alma.

Por fim, a Profª Maria Isabel de Azevedo Souza, minha orientadora. Agradeço desde já toda a paciência e disponibilidade que teve ao tratar sobre o tema deste TCC. Agradeço também a maneira com a qual me introduziu ao tema do direito administrativo. A fim de ser sincero, desconhecia sua relevância e praticidade até pouco tempo, mas hoje enxergo como verdadeiro o fato de que ele se reflete nos

menores detalhes da vida cotidiana. Se utilizado para meios espúrios, a coletividade pode se ver refém de interesses desconexos com o interesse público; mas, se levada a sério, é instrumento de renovação e reflexão coletivas, de proteção do cidadão e de legitimação da boa atuação estatal. A ela, por isso, agradeço.

Tendo agradecido os professores, talvez seja devido dirigir-me à instituição em si. Foi uma honra ter estudado na Faculdade Livre de Direito. Aqui passaram e passam grandes homens. Exemplos de humanidade.

Nesta instituição, fui ensinado a não ser mais uma peça maquinal ou a agir de maneira acrítica. Fui ensinado a como estar dentro e fora do sistema e como melhorá-lo em ambas as situações. É a luta incansável pelo direito enquanto instrumento de conservação do que é bom e modificador do que é inaceitável ou incompleto.

Em seguida, quero agradecer os amigos que aqui conheci: Kadur, William, Tito, Lucas, Georjão, Vinícius, Gilmar e André. Passamos por muitas coisas. Alguns mais do que outros. Mas sempre conseguimos ajudar um ao outro. A experiência nessa faculdade teria sido, para dizer o mínimo, pobre e insatisfatória se eu não tivesse conhecido e convivido com vocês.

Desconheço um grupo capaz de dialogar por tantas horas sobre questões filosóficas e jurídicas. Talvez tenhamos sido talhados para esta profissão. Vejo em vocês mais potencial do que vejo em mim mesmo. E em alguns casos este potencial já começou a ser transformado em realidade.

Quero agradecer, acima de tudo, meus pais. Eles são daquela estirpe rara que luta na adversidade e vence. Mas vencem por que não desistem jamais, porque não descansam jamais, porque se permitem suportar mais do que a maioria. Passaram por mais coisas que as pessoas deveriam, e conquistaram mais do que imaginaram e menos do que efetivamente mereciam. Além do amor que sinto por vocês, sinto honra. Consigo enxergar em minhas vitórias a marca da minha individualidade e da minha história, mas a educação e o carinho que vocês me deram (e dão) – não consigo ver diferentemente – prepondera. Vocês estão sempre comigo. Em tudo que sou e em tudo que faço.

Por fim, quero agradecer a Deus, que dispensa introduções.

RESUMO

O fenômeno das agências reguladoras é particularmente recente em nosso sistema jurídico. A idéia de um Estado regulador que priorize a capacidade técnica e gerencial da iniciativa privada em certas áreas econômicas e sociais contrasta com a tradição política do Brasil. Mas tal inovação repercute no Direito, criando indagações para o cientista jurídica, tais como qual seu poder normativo e qual sua legitimidade democrática. Para responder tais perguntar, é preciso realizar uma análise tanto do ponto de vista histórico quanto do ponto de vista jurídica. Somente por este caminho será possível responder as indagações pertinentes a fim de lançar um olhar para o futuro.

Palavras-chave: Regulação, Poder Normativo, Legitimidade, Intervenção Estatal, Legalidade.

ABSTRACT

The phenomenon of the regulatory agencies is particularly recent in our legal system. The Idea of a regulatory State that prioritizes the technical and managerial capacity of the private initiative in social and economical areas contrasts with Brazil's political tradition. But such innovation repercusses at the Law, creating questionings for the legal scholar, such as what is its normative power or what is its democratic legitimacy. In order to answer such questions, it is necessary to perform an analysis either from a historical as from a legal viewpoint. Only through that way it will be possible to answer the pertinent questionings in order do give a look to the future.

Keywords: Regulation, Normative Power, Legitimacy, State Intervention, Legality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABIN – Agência Brasileira de Inteligência
ADCT – Atos das Disposições Constitucionais Transitórias
ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade
AGERGS - Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos do Estado do Rio Grande Do Sul
ANA – Agência Nacional de Águas
ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE – Agência Nacional de Cinema
ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP – Agência Nacional do Petróleo
ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil
CVM – Comissão de Valores Mobiliários
EC – Emenda Constitucional
FHC – Fernando Henrique Cardoso
ICC – Interstate Commerce Commission
MP – Medida Provisória
TELEBRASIL – Associação Brasileira de Telecomunicação

INTRODUÇÃO.....8

1 O FENÔMENO JURÍDICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....11
1.1 HISTÓRICO.....11
1.1.1 DA INTERVENÇÃO ESTATAL.....11
1.1.2 A INTERVENÇÃO ESTATAL *SOBRE* A ECONOMIA.....13
1.1.3 A ORIGEM DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....16
1.2 (RE)LEITURA DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....19
1.3 CONCEITUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....24

2 REGIME JURÍDICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....26
2.1 CLASSIFICAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....26
2.2 PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....28
2.2.1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....29
2.2.2 DA COMPETÊNCIA REGULAMENTAR.....32
2.2.2.1 DOS REGULAMENTOS AUTÔNOMOS.....36
2.2.2.2 DO REGULAMENTO DELEGADO.....40
2.2.2.3 DO REGULAMENTO EXECUTIVO.....42
2.3 AUTONOMIA QUALIFICADA DOS ENTES REGULADORES.....47

3 **ANÁLISE CRÍTICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E LEGITIMIDADE**..51
3.1 SITUAÇÃO ATUAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....51
3.2 LEGITIMIDADE PROCEDIMENTAL.....54
3.3 CONTRIBUIÇÕES.....56

CONCLUSÃO.....62

REFERÊNCIA.....64

INTRODUÇÃO

Para fins introdutórios, agências reguladoras podem ser definidas como autarquias dotadas de (**a**) regime especial e (**b**) com a finalidade de regular e controlar certas atividades públicas. A proposta deste estudo, pode-se dizer, é examinar tensão existente entre estes dois elementos.

Com efeito, o regime especial das agências reguladoras concede-lhes maior autonomia jurídico-política em comparação a outros regimes. Esta, por sua vez, se conecta com a finalidade específica que lhes é atribuída: regular de maneira técnica e científica determinada área socioeconômica. Ou seja, as agências reguladoras foram criadas com o intuito de desenvolver uma regulação despida das conturbações político-eleitorais. Como reflexo, o benefício almejado é uma maior estabilidade para os diversos setores sociais e econômicos bem como o aperfeiçoamento da regulação mediante a adoção de critérios (preponderantemente) técnicos.

Nesse sentido, cabe indagar: qual a viabilidade deste plano dentro de nossa tradição constitucional? A relevância desta indagação reside na constatação de que, em verdade, há duas propostas de concepção de Estado que são obtidas mediante uma (re)leitura da teoria das separação dos poderes: uma com maior atuação normativa do Executivo e outra com menor.

Em verdade, constitui máxima no Estado de Direito não ser possível delegar poderes que já são, *per si*, delegados - *delegate potestas non potest delegari*. E este é exatamente o caso dos Poderes Estatais, no direito constitucional brasileiro, uma vez que "todo poder emana do povo" [1]. Logo, conhecer os limites normativos que as agências reguladoras detêm em nosso ordenamento jurídico delimita até que ponto determinados poderes e competências (não) foram devidamente atribuídos por e para outras esferas. E, havendo constitucionalidade na atuação das agências reguladoras, necessário saber como estas devem atuar.

Assim, o presente trabalho analisará pontualmente aspectos pertinentes às agências reguladoras a fim de responder às seguintes questões: quais são seus

[1] **CFRB/1988 - Art. 1º, Parágrafo único**. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

poderes? Qual a **legitimidade normativa** das agências reguladoras para regular os particulares? Em última instância, pretende-se fazer uma apreciação crítica do modelo institucional desenhando, inclinando por uma concepção de Estado.

Para atingir este fim, este estudo está dividido em três partes.

A primeira parte analisará o fenômeno histórico. Procurar-se-á compreender a mudança de paradigma sofrida na modernidade que deu azo ao Estado de Bem Estar e a uma participação mais ativa dos entes estatais na vida dos cidadãos. A experiência prática revelou, todavia, que boas intenções nem sempre vêm acompanhadas de bons resultados. A busca pela eliminação de males sociais tornou-se causa de muitos na medida em que invertia a ordem de importância entre o Estado e a sociedade, sendo que aquele é um instrumento desta para solver seus próprios problemas. Paralelamente, essa mudança trouxe repercussões não triviais na teoria da separação dos poderes, a qual deve ser examinada para que se compreenda a importância de, num Estado Democrático de Direito, as leis serem feitas pelo próprio povo.

Em contrapartida, a segunda parte complementará a primeira abordando o fenômeno jurídico das agências reguladoras. Aqui, deve-se mencionar, desde logo, que não há consenso. Como dito acima, os dois grandes atributos das agências reguladoras – regime especial e poder normativo – são ao mesmo tempo alvos de críticas mordazes e objetos de contemplação benigna. O ineditismo do tema obsta respostas fáceis ou unívocas, em especial no que se refere ao poder normativo das agências reguladoras.

De outra sorte, a novidade do tema das agências reguladoras somada a sua origem estrangeira ocasiona possíveis engodos, como a inspiração acrítica neste ou naquele sistema jurídico estrangeiro ou a falta de exame do próprio sistema jurídico pátrio. Conforme se verá adiante, o ordenamento jurídico brasileiro não pode abeberar-se da totalidade de nenhum fenômeno. Pode, isto sim, refletir acerca da utilidade de determinada tecnologia institucional e legal dentro de nosso próprio ordenamento jurídico

O terceiro e último tópico é uma análise subjetiva e crítica das agências reguladoras. Em meio às diversas visões sob o tema, que ora aprovam ora criticam o papel dos entes regulatórios, são necessárias reflexões mais específicas, tais como, “em que medida podem as agências reguladoras atuar em nosso sistema jurídica” e “em que medida elas de fato possuem legitimidade para regularem a vida

das pessoas”. Para atingir uma resposta é necessário adotar certos pressupostos e abandonar outros.

Ademais, o cenário atual do objeto de estudo deste trabalho é negativo em vários aspectos que serão descritos. Como remédios, há vários mecanismos que devem ser explorados mais profundamente, como a adoção de formas mais adequadas para a seleção de dirigentes ou o realce da participação social. Se as normas expedidas pelas agências reguladoras são legítimas em qualquer grau que o seja, é em razão do procedimento usado na criação de suas normas, que, a saber, é técnico e isonômico.

1 O FENÔMENO JURÍDICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

1.1 HISTÓRICO

1.1.1 DA INTERVENÇÃO ESTATAL

No final do século XX, operou-se a derrocada do modelo de economia planificada na extinta União Soviética. Com este evento de importância universalmente reconhecida, o capitalismo adquiriu força hegemônica, passando-se a questionar com maior ênfase a intervenção do Estado na economia.

Todavia, hoje, num mundo pós-crise financeira de 2008, o poder auto-regulatório do mercado é visto por um prisma mais cético, estando longe de ser aceito quer pela comunidade científica como um todo quer pela sociedade. Exemplo dessa quebra de paradigma pode ser observada no depoimento dado por Alan Greenspan, ex-presidente do Federal Reserve Bank (o equivalente do Banco Central do Brasil nos Estados Unidos), em outubro de 2008 no Congresso Americano:

> "Eu cometi um erro em supor que o interesse das organizações, especialmente dos bancos e de outras empresas, faria com que elas estivessem melhor capacitadas para proteger seus próprios acionistas e suas ações nas empresas"[2].

Greenspan, famoso por sua luta pelo mercado enquanto alocador eficiente dos recursos e arrependido de seu posicionamento inicial, abdicou da tese da não-regulamentação do setor financeiro, simbolizando significativa mudança no contexto atual. Não obstante, a discussão sobre o assunto está longe de acabar e ainda provoca animosidades.

Logo, em razão dos recentes acontecimentos na economia setentrional (crise americana e européia), bem como de outros, a nós cabe indagar qual o papel do Estado Brasileiro.

Pode-se dizer que, no Brasil, essa indagação foi respondida nos anos 90 da seguinte forma: o Estado deve, preferencialmente, se abster de atuar diretamente

---

[2]BBC BRASIL. **Greenspan admite erro de ideologia à frente do Fed**. 2008. Disponível em <http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2008/10/081023_greenspan_errorg.shtml>. Acesso em 28.09.2011.

na economia, permitindo assim que os agentes privados o façam dentro de um determinado campo de atuação. Trata-se de reconhecer que o mercado e os agentes privados possuem, de fato, uma eficiência inata, própria daqueles que perseguem o auto-interesse, mas que esta busca deve ser balizada pelo Estado a fim de evitar as chamadas "falhas de mercado" bem como perseguir interesses não-econômicos de caráter social.

O estudo das chamadas "falhas de mercado" é antigo e dá como exemplos as chamadas "**assimetrias de informação**" – situação em que dois ou mais agentes transacionam sem possuir igual quantidade de informações –, as "**externalidades**" – situação em que determinado agente afeta os demais negativamente sem quantificar este resultado e arcar com ele – ou ainda o problema dos "**recursos comuns**" – situação na qual um bem em específico pode ser usado ou fruído por uma coletividade, sem haver controle ou restrições, como o meio ambiente – dentre outros[3].

Falhas de mercado são, portanto, situações ou eventos em que os agentes econômicos, deixados à própria sorte e sob as regras de mercado, não atingem uma situação ótima. É em função disto – mas não somente – que o Estado é chamado a intervir na economia, seja a, por exemplo, proteger a parte hipossuficiente num contrato de consumidor, ou para penalizar um poluidor, ou ainda para garantir a proteção de bens escassos comuns.

Sobre o tema, o ensinamento de Eros Grau é preciso:

> "O direito moderno é instrumento de que se vale o Estado para defender o capitalismo dos capitalistas...Dizendo-o de outro modo: a destruição do Estado hoje, no momento histórico presente, pelo capitalismo, consubstanciaria uma estratégia suicida, na medida em que deixa abandonados, os mercados, à mercê dos capitalistas..."[4]

De outra sorte, a regulação econômica, como aferido, tem por fim não apenas corrigir falhas de mercado, mas também promover determinadas finalidades que extrapolam o âmbito econômico:

> "É indispensável destacar, então, que a idéia de um Estado Regulador não envolve abraçar concepções economicamente reducionistas. Se a idéia de

---

[3] VIEGAR, Cláudia. MACEDO, Bernardo. Falhas de Mercado: Causas, Efeitos e Controles. *In*. SCHAPIRO, Mario Gomes (Coor.). **Direito Econômico Regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 91-99

[4] GRAU, Eros Roberto. O Discurso Liberal e a Teoria da Regulação. *In* **Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional: Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza**. Porto Alegre, Sério Antônio Fabris, 1995. p. 73

> regulação se desenvolve nesse âmbito, a tanto não pode ser limitada. As finalidades regulatórias relacionam-se à realização dos valores fundamentais consagrados pela Nação, sejam eles de natureza econômica ou não."[5]

Em suma, após as experiências político-econômicas ocorridas no século XX, a idéia que predomina atualmente é que não é viável cair nas duas armadilhas antípodas legadas pela economia moderna, quais sejam: o absenteísmo e o dirigismo estatais.

A partir destas conclusões, repise-se, como deve o Estado intervir?

1.1.2 A INTERVENÇÃO ESTATAL SOBRE A ECONOMIA

A década de 90 foi profícua em termos de reformas estatais. Expressão contundente desse movimento foi o governo do ex-presidente da República Fernando Henrique Cardoso (1994-2002), no qual houve 35 (trinta e cinco) emendas constitucionais[6] editadas. Muitas destas emendas, certamente, tinham como ânimo conferir ajustes à recente Constituição Federal de 88. Outras, todavia, eram mais inovadoras e exprimiam uma determinada visão de Estado e de Administração Pública. Exemplo singelo pode ser visto na EC nº 19 de 04.06.1998, que, dentre vários itens, acrescentou como princípio da Administração Pública o princípio da eficiência[7].

Desnecessário dizer que não foi a alteração do *caput* do art. 37 da Carta Magna que fez o Administrador Público a passar a se preocupar em atuar eficientemente. Portanto, a nova redação deste dispositivo significa e exprime mais uma mudança no comportamento da Administração Pública, que passa a se pautar por uma lógica de resultados e de fins antes que por uma lógica de procedimentos e de meios.

---

[5] JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. pg. 40.

[6] Da EC nº 5 de 15.08.1995 à EC nº 39 de 19.12.2002.

[7] **CRFB/1988 - Art. 37**. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** e, também, ao seguinte:

Ademais, foi neste período – governo FHC – que foi publicado o Plano Diretor da Reforma do Estado, documento este que, no parágrafo inicial, diagnosticou de maneira concisa a problemática brasileira:

> "A crise brasileira da última década foi também uma crise do Estado. Em razão do modelo de desenvolvimento que Governos anteriores adotaram, o Estado desviou-se de suas funções básicas para ampliar sua presença no setor produtivo, o que acarretou, além da gradual deterioração dos serviços públicos, a que recorre, em particular, a parcela menos favorecida da população, o agravamento da crise fiscal e, por conseqüência, da inflação. Nesse sentido, a reforma do Estado passou a ser instrumento indispensável para consolidar a estabilização e assegurar o crescimento sustentado da economia. Somente assim será possível promover a correção das desigualdades sociais e regionais."[8]

A resposta para o problema foi a passagem da **Administração Pública Burocrática** para a **Gerencial**.

No Brasil, por razões históricas de conhecimento geral, o Estado se originou antes da sociedade civil, ocasionando uma **Administração Pública Patrimonialista** – considere-se a fase histórica das Capitanias Hereditárias por exemplo. A fim de romper com esta, adotou-se uma **Administração Pública Burocrática**, que, formalizando minuciosamente sua conduta, tinha como intuito proteger a *res publica*.

Todavia, esta segunda forma de conceber a máquina pública tinha como contrapartida o engessamento da atuação do administrador, reduzindo assim a qualidade/eficiência de sua atuação. Como resposta, sobreveio o modelo hoje vigente:

> "Na administração pública gerencial a estratégia volta-se (1) para a definição precisa dos objetivos que o administrador público deverá atingir em sua unidade, (2) para a garantia de autonomia do administrador na gestão dos recursos humanos, materiais e financeiros que lhe forem colocados à disposição para que possa atingir os objetivos contratados, (3) para o controle ou cobrança *a posteriori* dos resultados."[9]

O eixo do controle estatal é deslocado dos meios para os resultados: sabe-se que o bem comum é atingido se os resultados são positivos. Os meios eventualmente empregados para atingi-los, desde que lícitos, não devem ser levados em consideração, pois não interessam para a população em geral.

---

[8] BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, DF, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/publi_04/colecao/plandi.htm>. Acesso em 01.10.2011.

[9] *Idem*

Flexibiliza-se tanto quanto permitido pelo ordenamento jurídico, produzindo uma maior desenvoltura por parte do administrador.

Nessa senda, é devido fazer menção às diferentes espécies de intervenção do Estado. Para tanto, observe-se a divisão tripartite descrita por Eros Grau: **a**) intervenção por absorção ou participação (intervenção *na* economia); **b**) intervenção por direção (intervenção *sobre* a economia) e **c**) intervenção por indução (idem intervenção *sobre* a economia)[10].

Com efeito, a intervenção *na* economia ocorre por absorção ou participação, isto é, nas ocasiões em que o Estado atua *como agente econômico ativo*. Na absorção, havendo monopólio estatal sobre determinado mercado (regime de monopólio), enquanto que na participação, parte (e não todo) do mercado ficará com o Estado (regime de competição).

Nos segundo e terceiro casos, o Estado abstém-se de se tornar um agente econômico ativo, mas constrói um ambiente institucional regrado.

Ora, é justamente na hipótese da intervenção por direção que as agências reguladoras se enquadram, pois trata-se de regrar comportamento de particulares.

Neste sentido, se há uma mudança de paradigma a exigir uma atuação diferenciada por parte do Estado, isto é, uma atuação mais diretiva do que participativa, cabe indagar que tipo de atuação será esta. Deste problema extraem-se justamente as agências reguladoras: num cenário onde o Estado detém o poder de comando, é necessário que a regulação seja feita de maneira técnica, apolítica, a fim de que haja previsibilidade, imparcialidade e continuidade.

Em último lugar, a intervenção por indução dá-se quando se produzem normas dispositivas: não se *força* o particular a adotar esta ou aquela medida, mas há sim uma *incitação*. Exemplos claros deste tipo são quando o Estado (**i**) (des)onera determinada ação, tal como um negócio jurídico em particular; ou quando (**ii**) efetua determinada obra pública a fim de facilitar determinada atividade pública.

Ambas as modalidades de intervenção – direta (*na* economia) e indireta (*sobre* a economia) – possuem vez em nosso ordenamento jurídico. Mais

[10]GRAU, Eros Roberto**. A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 146-149

especificamente, nos artigos 173 e 177 no primeiro caso[11] e o artigo 174 no segundo da Constituição da República.[12]

Por fim, não se deve olvidar de que a regulação estatal, como dito acima, não se exaure em fins estritamente econômicos. Para tanto, considere-se a polêmica atuação da ANVISA, que detém natureza de agência reguladora, ao proibir, mediante uma resolução, o uso, a importação, o recebimento em doação, aluguel e a comercialização das chamadas câmaras de bronzeamento[13]. Neste caso, não se adotou medida para estimular ou preservar a economia, mas para proteger a saúde da população.

1.1.3 A ORIGEM DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A gênese das Agências Reguladoras remonta aos Estados Unidos e, em específico, a um caso em peculiar: o da criação da ICC.

A ICC – "Interstate Commerce Comission" – foi a primeira grande agência regulatória federal da história e tinha como objeto regular as operações ferroviárias interestaduais nos Estados Unidos.

Neste país, o setor ferroviário abarcava proporções descomunais no século XIX, e foi o que permitiu a aceleração da indústria do aço e do comércio inter-regional, promovendo, por conseguinte, outras áreas econômicas e a povoação de regiões isoladas.

Todavia, muito embora a ICC tenha sido criada em 1887, apenas adquiriu autonomia qualificada em 1889, pois foi neste mesmo ano em que Benjamin Harrison assumiu a presidência da Casa Branca[14].

---

[11] **CRFB/1988 – Art. 173**. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
Art. 177. Constituem monopólio da União:

[12] **CRFB/1988 – Art. 174.** Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

[13] **RDC/ANVISA Nº. 56/2009 – Art.1º** Fica proibido em todo o território nacional a importação, recebimento em doação, aluguel, comercialização e o uso dos equipamentos para bronzeamento artificial, com finalidade estética, baseados na emissão de radiação ultravioleta.
<http://www.anvisa.gov.br/divulga/noticias/2009/pdf/1101109_rdc.pdf> Acesso em 28.09.2011.

[14] JUSTEN FILHO; **O Direito das**..., 2002, p. 76.

Ocorre que Benjamin Harrison se notabilizou como advogado de grandes empresas ferroviárias, havendo temor no Congresso, e em especial entre os democratas (Harrison era um republicano), de que agisse de maneira a beneficiá-las. Por esta razão, poucos dias antes da posse do novo presidente, a maioria democrata aprovou a Lei de 2 de Março de 1889, na qual se conferia à ICC autonomia orçamentária, pessoal e administrativa, vedando-se, inclusive, a demissão *ad nutum* de seus dirigentes – traço característico das agências regulatórias[15].

Neste caso, percebe-se claramente o receio por parte do Congresso Americano (e em especial da ala democrata) de que a Administração se tornasse um instrumento espúrio nas mãos daqueles que, à época, representavam o grande capital nos Estados Unidos. Trata-se, claramente, de um receio político e/ou social, no sentido de antecipar-se num jogo de poder, bem como no sentido de garantir que a máquina pública não se sujeitasse a interesses privados.

No Brasil, entretanto, o fenômeno se deu diferentemente.

No caso brasileiro, as agências reguladoras adquiriram expressão apenas no final dos anos 90, com a onda das privatizações, iniciadas por Fernando Collor[16] e Itamar Franco[17] e continuadas por Fernando Henrique Cardoso[18] e Luis Inácio Lula da Silva[19].

Portanto, o contexto histórico que ensejou as agências reguladoras no Brasil é diverso daquele nos Estados Unidos: neste, a criação da ICC tinha como meta evitar o poderio desmesurado das grandes corporações, enquanto que, no

---

[15] JUSTEN FILHO; **O Direito das**..., 2002, p. 76.

[16] **Desestatizações do Governo Collor**: USIMINAS, CELMA (Cia. Eletromecânica), MAFER S.A., COSINOR (Cia. Siderúrgica do Nordeste), SBNP (Serviço de Navegação da Bacia do Prata), AFP (Aços Finos Piratini), Petroflex S.A., COPESUL (Cia. Petroquímica do Sul), CNA(Cia. Nacional de Álcalis), CST (Cia. Siderúrgica de Tubarão), FÓSFERTIL, GOIASFÉRTIL e Acesita.
ROQUE, Leandro. **Sobre as Privatizações (Parte 1)**. Instituto Ludwig von Mises Brasil. Disponível em: <http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=637>. Acesso em 29.09.2011.

[17] **Desestatizações no Governo Itamar Franco**: CSN, ULTRAFÉRTIL, COSIPA, AÇOMINAS, PQU (Petroquímica União), CARAÍBA (mineração), EMBRAER. *Idem*

[18] **Desestatizações no Governo FHC**: ESCELSA (Espírito Santo Centrais Elétricas S.A.), Light (vendida para um consórcio no qual as estatais CEMIG e Électricité de France tinham participação majoritária), Companhia Vale do Rio Doce, Banco Meridional, Telebrás, GERASUL (Centrais Geradoras do Sul) e DATAMEC (Sistema de Processamento de Dados). *Idem*

[19] **Desestatizações no Governo Lula**: Hidrelétrica Santo Antônio, Hidrelétrica Jirau, Ferrovia Norte-Sul, Linhas de transmissão de Porto Velho (RO) a Araraquara (SP), BR-381, BR-393, BR-101, BR153, BR-116.
CLEMENTE, Isabel. LEAL, Andréa. NEVES, Maria Laura. **Enfim, Lula privatizou...** .Revista Época. Disponível em <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG79551-6009,00.html>. Acesso em 05.10.2011.

Brasil, havia a intenção de promover desestatizações para que a iniciativa privada assumisse e gerasse maior eficiência. Isto é, Brasil e EUA partiram de paradigmas político-econômicos opostos e passaram a se movimentar um em direção ao outro. Logo, pode-se dizer que foram impelidos por linhas distintas.

Daí a concordar-se com Eros Grau[20] em que não há falar em não-intervenção no Brasil: o que mudou não foi a ausência/presença da "mão do Estado", mas a maneira como esta toca na economia, isto é, a substituição de uma intervenção direta por uma intervenção indireta[21].

Por fim, há que se afirmar que, após uma década da implantação do programa da Reforma do Estado, os efeitos esperados foram parcialmente surtidos. Parcialmente porque ainda há áreas e setores a serem aprimorados, mas é inegável que houve significativa melhora em algumas áreas.

Como exemplo, a TELEBRASIL – Associação Brasileira de Telecomunicações divulgou recentemente dados das evoluções ocorridas após treze anos das privatizações[22] dos serviços de telecomunicações. Conforme este estudo, considerando os serviços de telefonia fixa e móvel, banda larga e TV por assinatura, o número de usuários saltou de trinta milhões para duzentos e oitenta e seis milhões, ou seja, houve um crescimento de 853% (aproximadamente nove vezes e meia). Neste contingente, destaca-se a telefonia móvel, que apresentou aumento de 2.836% no número de usuários.

De outro lado, os investimentos neste mesmo setor foram superiores a R$ 236 bilhões, gerando 436 mil postos de trabalho direto e aumentando os valores arrecadados em tributos de R$ 8 bilhões para 41,6 bilhões no mesmo período[23].

Em que pesem os críticos da privatização e da intervenção indireta, as melhorias atingidas configuram poderoso argumento pró iniciativa privada.

---

[20] GRAU, A Ordem..., 2008, p. 146-149.

[21] "O que parece, em princípio, ser contraditório, revela-se, *a posteriori*, coerente: nas atuais sociedades, o crescimento do papel do Estado convive com a diminuição do aparelho estatal." ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. **O Estado Pós Moderno da Regulação Econômica e a Mutação de Paradigmas Conceituais Tradicionais do Direito Público: a experiência brasileira de agências de regulação.** 2008. 126 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005, Porto Alegre, Tese de Doutorado. f 26

[22] "A privatização em sentido amplo pode ser definida como a quebra de monopólio, a desregulação, a concessão e a permissão de serviço público, a terceirização, ficando o Estado com sua função de planejamento e regulação". DI PIETRO, Maria Zanella. Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade. *In* DI PIETRO, Maria Zanella (Org.). **Direito Regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. revista e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 35

[23] TELEBRASIL – Associação Brasileira de Telecomunicações. **Telecomunicações: 13 anos de privatização, com crescimento de 853% de clientes**. Disponível em: <http://www.telebrasil.org.br/artigos/outros_artigos.asp?m=1124>. Acesso em 10.10.2011.

1.2 RE(LEITURA) DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Antes de adentrar propriamente na análise do regime jurídico das agências reguladoras, o exame da teoria da separação dos poderes mostra-se essencial. Assim dá-se porque tais entes possuem poder normativo, mas seus dirigentes não possuem representatividade popular, podendo se indagar se não se está diante do fenômeno da *deslegalização* (ou *delegificação*) do direito.

Com efeito, a teoria da separação dos poderes encontra-se positivada na Constituição da República[24] e remonta a Montesquieu, para quem o poder deve limitar o poder. A genialidade da idéia é inegável e reside em desenhar um arcabouço institucional apto a coibir abusos. Nesse sentido:

> "A democracia e a aristocracia não são Estados livres por natureza. A liberdade política só se encontra nos governos moderados. Mas ela nem sempre existe nos Estados moderados; só existe quando não se abusa do poder; mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem diria! Até a virtude precisa de limites.
> Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder. Uma constituição pode ser tal que ninguém seja obrigado a fazer as coisas a que a lei não obriga e a não fazer aquelas que a lei permite.
> (...)
> Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo que depende do direito civil.
> (...)
> Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares."[25]

Para Montesquieu, as três funções estatais tradicionais deveriam ser repartidas em três entes distintos, isto é, em três poderes separados. Desta forma, o poder eliminaria o poder quando em colisão, pois o fato de um único ente não reunir em si todas as capacidades o impediria de, *per si*, atuar contra o bem comum e em benefício próprio. Nesta estrutura, as funções executivas, legislativas e judiciais foram atribuídas aos Poderes Executivo, Legislativo e Judicial respectivamente, todos marcados por possuírem especialidade técnica e autonomia funcional.

Destarte, como poderia uma agência reguladora pertencente ao Poder Executivo criar normas?

---

[24] **CRFB/1988 - Art. 2º** São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

[25] MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 166-168

Em primeiro lugar, deve-se ter em mente que a teoria da separação dos poderes não é um bloco monolítico. Exemplo lapidar no direito comparado é aquele dado em função das diferenças entre França e Brasil. Naquela, berço de Montesquieu, a separação dos poderes é interpretada e lida de tal modo que impede que o Judiciário julgue atos (**i**) do Legislativo e (**ii**) do Executivo. Logo, o Judiciário não detém competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou a ilicitude de um ato administrativo. Tais medidas são adotadas dentro do respectivo poder.

Em contrapartida, no nosso Ordenamento Jurídico, o Judiciário, ancorado numa tradição anglo-saxônica, admite o *judicial review* de atos normativos do Legislativo e a prática de atos administrativos contrários à lei[26].

Diante dessa diferença, poder-se-ia dizer que o Brasil nega a teoria da separação dos poderes? Certamente que não, pois resposta afirmativa implicaria em apontar colisão entre normas constitucionais (arts. 2º, 5º, XXXV e 102, I, alínea a), o que não é sustentável no Estado Democrático de Direito. Trata-se tão somente de atribuir competência ao Judiciário para garantir que os demais Poderes atuem conforme os ditames constitucionais. É, por se assim dizer, um arranjo diferente do aquele construído na França, mas com o mesmo efeito visado. Conclui-se apenas que são formas distintas de conceber a mesma teoria.

Em segundo lugar, cada poder possui funções típicas e atípicas, isto é, as funções normativa, executiva e ajudicatória estão presentes em todos os entes, sendo que é a medida maior ou menor em cada um que lhes diferencia. Em função disso, por exemplo, o Judiciário, que possui a incumbência de julgar casos concretos, expede atos normativos ao criar regimentos internos em seus tribunais e, por vezes, realiza licitações; o Legislativo, encarregado de inovar no Ordenamento Jurídico, desempenha função julgadora nas Comissões Parlamentares de Inquérito[27]

---

[26] **CRFB/1988 - Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;
Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - processar e julgar, originariamente:
a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

[27] **CRFB/1988 – Art. 58, § 3º** As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto

ou ainda no caso de *Impeachment*; e o Executivo, por derradeiro, inova ao expedir Medidas Provisórias e adjudica ao realizar processos administrativos disciplinadores.[28].

Nesta senda, o mesmo ensinamento é dado por James Madison:

> "Com base nestes fatos que orientaram Montesquieu, pode-se claramente inferir que, quando ele afirmou que "não haverá liberdade onde os poderes Legislativos e Executivo estiverem concentrados na mesma pessoa ou conjunto de magistrados" ou, "se o poder de julgar não estiver separado dos poderes Legislativo e Executivo", não quis dizer que não haveria *representação parcial* de um poder em outro ou *controle* mútuo dos respectivos atos. A verdadeira interpretação, como se deduz de suas palavras e, ainda mais concludentemente, como ilustrada pelo exemplo ante seus olhos, não pode ser outra senão esta: que onde *todo* poder de um dos ramos é concentrado nas mesmas mãos que enfeixam *todo* o poder de outro ramo, os princípios fundamentais de uma Constituição livre estarão subvertidos."[29]

Pontes de Miranda não fica aquém dessa discussão, e traz importante contributo ao tema, assinalando as interpenetrações entre o mundo dos fatos e o mundo do Direito, do que se conclui que as mutações históricas são capazes de tornar a teoria da separação dos poderes num composto heterogêneo:

> "Temos de distinguir o *mundo jurídico* e o *mundo fáctico*. No mundo jurídico, todos os podêres públicos são independentes e harmônicos: não se pode pensar em supremacia. No mundo do fáctico, sim: ou porque um se eleve, por baixarem os outros, ou porque todos se elevem e um se eleve mais do que os outros – pode haver supremacia. A supremacia teórica do Poder Legislativo no mundo jurídico, daria o Parlamentarismo. A supremacia do Poder Executivo, no mundo jurídico, mesmo que se trate do chamado regime presidencialista, seria ditadura disfarçada, porém, na concepção do presidencialismo , adotaram-se medidas que evitasse, quanto possível, essa hipertrofia. No Brasil, a supremacia do Poder Legislativo, no mundo fáctico seria benéfica á recuperação democrática do Brasil (que, aliás, foi admirável, e prova a vocação democrático-liberal do povo); mas *essa supremacia só se adquire por atos seguidos, indubitáveis, de sabedoria e coragem*. Se o conseguíssemos, não precisaríamos do Parlamentarismo; ou tê-lo-emos construído, à margem da Constituição de 1946, sem a ferir – como se deu no Império.
> No mundo jurídico, os três podêres têm a mesma altura; no mundo fáctico, é mais alto o que mais merece, ou o que se conservou onde devia estar, enquanto os outros baixaram de nível. Há, ainda, a terceira hipótese: a deturpação da democracia em oligarquia, sem preponderância, pròpriamente, de qualquer poder, comprometendo-se à evolução histórica do país."[30]

---

ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

[28] **CRFB/1988 – Art. 84**. Compete privativamente ao Presidente da República:
XXVI - editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62;

[29] HAMILTON, Alexander. JAY, John. MADISON, James. **O Federalista**. 2ª ed. Campinas: Russel Editores, 2005. p. 302.

[30] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1**. 2. ed. revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, v. I. p. 543

Não obstante, o ponto mais relevante a ser destacado é que as idéias de Montesquieu fazem parte de um dado contexto, isto é, a divisão das funções estatais propugnada por ele encontra azo num período histórico em específico: o liberalismo. É o chamado Estado Mínimo ou Estado Polícia, que exige do mesmo funções básicas de não intervenção, proteção da propriedade privada e cumprimento dos contratos. Este tipo de Estado se compromete com apenas uma dimensão dos direitos fundamentais, isto é, aquela que se ocupada daqueles direitos que se convencionou chamar de "Direitos Negativos".

Entretanto, com o advento do Estado de Bem Estar Social, ou *Welfare State*, o Estado foi chamado a desempenhar de maneira proativa outras funções. A liberdade tão somente se mostrou insuficiente para apaziguar os ânimos sociais na medida em que a liberdade sem a igualdade gerava cenários de revolta popular.

Estas duas formas de conceber a atuação estatal constituem, respectivamente, na "primeira" e na "segunda" gerações de direitos humanos. A primeira geração detém matizes individualistas e pode ser caracterizada da seguinte forma:

> "...os direitos do homem da primeira geração caracterizam-se por um traço comum: são liberdades reivindicadas ‹‹contra›› ou ‹‹face›› ao Estado; com efeito, como se trata de preservar para o indivíduo um espaço de liberdade agora especificado, pode-se dizer que, num sentido essencial (mas não, como veremos, em todos os sentidos), se pede ao Estado que limite o seu poder, que ‹‹fique à porta›› do círculo reservado à autonomia do indivíduo. Em resumo, essas liberdades são aquilo a que os Anglo-Saxões chamam ‹‹*freedoms from*››: elas implicam uma emancipação da (*from*) dominação estatal (o arbítrio do Princípio, o intervencionismo no domínio das liberdades de circulação, de consciência, etc.)."[31]

Em contrapartida, os direitos do homem de segunda geração não são individualistas, mas sim sociais. Exigem, portanto, rompimento da inércia estatal a fim de resolver os males da comunidade:

> "Muito diferentemente é o que acontece com os chamados direitos do homem da *segunda geração*. Nesse caso, os *freedom from* transforma-se em *freedom to*: em vez de reclamar uma não-intervenção do Estado, pede-se a sua intervenção; no lugar de uma abstenção, exige-se uma prestação. Tais direitos, ditos económicos, sociais e culturais, são os seguintes: direito à saúde, à educação, ao trabalho, à segurança social, a um nível de vida decente, etc."[32]

---

[31] HAARSCHER, Guy. **A Filosofia dos Direitos do Homem**. Lisboa: Instituto Piaget, 1993. p. 47.
[32] *Ibidem*, pg. 48.

Com efeito, neste segundo contexto, a engenharia institucional de Montesquieu não guarda exata adequação com este segundo fim, pois, se o Estado é chamado a promover o bem estar social, então ele também é chamado a administrar. Logo, a lei em sentido formal, produto de deliberação por representantes do povo, não encontra aplicabilidade imediata. Assim dá-se em razão dos próprios representantes do povo e do próprio processo deliberativo, pois aqueles não detêm necessariamente o conhecimento técnico necessário para efetivar uma administração capaz e este comporta meandros deliberativos que lhe removem a dinamicidade necessária.

Ou, dito de outra maneira, o legislador, em certas áreas, é tão inconsciente quanto o cidadão, com o inconveniente de que sua inconsciência tem força de lei.

Enfim, a resposta encontrada foi possibilitar ao Executivo atuar normativamente também. Trata-se de um imperativo lógico: quem quer os fins, quer os meios. Mudando-se os fins, os meios hão de se adequar.

A leitura da separação dos poderes, portanto, não se faz aquém do contexto em que se vive nem dos fins esperados do Estado. Num modelo de Estado Regulador, há que se levar em consideração a atuação normativa do Estado. Como corolários, há que se pensar mais em "equilíbrio" do que propriamente em "independência" entre os entes, tomando como foco não o aspecto subjetivo, mas sim o aspecto material da atividade desempenhada.

Quanto ao tema, Clémerson Merlin Clève traz à baila dois grandes expoentes da teoria política do século XX, que abordaram de maneira percuciente a temática da separação de poderes e denotam a atualidade do assunto. Em primeiro lugar, Charles Eisenmann:

> "Outros como Charles Eisemann não criticam a teoria, mas a dogmática interpretação produzida pela doutrina constitucional clássica. Aliás, assevera que em *De L'esprit des lois* não há uma teoria da separação, mas sim uma teoria da divisão e da cooperação entre os poderes, pois ocorrem interferências de poder para poder, além do fato de não haver uma única função que tenha sido, com exclusividade, atribuída a um único órgão ou autoridade, ao contrário do sustentado pela doutrina constitucional clássica."[33]

E, em complemento, Loewenstein:

[33] CLÈVE, Clemerson Merlin. **A Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 33.

> Para Loewenstein, o princípio da separação das funções estatais e sua distribuição entre diferentes órgãos 'nem é essencial para o exercício do poder político, nem representa uma verdade evidente e válida para todo o tempo'. O nascimento dessa técnica de contenção do poder foi determinado pelo tempo e pelas circunstâncias como um pretexto contra o absolutismo dos séculos XVII e XVIII. Por isso que 'o liberalismo constitucional identificou a liberdade individual com a separação dos poderes'. Mas, se foi importante no momento em que passou a ser aplicada, hoje, perde todo sentido, estranhando o jurista o fato de as Constituições européias promulgadas após a 2ª Guerra Mundial continuarem fiéis ao, segundo ele, velho e ultrapassado princípio. Para Lowenstein, esse apego ao dogma talvez se deva ao fato de a teoria política não ter ainda elaborado uma nova confirmação do poder.[34]

Antes de se tratar de divagações teóricas, os apontamentos feitos neste tópico constituem substrato fundamental para a atuação das agências independentes, que, por vezes, findam por limitar inclusive a liberdade negativa dos cidadãos. O cerne da teoria dos poderes reside, possivelmente, não numa independência asséptica destes, mas sim numa harmonia a ser mesurada e encontrada num cenário histórico-político – e jamais numa projeção abstrata.

1.3 CONCEITUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A literatura especializada apresenta diversos conceitos e definições acerca do instituto jurídico das agências reguladoras. Guiamo-nos por dois autores que o fazem de maneira próxima: "...as agências reguladoras são *autarquias sob regime especial*, ultimamente criadas com a finalidade de disciplinar e controlar certas atividades"[35] e "Agências reguladoras são autarquias com autonomia qualificada frente à Administração Direta, criadas para atuar no controle, fiscalização ou fomento de determinadores setores"[36].

Partindo destes conceitos como elementos essenciais desta investigação, e analisando-os, percebe-se que os elementos definidores das agências reguladoras são tripartites: (**i**) natureza autárquica; (**ii**) autonomia qualificada; (**iii**) ingerência sobre determinados setores. Nesse sentido, essencial examiná-los brevemente antes de avançar em nosso estudo.

---

[34] CLÈVE, **Atividade**..., 2011, p. 34.
[35] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 169-170.
[36] MAZZA, Alexandre. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 39.

Por **natureza autárquica**, entende-se que cada agente regulador é pessoa de direito público criada por lei – embora existam exceções no âmbito das agências reguladoras – que faz parte da Administração Indireta e que pode ser titular de interesses públicos[37].

Enquanto parte da Administração Indireta, as agências reguladoras nem se confundem ou se submetem com e aos entes da Administração Direta (Municípios, Estados e União), tratando-se, assim, de entes com **autonomia**.

Como a autonomia é elemento próprio de toda e qualquer autarquia[38], seja ela agência reguladora ou não, essencial acrescentar o termo "qualificada", a fim de que se possa compreender a agência reguladora como, enfim, uma autarquia com **autonomia qualificada**.

Esta segunda característica, por sua vez, faz emergir um ponto central deste estudo: o mandato certo dos dirigentes. Isto é, os dirigentes das agências reguladoras, após nomeados ou trespassado certo tempo de suas nomeações dependendo do caso, não são exoneráveis *ad nutum*.

Por fim, a característica da **ingerência** das agências reguladoras significa que estas, como se intui naturalmente, regulam determinada atividade, seja mediante uma função fiscalizatória, julgadora ou ainda normativa.

Como exemplos, cite-se, entre outras, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), a Agência Nacional de Petróleo (ANP) e a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). Com efeito, cada uma destas atua em campos específicos e possui o *status* de agência reguladora.

Findas as considerações conceituais acerca do objeto "agência reguladora", deve-se adentrar no exame do fenômeno jurídico.

---

[37] É o caso, por exemplo, da ANCINE (Agência Nacional do Cinema), criada através da Medida Provisória nº 2.228-1/2001, que se perpetuou em razão da EC nº 32/2001:
EC nº 32/2001 – Art. 2º As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

[38] **Decreto nº 200/1967 – Art. 5º** Para os fins desta lei, considera-se:
I - 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.

2 REGIME JURÍDICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Após o escrutínio do contexto em que se situa a temática das agências reguladoras, é dado entrar no estudo do regime jurídico destas. Este capítulo terá como finalidade esmiuçar o tratamento dispensado a estas figuras, tornando clara sua relevância para que, no próximo e final capítulo, sejam analisadas sob uma perspectiva crítica.

2.1 CLASSIFICAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A classificação das agências reguladoras é útil na compreensão de suas finalidades, pois diz respeito às suas atuações. Assim, o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que estas, mediante um critério de disciplina e controle, se dividem em cinco grupos[39].

Em primeiro lugar (**i**), destaque-se a agência reguladora de serviços públicos propriamente ditos. É o caso típico da ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica –, da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações –, da ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres e da ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil.

Em segundo lugar (**ii**), despontam as agências de atividade de fomento e fiscalização de atividade privada, sendo o caso da ANCINE – Agência Nacional do Cinema.

Em seguida (**iii**), encontra-se presente a agência de atividades de exercitáveis para promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, encontrando expressão apenas na ANP – Agência Nacional de Petróleo.

De outra sorte (**iv**), há as agências reguladoras que disciplinam as atividades que o Estado também protagoniza (e quando o fizer serão serviços públicos), mas que, paralelamente, são facultadas aos particulares. É o caso da ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária – e da ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar.

---

[39] MELLO, **Curso**..., 2010, p. 170-171.

E, por fim, (**v**) há a agência reguladora do *uso de bem público*. O bem público em comum é a água, tratando-se da ANA – Agência Nacional de Águas.

Há, entretanto, uma agência reguladora à parte, que deve ser referida de maneira específica, pois não possui a denominação de "agência": a Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Deve-se, aqui, evitar uma lógica nominalista, mas preocupar-se sim com a validade e a eficácia das normas dentro de nosso sistema jurídico. Destarte, é imperativo, de um ponto de vista científico, aceitar que se tome a CVM junto às demais agências reguladas, uma vez que a Lei nº. 10.411 de 2002 trouxe alterações significativas à Lei nº. 6.385/1976[40].

Aliás, a guiar-se por uma ótica nominalista, haver-se-ia de dizer que a Agência Brasileira de Inteligência – ABIN – estaria faria parte do mesmo grupo, muito embora seja um órgão da Administração Direta[41], e não propriamente uma autarquia da Administração Indireta.

Paralelamente a esta classificação, Alexandre Mazza[42] completa tracejando outros critérios de importância para esta disciplina.

Nesse sentido, pode-se, ainda, classificar as agências reguladoras entre **federais**, **estaduais** e **municipais** (ex.: ANATEL, Agência Estadual de Serviços Públicos Delegados do Estado do Rio Grande do Sul ou AGERGS, Agência Municipal de Regulação dos Serviços de Saneamento de Cachoeiro de Itapemirim); de **atuação especializada** (ANATEL) ou **genérica** (AGERGS); ou quanto à espécie legislativa utilizada para a criação, seja ela lei (ANATEL, ANEEL e ANVISA, por exemplo) ou **Medida Provisória** (ANCINE). Esta última situação – agência reguladora criada mediante medida provisória – se tornou possível em face do art. 2º da EC nº. 32/2001[43].

---

[40] **Lei nº. 10.411/2002 - Art. 1º** Os arts. 5º, 6º, 16 e 18 da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, passam a vigorar com a seguinte redação:
"Art. 5º É instituída a Comissão de Valores Mobiliários, entidade autárquica em regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, dotada de autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, e autonomia financeira e orçamentária."

[41] **Lei nº. 9.983/2000 – Art. 3º** Fica criada a Agência Brasileira de Inteligência - ABIN, órgão da Presidência da República, que, na posição de órgão central do Sistema Brasileiro de Inteligência, terá a seu cargo planejar, executar, coordenar, supervisionar e controlar as atividades de inteligência do País, obedecidas à política e às diretrizes superiormente traçadas nos termos desta Lei.

[42] MAZZA, **Agências**..., 2005, p. 76-77.

[43] **EC nº. 32/2001 - Art. 2º** As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

Por fim, há ainda as agências reguladoras que são referenciadas na Constituição da República, isto é, que o Poder Constituinte mencionou sem nomeá-las ou esmiuçar seus regimes jurídicos. É o caso da ANATEL e da ANP[44]. Observe-se, no entanto, que a Carta Magna faz menção a "órgãos reguladores" e não a "entes reguladores". Estes termos não se confundem, sendo que este, lido de maneira estritamente literal e não teleológica, daria a entender que tanto a ANATEL quanto a ANP não corresponderiam às disposições constitucionais, uma vez que são autarquias e não órgãos propriamente. Portanto, o termo "órgão"[45] deve ser lido, aqui, como "ente", uma vez que o Legislador tinha em mente era a função a ser desempenhada, a qual alcança melhores dimensões na hipótese de um ente autônomo.

2.2 PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

O poder normativo das agências reguladoras, ao lado de sua autonomia qualificada, constitui, seguramente, grande fonte de reflexões e controvérsias por parte da doutrina. Com efeito, o "ponto de tensão" referido acima tem origem aqui, pois, em função de seu déficit representativo, suscitam-se dúvidas quanto à viabilidade da atuação normativa, seus limites e alcances[46] num Estado Democrático.

Em outras palavras, o que se deve examinar nesta temática é a relação entre as agências reguladoras com o princípio da legalidade, cuja origem remonta ao Estado Liberal, mas que possui relevância em qualquer Estado Democrático de Direito até o presente momento.

---

[44] **CRFB/1988 – 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;
Art. 177, § 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.
§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:
III - a estrutura e atribuições do **órgão regulador** do monopólio da União;

[45] Órgãos, segundo a doutrina, são "unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado", não passando de simples repartições de atribuições. Logo, não possuem autonomia e restam subordinados por vínculo hierárquico, afastando-se da idéia de agência reguladora. MELLO, **Curso**..., 2010, p.. 140.

[46] "O verdadeiro problema com as agências reguladoras é o de se saber o que e até onde podem regular algo sem estar, com isto, invadindo competência legislativa". *Ibidem*, p. 172.

2.2.1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade é marco de suma importância na tradição jurídico-política ocidental. Sua essência é a de confinar o Estado numa esfera de atuações previsíveis e legítimas, evitando-se arbítrios. Procura-se tanto promover a legitimidade das normas, uma vez que elas são emanadas por representantes do povo democraticamente eleitos, bem como proteger o princípio da segurança jurídica, pois não é dado ao Estado o poder de emitir unilateralmente normas cogentes, surpreendendo os indivíduos.

Pode-se dizer, em suma, que, "quando o povo ou o governo obedecem a à lei, estão, o primeiro obedecendo a si mesmo e o segundo ao primeiro"[47]. A liberdade do povo é atingida na medida em que ele se torna autônomo, interpretando autonomia conforme sua etimologia (*autós*, si mesmo; *nómos*, norma), isto é, obedecer uma norma que o próprio sujeita dá a si mesmo.

De um ponto de vista histórico, o princípio da legalidade se manifestou em diversos momentos, sendo que um dos mais célebres foi, seguramente, o da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789[48]. Neste documento, fortemente influenciado pelos ideais iluministas e democráticos, a liberdade individual é eleita como valor axial da sociedade, erigindo o princípio da legalidade como meio para tanto.

Todavia, o contexto histórico-político na França Revolucionária certamente era distinto do que aquele com o qual nos deparamos hoje. Naquele primeiro momento histórico, o Estado era instado a "não agir" ou a proteger direitos fundamentais de primeira geração, assim entendidos como aqueles que limitam o Estado a fim de resguardar o indivíduo, defender a propriedade privada e assegurar o cumprimento dos contratos. Logo, o princípio da legalidade se manifestava mediante uma vinculação negativa dos particulares: *a priori*, tudo é permitido, exceto aquilo que fosse deliberado e decidido em lei. É, por se assim dizer, um Estado *guarda noturno*, que pressupõe a harmonia intrínseca dos indivíduos.

---

[47] ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1985. p. 96.

[48] **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – Art. 4.º** A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. **Estes limites apenas podem ser determinados pela lei**.
Art. 5.º A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. **Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene**. Disponível em <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 10.10.2011.

Não obstante, o princípio da legalidade visto sob esta ótica comporta discussões doutrinárias.

De acordo com Eros Grau[49], por exemplo, o termo "lei", no art. 5º, II[50] da Constituição da República deve ser lida de maneira abrangente, isto é, em termos relativos e não absolutos, pois o mesmo documento reitera a exigência de previsão legal em mais de uma vez[51], sendo certo entender que, a menos que a Carta Magna tenha adotado disposições desnecessárias, o Poder Executivo poderia estipular normas.

Em contrapartida, há aqueles que defendam posicionamento diametralmente oposto:

> "Note-se que o preceptivo não diz 'decreto', 'regulamento', 'portaria', 'resolução' ou quejandos. Exige *lei* para que o Poder Público possa impor obrigações aos administrados. É que a Constituição brasileira, seguindo tradição já antiga, firmada por suas antecedentes republicanas, não quis tolerar que o Executivo, valendo-se de regulamento, pudesse, por sim mesmo, interferir com a liberdade ou a propriedade das pessoas."[52]

Por outro lado, se o princípio da legalidade foi concebido com a finalidade de proteger a liberdade individual da pessoa, não nos encontramos hoje no mesmo contexto que o da França Revolucionária. Exige-se, atualmente, mais do que simples respeito à esfera íntima do indivíduo, mas também que o Estado atue de maneira proativa para perseguir determinados fins sociais e econômicos a fim de melhorar a vida de seus cidadãos.

Logo, se o Estado é chamado a "agir" em determinadas situações (prestações sociais mínimas) e não apenas a "não agir" (liberdades individuais), como vincular sua atuação? Positivamente se diria num Estado Democrático de Direito.

A vinculação positiva se contrapõe à negativa na medida em que só permite à Administração Pública fazer aquilo que resta previsto em lei. Ou seja, não

---

[49] GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 8 ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 242.

[50] **CRFB/1988 – Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

[51] **CRFB/1988 – Art. 5º, XXXIX** - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;
Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

[52] Celso Antônio, **Curso**..., pgs. 344-345

basta ao Administrador Público não violar leis (*contra legem*): ele deve agir segundo elas (*secundum legem*) e apenas segundo elas (vedando-se atuações *praeter legem*). Em outros termos, a liberdade é um dado natural para o ser humano, enquanto que não o é para o Estado, pois é um ser abstrato. Sob certa ótica, seria até mesmo equivocado aferir que lei limita a atividade da Administração Pública, pois a lei desempenha papel mais relevante ainda: constrói a sua extensão.

Desta maneira, os potenciais abusos por parte do ente estatal são evitados, uma vez que ele não poderia se esconder sob o manto do "bem comum" ou do "interesse público", os quais devem ser deliberados democraticamente apenas e jamais de maneira conveniente e unilateral caso a caso pelo administrador – conduta que a história já demonstrou configurar fórmula inequívoca para prática de abusos e violações de direitos, em especial nos regimes totalitários do século XX.

A doutrina, por sua vez, convencionou denominar tais "vinculações" – negativa e positiva – de (sub)princípios da "primazia" e da "reserva" de lei respectivamente[53].

Ademais, tais conquistas não foram ignoradas na confecção da Constituição da República, e podemos identificá-las no art. 5º, inciso II (vinculação negativa do particular) bem como no art. 37 (vinculação positiva do Ente Administrativo), que já foi citado.

A título de complementação, ainda, deve-se aferir que a Administração Pública se encontra vinculada efetivamente não à legalidade formal propriamente dita, mas sim ao Direito. O devido é falar em bloco de juridicidade e não de legalidade: a Administração Pública se subordina à lei formalmente falando, mas também aos atos normativos por ela emitidos e aos princípios gerais de direito. Vale dizer que o Administrador não pode aplicar friamente a lei a despeito das configurações que ela venha a adquirir num caso concreto.

Com isso, cria-se o dever jurídico para a Administração Pública de observar certos ditames e valores. Logo, por exemplo, não pode a mesma conferir uma interpretação específica a um dado dispositivo legal e, após, mudar de posicionamento interpretativo – mesmo que de maneira razoável para corrigir um

[53] MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. 14 ed. rev., ampl. e compl. Barueri, SP: Manole, 2006. p. 121-122.

equívoco – sem antes noticiar tal mudança[54]. Há, por se assim dizer, um plexo de princípios e valores que não se encontram necessariamente explícitos num texto normativo, mas que encontram respaldo na essência íntima de um Estado Democrático de Direito.

Todavia, em que peses estes apontamentos, o estudo do princípio da legalidade é apenas parte do que há de ser examinado no poder normativo das agências reguladoras, pois é essencial delimitar até que ponto o poder normativo do Executivo pode ir para que aquele não seja tangenciado, uma vez que tal poder não se exaure em medidas provisórias ou leis delegadas.

2.2.2 DA COMPETÊNCIA REGULAMENTAR

Falou-se até o presente momento em agências reguladoras, mas não em regulamento. Este conceito remonta ao termo "regulamentação", o qual não se confunde em absoluto com a idéia de "regulação", uma vez que o primeiro é conceito econômico e o segundo, jurídico[55].

No que se refere à regulação, esta se manifestas duas maneiras distintas: "auto-regulação" e "hetero-regulação" estatal. A primeira importa numa defesa de interesses promovida por segmentos da própria sociedade:

> "Destarte, na auto-regulação, segmentos da população, organizados de forma de associações diversas, exercem um tipo de representação da sociedade, à medida que seus interesses difusos e coletivos são promovidos e defendidos tanto contra a ação de infratores privados quanto contrato a ação antagônica do próprio Estado (que não assume com exclusividade o controle e o perfil do que deve entender-se por interesse público)[56].
> (...)

---

[54] **Lei 9.784/1999 – Art. 2º, Parágrafo único.** Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:
XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

[55] "Cumpre frisar que não cabe confundir a *regulação*, que é um conceito econômico, com a *regulamentação*, que é um conceito jurídico (político). Aquela é sujeita a critérios técnicos, que tanto podem ser definidos por agentes estatais (envolvendo a Teoria da Escolha Pública) preferencialmente dotados de independência (para fazer valer o juízo técnico sobre o político), como pelos próprios agentes regulados (*auto-regulação*)". SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 46.

[56] *Ibidem*, p. 47.

A segunda, por sua vez, não é efetuada pela própria sociedade, mas sim pelo Estado:

> "Já a regulação estatal é uma intervenção na liberdade econômica, com vistas à eficiente implementação de uma política pública de bem estar coletivo, e dela resulta um custo."[57]

Por outro lado, no que se refere à regulamentação, há que se conceber que o legislador, quando cria as leis, não necessariamente as faz de maneira detalhada, isto é, passíveis de serem imediatamente executadas. Esse fenômeno decorre em função da pouca densidade normativa ocasionada por uma igual falta de preenchimento de detalhes técnicos, função esta melhor desempenhada pelo Poder Executivo. Este emite atos normativos, devendo-se analisar que tipos de regulamento nosso ordenamento jurídico comporta. As razões apontadas para tanto são, geralmente, a falta de *expertise* técnica do legislador e a mutabilidade crescente da sociedade causada por expressivas transformações da pós-modernidade, como a globalização – ou mundialização no jargão de alguns – e o progresso científico.

Em suma, é possível conceituar regulamento jurídico como "uma *norma jurídica produzida por um órgão executivo*"[58].

Pois bem.

Com base nestas lições, a doutrina faz distinção entre quatro espécies de regulamentos[59].

Em primeiro lugar, há os chamados *regulamentos executivos*[60] ou *de execução*, que têm por fim promover o *desenvolvimento* da lei a fim de que seja possível executá-la[61]. Eles estão, portanto, "vinculados" a uma lei preexistente, possuindo o menor grau de autonomia possível dentre os demais tipos.

Em segundo, há os chamados *regulamentos delegados*[62]. Trata-se de fenômeno que ocorre em razão de delegação legislativa para que o Poder Executivo inove unilateralmente na ordem jurídica, no qual o legislador se desincumbe de sua

---

[57] SOUTO, **Direito Administrativo Regulatório**, 2005, p. 47.
[58] MAURER, **Direito Administrativo**..., 2006, p. 389.
[59] GRAU, **O Direito Posto**..., 2011, p. 240-241.
[60] Idem
[61] **CRFB/1988 – Art. 84**. Compete privativamente ao Presidente da República:
IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;
[62] GRAU, *op. cit.*, p. 241.

tarefa normativa atribuindo ao Administrador competência nomogênica. E o faz sem estabelecer critérios legais limitadores.

Aqui, não há que se confundir *regulamento delegado* com lei delegada – pois lei delegada lei é – ou ainda com a medida provisória, que é ato "com força de lei[63] e que deverá ser apreciado pelo Congresso Nacional. Assim, seus contornos estão dados nas hipóteses estritamente previstas na Constituição[64].

Em seguida, há os *regulamentos autônomos* ou *independentes*[65], que se distanciam dos anteriormente previstos. Decorrem do exercício de prerrogativa normativa do Poder Executivo e não voltam a desenvolver uma lei, isto é, não dependem de uma lei preexistente – daí sua autonomia. Cabível dizer que a maioria da doutrina sustenta inexistir em nosso ordenamento jurídico tais regulamentos, com exceção de uma única hipótese constitucionalmente prevista, mas que não guarda grandes complexidades visto não repercutir em aumento de gastos públicos[66].

E, por fim, há os *regulamentos de urgência*[67], que só possuem vez em situações excepcionais, de verdadeiro *estado de necessidade* ou *de emergência*, quando outras medidas não seriam razoáveis. São, por se assim dizer, normas primárias.

Desta leitura, visualiza-se que as três primeiras espécies detêm pertinência no estudo das agências reguladoras, pois, evidentemente, não há que se concluir que a intervenção do Estado *sobre* a economia se dê de forma excepcional ou em situações de calamidade pública.

À luz destas informações, pode-se fazer a seguinte indagação: qual a relevância destes apontamentos para as agências reguladoras? Não é uma resposta

---

[63] **CRFB/1988** – **Art. 62**. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, **com força de lei**, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

[64] **CRFB/1988 – Art. 68**. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.
§ 1º - Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:
I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;
III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

[65] GRAU, **O Direito Posto**..., 2011, p. 241.

[66] **CRFB/1988 – Art. 84**. Compete privativamente ao Presidente da República:
VI - dispor, mediante decreto, sobre:
a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

[67] GRAU, *op. cit.*, p. 241.

fácil em todos os aspectos, uma vez que a doutrina varia – e muito – no tocante ao poder normativo das agências reguladoras[68].

No presente trabalho este problema não será tangenciado. A teoria a qual será seguida aqui é, diga-se desde já, a que define o poder normativo das agências reguladoras como **poder regulamentar executivo com fundamento no poder discricionário**.

Reitere-se: não se está a tratar de um tema pacífico sob qualquer ângulo, seja em razão de seu ineditismo ou ainda em virtude das intricadas indagações de ordem prática que carecem de resposta. Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, rejeita o caminho aqui seguido, pois o poder regulamentador seria privativo do Presidente da República forte no art. 84, IV da Constituição da República, a ponto de conceituar o regulamento 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 da lei*** *cuja aplicação demande atuação da Administração Pública."*[69]

Em que pese a visão do mestre paulista, no presente trabalho opta-se por uma segunda vertente doutrinária, isto é, aquela que enxerga a possibilidade de uma autarquia possuir competência regulamentar.

Não haveria, como podem pensar alguns, violação ao princípio da separação de poderes em razão da criação da autarquia estar submetida à edição de lei. Esta tese é superada, uma vez que é o próprio Presidente da República quem detém competência privativa para a criação das agências reguladoras[70]. Logo, é impossível para o Legislativo interferir no Executivo neste ponto: a ele resta apenas aprovar ou não o projeto de lei que já foi deliberado pelo próprio Chefe do Poder Executivo. É esta a conclusão alcançada por Marçal Justen Filho[71].

---

[68] "As vertentes doutrinárias são tão variadas quanto ao tema ao ponto de se afirmar que "A doutrina brasileira peca pela multiplicidade de opiniões doutrinárias, a ponto de poder-se afirmar, sem de estar muito longe da verdade, que não existem dois autores com posicionamento muito próximos. Existe proximidade quanto à admissão ou negativa da função reguladora das agências. Mas não existe qualquer uniformidade quanto à fundamentação". DI PIETRO, Limites..., 2004. p. 41.

[69] Celso Antônio, **Curso**... , 2010, p. 343.

[70] **CRFB/1988 Art. 61 § 1º** - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:
a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;
c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;
e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI

[71] JUSTEN FILHO, **O Direito das**..., 2002, p. 521.

A par destas informações, a doutrina brasileira em sua maioria entende como cabível apenas o regulamento de execução[72] (art. 84, IV da Constituição da República), pois inexiste previsão para os regulamentos autônomos na Carta Magna – exceto no caso específico do art. 84, VI – bem como a delegação seria vedada por uma razão de separação de poderes e competência constitucional.

Poder-se-ia dizer a Constituição da República de 88 não reiterou a EC 01/1969[73] - muito embora o art. 25, I das ADCT[74] ataque fortemente as delegações pretéritas – a fim de sustentar a possibilidade de regulamentos delegados, mas isto não impede que se sustente a impossibilidade da delegação de poderes sob o axioma anteriormente citado: *delegate potestas non potest delegari*. Hipótese contrária levaria em violação ao princípio da separação dos poderes e à Constituição da República, na medida em que poderia haver a concentração um ou mais poderes nas mãos de um só agente.

O tema, como se vê, é tormentoso mesmo dentro da doutrina, mas sugere-se, aqui, concepção que auxilia na organização do pensamento: (**a**) fins, (**b**) meios e (**c**) critérios para o controle dos meios empregados. Esta divisão significa que o poder normativo do agente regulador deve ser interpretado mediante estes três elementos, isto é, ele é um ente que (**a**) persegue fins, (**b**) através de meios expressos em lei, que (**c**) são parametrizados por esta.

Esta concepção exige uma explanação.

2.2.2.1 DOS REGULAMENTOS AUTÔNOMOS

Suponha-se uma agência reguladora criada com o fim legalmente previsto de "promover a saúde", calando-se em relação ao "como" fazê-lo, isto é, omitindo-se

---

[72] "A doutrina nacional sustenta que, entre nós, o sistema constitucional vigente só admite a existência dos *regulamentos de execução.* GRAU, **O Direito Posto**..., 2011, pg. 241.

[73] **EC 1/1969 Art. 6º** São Podêres da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.
Parágrafo único. Salvo as exceções previstas nesta Constituição**, é vedado a qualquer dos Podêres delegar atribuições**; quem fôr investido na função de um dêles não poderá exercer a de outro.

[74] **ADCT** – **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;

em relação aos meios a serem devidamente empregados. Ou, ainda, com várias atribuições explícitas para um dado fim, tal qual "promover a saúde", mas sem jamais mencionar poder normativo abstrato algum.

Dentro de uma concepção puramente funcionalista, quem dá os fins dá os meios – mesmo que estes permaneçam não-expressos ou implícitos. Se aos olhos dos dirigentes desta agência reguladora hipotética houver necessidade real e efetiva de emanar um ato normativo abstrato a fim de promover o fim legalmente configurado, este será regulamentar autônomo.

Todavia, conforme visto, a doutrina majoritária rejeita peremptoriamente a possibilidade de regulamento autônomo[75], excetuando-se a visão de Eros Grau, que o faz dirigindo-se ao Executivo, mas sem tratar especificamente das agências reguladoras. Grau adota uma perspectiva, por se assim dizer, "funcionalista", isto é, há metas a serem cumpridas, e, uma vez consideradas a interpenetrações entre mundo do ser (realidade) e mundo do dever-ser (esfera jurídica), pode-se extrair verdadeiras competência implícitas:

> "Os *regulamentos autônomos ou independentes* são emanados a partir de *atribuição implícita* do exercício de função normativa ao Executivo, definida no texto constitucional ou decorrente de sua estrutura. A sua emanação é indispensável à efetiva atuação do Executivo em relação a determinadas *matérias, definidas como de sua competência*.
> Verifica-se, portanto, no caso deles, *atribuição implícita* do exercício de função normativa na destinação de determinada competência ao Executivo. O exercício da função administrativa impõe, em certos casos, o exercício ancilar de função normativa. Exemplifico com o art. 21, XII, da CF de 1988, que assinala a competência da União – Executivo – para explorar determinados serviços públicos. Quando essa exploração se dá mediante autorização, permissão ou concessão, impõe-se a emanação de *regulamento autônomo* para regulamentar a exploração dos serviços. Outros exemplos encontraremos no incisos IX X e XX do art. 84, e seu parágrafo único, do texto constitucional."[76]

Perceba-se que, em nenhum momento, Grau cita as agências reguladoras, seja genérica ou especificamente. No entanto, fala em "Executivo" - e não em "Chefe do Poder Executivo" ou "Presidente" – e em "serviços públicos" – que, como visto, perfazem uma classe à parte das agências reguladoras (vg. ANEEL, ANATEL, ANAC).

Este posicionamento – poder regulamentar autônomo das agências reguladoras – pode, a bem da verdade, não ser tão heterodoxo quanto se imagina num primeiro momento, pois Grau, em dada oportunidade, rejeitou cabalmente a

[75] GRAU, **O Direito Posto**..., 2011, p. 241.
[76] *Ibidem*, p. 248.

autonomia destes entes. Para ele, a idéia de "auxiliares menores" não estarem sujeitos a demissões *ad nutum* configuraria numa "fraude ao povo" incompatível com o regime presidencialista e defensável somente por meio de "malabarismos intelectuais inadmissíveis"[77].

Dito em outras palavras, o poder regulamentar autônomo seria privativo do Chefe do Executivo – o qual, em nosso caso, goza de legitimidade representativa. Como conseqüência, entraríamos certamente na discussão da viabilidade deste poder normativo, mas a tensão analisada neste estudo – poder normativo das agências reguladoras e déficit representativo – se esvaneceria.

Data venia, discordamos do ilustre professor.

A nosso ver a Lei Maior estabeleceu vários fins sócio-econômicos dignos de serem atingidos, bem como meios para tanto. Se o Poder Constituinte – seja Derivado ou Originário – estabeleceu fins *e* meios é porque entendeu que estes fins eram importantes dentro de nossa sociedade bem como que os meios postos eram proporcionais e suficientes para tanto. Não há falar, portanto, em competência implícita a ensejar regulamentos autônomos. Todavia, o que se pode e deve admitir sempre é interpretar os meios postos pela Constituição Federal de forma que sejam o mais compatíveis com os fins, mas aí é uma questão de interpretação de competências explícitas e não de "competências implícitas".

Alia-se ao posicionamento adotado neste trabalho o fato de que o STF se recusa a analisar a constitucionalidade de regulamento que ultrapassa o texto de lei, justamente porque este delimita aquele:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - REGULAMENTO DOS SERVIÇOS LIMITADOS DE TELECOMUNICAÇÕES - DECRETO N. 177/91 - ATO DE NATUREZA MERAMENTE REGULAMENTAR - DESCABIMENTO DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE - AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA. ATO REGULAMENTAR - DESCABIMENTO DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.
> **As resoluções editadas pelo Poder Público, que veiculam regras de conteúdo meramente regulamentar, não se submetem à jurisdição constitucional de controle in abstracto, pois tais atos estatais têm por finalidade, em última análise, viabilizar, de modo direto e imediato, a própria execução da lei**.
> (...)
> **O Supremo Tribunal Federal não está condicionado, no desempenho de sua atividade jurisdicional, pelas razões de ordem jurídica invocadas como suporte da pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor da ação direta**. Tal circunstância, no entanto, não suprime à parte o dever processual de motivar o pedido e de identificar, na

[77] GRAU, Eros Roberto. As agências, essas repartições públicas. *In*. SALOMÃO FILHO, Calixto (Coor.) **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo; Malheiros, p. 27-28.

> Constituição, em obséquio ao princípio da especificação das normas, os dispositivos alegadamente violados pelo ato normativo que pretende impugnar. Impõe-se ao autor, no processo de controle concentrado de constitucionalidade, sob pena de não-conhecimento da ação direta, indicar as normas de referência - que são aquelas inerentes ao ordenamento constitucional e que se revestem, por isso mesmo, de parametricidade - em ordem a viabilizar a aferição da conformidade vertical dos atos normativos infraconstitucionais.[78]

Conclui-se, portanto, que a única hipótese constitucionalmente válida de regulamento autônomo é aquela supracitada do art. 84, inciso VI da Constituição Federal. Quanto à autonomia dos dirigentes das agências reguladoras, a mesma não se demonstra tão radical, uma vez que se entenda que o poder regulamentar não será autônomo dentro da visão aqui abordada.

Importante mencionar, ainda, os regulamentos podem ser divididos entre externos e internos, sendo que nestes os efeitos se manifestam sob a Administração, de tal forma que haveria um maior grau de autonomia frente à lei:

> "Podemos definir os regulamentos internos como os que, vinculando, em princípio, apenas no âmbito interior da Administração, visam estruturar serviços e órgãos internos, disciplinar a sua actividade ou funcionamento, e regular o comportamento, os direitos e deveres relativos à ‹‹relação de serviço››, dos agentes administrativos e outras pessoas inseridas em relações jurídico-administrativas ‹‹especiais››.
> Tais regulamentos, de inegável carácter *jurídico*, são, no fundo, de duas espécies: ou ‹‹regulamentos de organização››. ou de ‹‹direcção››.. Fundam-se num poder administrativo próprio ou originário de auto-organização ou de direcção. Quer dizer, não necessitam, para serem editados legitimamente, de expressas e imediatas habilitações legais."[79]

Reitere-se, todavia, que, conforme o visto, a hipótese de regulamento a ser adotada que prescinde de suporte legal é aquela do art. 84, inciso VI da Carta Magna.

2.2.2.2 DO REGULAMENTO DELEGADO

Em seguida, cogite-se a hipótese de uma autarquia reguladora independente com competência delegada. A lei instituidora deste ente irá prever (a) fins e (b) meios, mas <u>não</u> (c) critérios no domínio destes. É o caso, por exemplo, de

---

[78] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 561 MC/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. 1995. Disponível em <www.stf.jus.br/>. Acesso em 24.10.2011.
[79] ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Sobre os Regulamentos Administrativos e o Princípio da Legalidade**. Coimbra: Almedina, 1987. p.118

uma lei que diga que determinada agência irá (a) promover e defender a saúde da população ao (b) editar normas ou regulamentos para certos setores.

E é nesse ponto que se deve focar: "edição de normas regulamentares". Esta expressão é, no mínimo, lacônica. Sim, "normas regulamentares", mas normas regulamentares postas dentro de que padrão e *standard*? Neste caso, a lei silenciou-se em vez de fixar critérios, tais como "estabelecer normas e padrões sobre limites de contaminantes, resíduos tóxicos, desinfetantes, metais pesados e outros que envolvam risco à saúde"[80]

Se a lei fixar tão somente "meios", isto é, fixar poder normativo sem mencionar *standard* algum, tudo que restará ao aplicador do Direito é aplicar um exame de proporcionalidade entre o meio e o fim objetivado, mas isso seria alçar o regulador à posição de legislador, promovendo a deslegalização do Direito. É um caminho que não se guia pela nossa tradição jurídica, no qual a lei não estabelece uma "moldura" dentro da qual o regulador vai atuar.

E, justamente, esse é o posicionamento de Diogo de Figueiredo de Moreira Neto, para quem as agências reguladoras devem se caracterizam

> "pelo exercício da *função reguladora*, outorgada pelo Legislativo através da *deslegalização* parcial da matéria, de modo a que elas possuam instituir um regramento *sublegal*, *derivado* e *autonômico* (*função normativa*) para o setor, além de geri-lo (função administrativa) e de arbitrar conflitos de interesses sob sua competência (*função parajudicial*)[81].

Este posicionamento, *data venia*, encontra-se equivocado, pois a Constituição Federal tratou explicitamente da competência para emitir normas originárias de forma delegada quando estipulou a hipótese da lei delegada. Se o Poder Constituinte quisesse ter disciplinado forma alternativa, assim teria feito, mas não o fez. Em outras palavras: *delegate potestas non potest delegari*.

O que se nota importante aqui é tomar cuidado máximo para não se inspirar em exemplos estrangeiros sem considerar as diferenças existentes entre os ordenamentos jurídicos. Não se poder procurar inspiração, por exemplo, na experiência européia, uma vez que são pouquíssimos os Estados europeus com regime presidencialista, tais como o Chipre ou a Bielorrússia[82]. E, por óbvio, estes

---

[80] **Lei nº. 9.782/1999 - Art. 7º, IV**

[81] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial.** 15. ed. rev. refundida e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 289

[82] Constitution of the Republic of Cyprus. **Article 36** 1. The President of the Republic is the Head of the State and takes precedence over all persons in the Republic.

não tiveram a mesma influência em nosso sistema jurídico que França, Itália e Alemanha, por exemplo, tiveram.

Ora, num regime parlamentarista a competência de Chefe de Governo se concentra no Primeiro-Ministro, que, de regra, é nomeado pelo Chefe de Estado, mas somente após adquirir a confiança do Parlamento[83]. Por maior autonomia que uma agência reguladora tenha, ela estará ligada intimamente ao Poder Legislativo neste regime.

Em verdade, só há uma única referência possível no direito comparado a ser feito com relação à competência delegada em um país de regime presidencialista: os Estados Unidos. É no direito norte-americano que se deu origem à instituição da *agency* e é justamente neste país onde as agências reguladoras detêm poder normativo similar ao Legislador tanto sob uma ótica quantitativa quanto qualitativa[84].

Todavia, a República Federativa do Brasil não pode se nivelar no modelo americano de maneira simplória e acrítica, pois ambos não se encontram sob a mesma tradição constitucional.

Em primeiro lugar, trata-se de país pertencente à família jurídica da *common law*, enquanto que o Brasil pertence à tradição romano-germânica. Como conseqüência, este país vivencia um paradigma jurídico muito diverso do nosso, em especial no que se refere à posição primária do Judiciário enquanto fonte do Direito – legado de sua antiga metrópole, a Inglaterra.

Expressão significativa dessa diversidade de paradigma é o simples fato de que, na Constituição Americana, não se encontra o princípio da legalidade[85]! E, importante dizer, o princípio da legalidade não se encontra na Constituição

---

Article 46 The executive power is ensured by the President and the VicePresident of the Republic. http://www.kypros.org/Constitution/English/appendix_d_part_iii.html

Constitution of the Republic of Belarus. **Article 79.** The President of the Republic of Belarus shall be the Head of the State, the guarantor of the Constitution of the Republic of Belarus, the rights and freedoms of man and of the citizen.

Article 85. The President shall, on the basis of and in accordance with the Constitution, issue edicts and executive orders which are binding in the territory of the Republic of Belarus.

In instances provided by the Constitution the President shall issue decrees having the force of laws. The President shall directly or through specially formed bodies ensure execution of decrees, edicts and executive orders.

[83] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2003. pg. 583

[84] BARCELOS, Cristina. **O poder normativo das agências reguladoras no direito norte-americano e no direito brasileiro: um estudo comparado**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008, Porto Alegre, Dissertação de Mestrado. 2008. f 66

[85] Disponível em: <http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm> Acesso em 28.10.2011.

Americana seja na forma da legalidade propriamente dita ou na forma da legalidade estrita.

Não o bastante, a Constituição Americana não adentra no poder normativo delegado nem no poder regulamentar de execução do Executivo da mesma maneira que a Constituição Brasileira o faz. Daí, segundo alguns, a enorme importância da delegação legislativa naquele modelo[86]. Em verdade, a teoria moderna considera que se desenvolveu um "quarto poder" na sociedade americana, isto é, um "*administrative power*" confiado ao Presidente da República, o qual seria exercido por ele e em colaboração e controle de um grande número de comissões instituídas pelo Congresso[87].

Por derradeiro, Geraldo Ataliba há muito advertia da conduta frágil de procurar definir o poder regulamentar fora do ordenamento pátrio:

> "É muito importante notar que o regime jurídico dos decretos regulamentares só pode ser dessumido da Constituição. Todas as contribuições do direito comparado são inservíveis, porque essa competência, em cada estado, é regulada de um modo; em cada contexto tem uma dimensão. A divulgação inadvertida que aqui se tem feito da doutrina estrangeira só tem contribuído para baralhar os espíritos e fomentar os abusos, excessos e arbitrariedades do Estado."[88]

Findo este tópico, pode-se finalmente encaminhar para o poder regulamentar próprio das agências reguladoras.

2.2.2.3 DO REGULAMENTO EXECUTIVO

O único poder normativo abstrato válido que uma agência reguladora pode efetivamente exercer em nosso ordenamento jurídico é aquele que qualquer outra autarquia em geral pode ter: poder regulamentar executivo. Ou seja, os atos normativos abstratos devem sempre ter como finalidade garantir a "fiel execução" da lei (art. 84, IV da CFRB). Em qualquer outra hipótese a Administração Indireta estará fazendo às vezes do Legislador.

Nesse sentido, o poder normativo da agência reguladora é devido sempre que ele (a) visar um fim, adotando como meio para tanto a edição de (b) atos

---

[86] CLÈVE, **Atividade**..., 2011, p. 133.
[87] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. René David. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 504-505.
[88] ATALIBA, **República**..., 1985, p. 110-111.

normativos abstratos, mas que deverão sempre ter como baliza algum (c) critério legal. Na ausência de critério legal, não há limites, não há quadro onde o regulador poderá atuar, e o ato regulatório abstrato se revestirá das propriedades de uma norma originária.

Assim, o critério legal funciona como um "filtro": não é qualquer norma que tenha conexão com o tema que pode ser criada, mas somente aquela que se encaixe harmoniosamente dentro do parâmetro legalmente delineado. Na ausência deste, a autorização de competências normativas abstratas à agência reguladora constituiria verdadeiro "cheque em branco".

No entanto, em razão da importância, reitere-se: a controvérsia doutrinária é intensa. Causa confusão, por exemplo, o fato de que as diferentes leis que criam as agências reguladoras são heterogêneas no que se refere à densidade normativa[89]. Ou seja, por vezes as molduras legais são estritas e por vezes são amplas. Outras vezes, oportuno dizer, não se visualiza moldura legal alguma.

Poder-se-ia indagar como pode uma agência reguladora deter o poder regulamentar de execução, posição que, conforme o visto, é rejeitada por doutrinadores de escol tal qual Celso Antônio Bandeira de Mello. A resposta a esta indagação é dada por Marçal Justen Filho:

> "Por outro lado, há uma outra distinção relevante. A competência legiferante é de titularidade do Poder Legislativo – sua delegação representa uma solução extremamente relevante em face do princípio da separação dos poderes. A competência regulamentar é de competência do Chefe do Executivo e sua extensão envolve poderes políticos e jurídicos de menor relevo do que competência legiferante. Ora, não se justificaria que a Constituição permitisse a delegação da competência legiferante e vedasse a delegação da competência regulamentar. Se o Poder Legislativo é autorizado a delegar o poder de fazer leis, por que adotaria solução distinta para o poder regulamentar? Não há resposta para indagação dessa ordem. Mais ainda, a delegação legislativa envolve a transferência do exercício de competência para sujeito integrante de outro Poder. Já a delegação da competência regulamentar, da qual ora se cogita, envolve a delegação de atribuições no âmbito do próprio Poder Executivo."[90]

Por outro lado, não há que se pensar que a delegação regulamentar é operacionalizada mediante atuação legislativa, violando, assim, a harmonia entre os Poderes. Com efeito, a harmonia é devidamente preservada na medida em que as

---

[89] A título de exemplo, a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997), que criou a ANATEL, possui 216 artigos, enquanto que a Lei 9.427/1996, que criou a ANEEL, possui meros 35 artigos.
[90] JUSTEN FILHO, **O Direito das**..., 2002, p. 518-519.

leis criadoras de autarquias reguladoras não têm sua gênese no Poder Legislativo, mas sim no Poder Executivo[91].

É permitido, portanto, fazer uma distinção entre titularidade do poder regulamentar e seu exercício, o qual pode repousar nas mãos das agências reguladoras independentes sob exame.

Contrario senso, outras opções simplesmente não satisfazem os requisitos necessários. Existindo ato normativo abstrato emitido com base em lei por agência reguladora, o qual não pode jamais ser *contra* e *praeter legem*, mas tão somente *secundum* e *intra legem*, está-se diante do regulamento de execução. Teorias diversas não se coadunariam com o quadro antes exposto[92].

E, por derradeiro, não foi outro o entendimento atingido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIn 1.668/DF, que tinha por objeto declarar a inconstitucionalidade de vários dispositivos da Lei nº 9.472 de 1.997. Nesse feito, o STF deferiu apenas parte dos pedidos e firmou entendimento segundo o qual a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) deveria se submeter a "preceitos legais e regulamentares" previstos na mesma[93], posição que é adotada pelo resto da jurisprudência.

Tal poder regulamentar, por sua vez, deve ser exercido com base no poder de discricionariedade do administrador[94]. Este segundo instituto – a discricionariedade – detém contornos pacificados pela doutrina, e pode ser devidamente conceituado como:

> "O poder discricionário concerne ao lado da conseqüência jurídica de uma regulação legal. Ele está então dado, quando a administração, na realização de um tipo legal, pode escolher entre modos de conduta distintos. A lei não liga ao tipo *uma* conseqüência jurídica (como na administração legalmente vinculada), mas autoriza a administração para ela própria determinar a conseqüência jurídica, em que ou lhe são oferecidas duas ou mais possibilidades ou lhe é destinado um certo âmbito de atuação. O poder discricionário pode-se relacionar a isto, *se* a administração, no fundo, deve intervir e tornar-se ativa (poder discricionário de resolução) ou a isto, *qual*

---

[91] JUSTEN FILHO, **O Direito das**..., 2002, p. 519.

[92] Encontram-se textos mais antigos no mesmo sentido: "Êste é o ponto mais melindroso da regulamentação. É preciso que a lei não dê liberdade demasiada às Comissões, e também não leve o seu poder regulamentar ao ponto de emperrar a máquina ou dificultar o seu funcionamento, atendendo-se principalmente à variedade de condições, e também à evolução das condições de ordem econômica, técnica e social que orientam todo o regime". CAVALCANTI, Temístocles. Regulamentação dos Serviços de Utilidade Pública, **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 87, n. 38, p. 7-9, 1941. p. 8.

[93] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1668 MC/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio. 1998. Disponível em <www.stf.jus.br/>. Acesso em 24.10.2011.

[94] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Agência reguladora: legalidade e constitucionalidade. **Revista tributária e de finanças públicas**, São Paulo, ano 8, n. 35, p. 143-148, nov./dez.. 2000, p. 143

> das medidas possível e admissíveis no caso concreto deve ser tomada (poder discricionário de seleção).[95]

O poder discricionário é, portanto, uma "margem de liberdade" garantida ao Administrador (poder-meio para a consecução de seus fins). A relevância da abordagem desse instituto é imensa, pois não é devido partir de linhas positivistas que encarem de maneira determinística a atuação das agências reguladoras, enxergando na atuação delas uma única e plausível medida para os fins a serem adotados.

Se entendermos que a discricionariedade do regulador é "técnica" por agregar elementos técnico-científicos, há que se rejeitar, necessariamente, a idéia de que há, *a priori*, uma "redução a zero" na margem de liberdade da Administração. Alguns chegam a sustentar, portanto, que a regulação não poderia se revestir das propriedades da discricionariedade:

> "Não há discricionariedade, porque a regulação é um processo técnico (e não subjetivo), de ponderação dos custos e benefícios envolvidos num potencial ou eventual conflito de interesses. A busca do ponto ótimo, no qual se alcança o ponto de equilíbrio, não envolve escolhas segundo critérios de conveniência e oportunidade, mas segundo pautas técnicas. Logo, não há que se falar em quebra da tipicidade pela existência de subjetividade."[96]

Contrariamente, sustenta-se que a atividade do ente regulatório não constituiria nem delegação e nem poder discricionário, mas sim "*interpretação* de conceitos já contidos na *lei*"[97], isto é, atividade voltada para completar o significado da lei, tarefa que o legislador geralmente não desempenha suficientemente bem, seja em razão das vicissitudes técnicas pertinentes ao tema ou ainda das incessantes mutações de matiz socioeconômica e tecnológica.

Todavia, em que pesem os argumentos levantados, a conclusão é falaciosa. A proibição ou permissão de determinado produto, por exemplo, envolve um plexo nada insignificante de variáveis.

No caso específico do banimento das câmaras de bronzeamento referido *supra*, utilizou-se como argumento que as mesmas causavam câncer aos usuários. Mas não seria essa exatamente a causa de tantos outros produtos licitamente comercializados em nossa sociedade? O cigarro, por exemplo, é notoriamente

---

[95] MAURER, **Direito Administrativo**..., 2006, p. 143.
[96] SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo em Debate**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2004. . p. 281-282.
[97] *Ibidem*, p. 281.

conhecido pela suscetibilidade com que origina e desenvolve câncer em seus usuários. Deve-se proibi-lo? Não é, em absoluto, uma resposta puramente técnica. Cada produto, bom ou mau, está, de alguma forma ou de outra, entranhado na sociedade. O uso da nicotina para fins relaxantes, por mais deletério que possa ser, remonta a tempos pretéritos. Não apenas a sociedade se acostumou com o mesmo como ele representa efeitos positivos colaterais, como geração de emprego e arrecadação de tributos. É, por se assim dizer, um mal tolerável.

Por outro lado, se a atividade regulatória se esgotasse num esforço interpretativo pautado por critérios técnicos, os dirigentes das agências reguladoras não seriam indicados pelo Presidente da República, mas obteriam seus cargos mediante concurso público de provas e/ou títulos. Sim, a atuação das agências reguladoras deve enfrentar questionamentos de índole técnica e científica, mas isso não significa que se deva adotar como pressuposto consenso científico quanto a um dado fenômeno ou ainda a inexistência de custos para os envolvidos, que são requisitos cuja viabilidade é extremamente duvidosa.

E, exercendo o dito poder discricionário a fim de desenvolver normas gerais e abstratas, a própria Administração Indireta limitará a si própria, pois condicionará seu comportamento *ex ante*, devendo agir com isonomia e segurança jurídica, o que, na hipótese de mudança de atuação, acarretará motivação devidamente qualificada[98].

Por fim, questão que suscita enfrentamento é o de saber se a ANATEL e a ANP, por possuírem sede constitucional, não teriam poder normativo superior às demais agências reguladoras. No entanto, se os dispositivos constitucionais que prevêem as ditas agências reguladoras forem lidos naquilo que efetivamente resta ali previsto, não há como extrair tal conclusão, pois ambos silenciam em tal ponto. A obrigatoriedade que ali reside é o de se criar tais entes de finalidade regulatória, cuja atuação deverá ter a extensão permitida pela própria Constituição Federal, o que não poderia deixar de o ser.

Ante o exposto, conclui-se que o poder normativo abstrato das agências regulatórias independentes é regulamentar executivo com fundamento na discricionariedade.

---

[98] MAIOLINO, Eurico Zecchin. Discricionariedade, regulação e autolimitação, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº 909, p. 21-36, jul. 2011, p. 34.

2.3 AUTONOMIA QUALIFICADA DOS ENTES REGULADORES

As agências reguladoras, conforme o visto, possuem uma autonomia qualificada e que se destaca em comparação às demais autarquias. Esta autonomia foi atribuída àquelas no intuito de que desempenhassem suas funções de maneira livre e autônoma, impedindo assim que a sucessão de governos influísse negativamente na apreciação técnica das questões pertinentes, o que inviabilizaria continuidade de um projeto regulatório.

A importância dessa continuidade é sintomática quando considerados os setores para as quais as agências reguladoras são criadas: petróleo (ANP), energia elétrica (ANEEL), telecomunicações (ANATEL), aviação civil (ANAC) entre outras. São áreas visivelmente ligadas à infraestrutura econômica de um país, nas quais investimentos de grande porte e com retornos a longo prazo geralmente se fazem necessários, isto é, exatamente o tipo de investimento que é desestimulado por constantes alterações no plano político e jurídico. Nestas situações, dirigentes apolíticos e eqüidistantes no jogo de poderes se revelam ferramentas adequadas para garantir estabilidade e segurança.

Por outro lado, certo que as autarquias – gênero ao qual pertencem as agências reguladoras – possuem uma autonomia maior do que quando comparado aos aludidos órgãos, que são centros de competência despersonalizados[99]. Mas esta segunda autonomia não atende, ainda, ao propósito maior conferido às agências reguladoras, que é regular de maneira técnica e contínua

Exemplo marcante dessa independência é que, ao lado das leis específicas que versam sobre as agências reguladoras, a Lei nº 9.986/2000 fixou como regra geral[100] a possibilidade de perda de mandato dos dirigentes somente nos casos de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar. Dessa forma, inexistiria a possibilidade de demissão *ad nutum* forte no art. 84, II da Carta Magna[101], prerrogativa afirmada pelo Supremo

---

[99] "Órgãos são unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado. Por se tratar, tal como o próprio Estado, de entidades reais, porém abstratas (seres de razão), não têm nem vontade nem ação, no sentido de vida psíquica ou anímica próprias, que, estas, só os seres biológicos podem possuí-las. De fato, os órgãos não passam de simples repartições de atribuições, e nada mais. MELLO, **Curso**..., 2010, p. 140.

[100] **Lei nº 9.986/2000 – Art. 9º** Os Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.

[101] **CRFB/1988 – Art. 84**. Compete privativamente ao Presidente da República:

Tribunal Federal em pelo menos dois casos envolvendo a AGERGS (Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos do Estado do Rio Grande Do Sul):

> "Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos do Estado do Rio Grande do Sul (AGERGS). Insuficiência de relevo jurídico da oposição que se faz à sua autonomia perante o Chefe do Poder Executivo (CF, art. 84, II), dado que não se inclui na competência da Autarquia função política decisória ou planejadora sobre até onde e a que serviços estender a delegação do Estado, mas o encargo de prevenir e arbitrar segundo a lei os conflitos de interesses entre concessionários e usuários ou entre aqueles e o Poder concedente. Serviço de saneamento. Competência da Agência para regulá-los, em decorrência de convênio com os Municípios."[102]

> "I. Agências reguladoras de serviços públicos: natureza autárquica, quando suas funções não sejam confiadas por lei a entidade personalizada e não, à própria administração direta. II. Separação e independência dos Poderes: submissão à Assembléia Legislativa, por lei estadual, da escolha e da destituição, no curso do mandato, dos membros do Conselho Superior da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul - AGERGS: parâmetros federais impostos ao Estado-membro. 1. Diversamente dos textos constitucionais anteriores, na Constituição de 1988 - à vista da cláusula final de abertura do art. 52, III -, são válidas as normas legais, federais ou locais, que subordinam a nomeação dos dirigentes de autarquias ou fundações públicas à prévia aprovação do Senado Federal ou da Assembléia Legislativa: jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal. 2. Carece, pois, de plausibilidade a argüição de inconstitucionalidade, no caso, do condicionamento à aprovação prévia da Assembléia Legislativa da investidura dos conselheiros da agência reguladora questionada. 3. Diversamente, é inquestionável a relevância da alegação de incompatibilidade com o princípio fundamental da separação e independência dos poderes, sob o regime presidencialista, do art. 8º das leis locais, que outorga à Assembléia Legislativa o poder de destituição dos conselheiros da agência reguladora autárquica, antes do final do período da sua nomeação a termo. 4. **A investidura a termo - não impugnada e plenamente compatível com a natureza das funções das agências reguladoras - é, porém, incompatível com a demissão ad nutum pelo Poder Executivo: por isso, para conciliá-la com a suspensão cautelar da única forma de demissão prevista na lei - ou seja, a destituição por decisão da Assembléia Legislativa -, impõe-se explicitar que se suspende a eficácia do art. 8º dos diplomas estaduais referidos, sem prejuízo das restrições à demissibilidade dos conselheiros da agência sem justo motivo, pelo Governador do Estado, ou da superveniência de diferente legislação válida**. III. Ação direta de inconstitucionalidade: eficácia da suspensão cautelar da norma argüida de inconstitucional, que alcança, no caso, o dispositivo da lei primitiva, substancialmente idêntico. IV. Ação direta de inconstitucionalidade e impossibilidade jurídica do pedido: não se declara a inconstitucionalidade parcial quando haja inversão clara do sentido da lei, dado que não é permitido ao Poder Judiciário agir como legislador positivo: hipótese excepcional, contudo, em que se faculta a emenda da inicial para ampliar o objeto do pedido[103]."

II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;

[102] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.095 MC/RS**. Relator: Octavio Gallotti. 2000. Disponível em <www.stf.jus.br/>. Acesso em 01.11.2011

[103] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1949 MC/RS**. Relator: Sepúlveda Pertence. 1999. Disponível em <www.stf.jus.br/>. Acesso em 01.11.2011.

Ainda, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em obra monográfica sobre o tema, especifica a independência das agências reguladoras em quatro tipos, a saber: (a) independência políticas dos gestores; (b) a independência técnica dos gestores; (c) a independência normativa; e (d) a independência gerencial, financeira e orçamentária[104].

É evidente, no entanto, que a autonomia das agências reguladoras sofre temperamentos, sob pena de constituírem um quarto poder (*fourth branch*) a violar a Constituição Federal. Como exemplo, cite-se a competência exclusiva do Congresso Nacional de sustar seus atos que porventura extrapolem sua competência regulamentar bem como de fiscalizá-las e controlá-las[105]; ou, ainda, a possibilidade do Presidente da República de cortar as propostas orçamentárias propostas[106], apesar de, por exemplo, existirem taxas regulatórias[107].

Por fim, não há que se esquecer do inarredável e pétreo inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal[108], que sujeita as agências reguladoras ao controle judicial sempre que houver lesão ou ameaça a direito. Mesmo em se tratando de uma obviedade para o operador do direito brasileiro, no sistema americano, onde aflorou o fenômeno dos entes regulatórios autônomos, existem leis que vedam

---

[104] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 165.

[105] **CRFB/1988 – Art. 49**. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;
X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

[106] **CRFB/1988 – Art. 84.** Compete privativamente ao Presidente da República:
XXIII - enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição;

[107] **Lei nº 9.427/1996 – Art. 12.** É instituída a Taxa de Fiscalização de Serviços de Energia Elétrica, que será anual, diferenciada em função da modalidade e proporcional ao porte do serviço concedido, permitido ou autorizado, aí incluída a produção independente de energia elétrica e a autoprodução de energia.
Art. 13. A taxa anual de fiscalização será devida pelos concessionários, permissionários e autorizados a partir de 1º de janeiro de 1997, devendo ser recolhida diretamente à ANEEL, em duodécimos, na forma em que dispuser o regulamento desta Lei.

[108] **CRFB/1988 – Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

expressamente o reexame judicial em disputa (*statutory preclusion of judicial review*)[109].

[109] BARBOSA GOMES, Joaquim Benedito. Agências reguladoras: a metamorfose do Estado e da Democracia (uma reflexão de Direito Constitucional e Comparado), **Revista de Direito Constitucional e Internacional São Paulo**, ano 13, n. 50, p. 39-74, jan./mar.; p. 53.

3 ANÁLISE CRÍTICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A terceira parte do presente trabalho consiste num posicionamento crítico sobre o tema até então abordado, pois, enquanto fenômeno social, as agências reguladoras são relativamente recentes, e seu ineditismo confirma a imaturidade institucional com que o Brasil lida com o tema.

Esta última parte do trabalho, portanto, tratará de alguns temas pontuais, tais como a participação social na atuação regulatória e a qualificação dos dirigentes, que nem sempre corresponde ao esperado do cargo.

3.1 SITUAÇÃO ATUAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A autonomia e operacionalidade técnicas das agências reguladoras têm sido postas em cheque atualmente, visto que, às vezes, a realidade, seja ela política, social ou jurídica, não se encaixa devidamente com o ideal de um Estado Regulador. Em última instância, a relativização – para não dizer violação – dos preceitos que regem a regulação contribui para que a Administração não atinja o grau de eficiência esperado numa sociedade complexa.

Em primeiro lugar, é preciso dizer que a independência e a qualificação dos dirigentes das agências reguladoras nem sempre resta demonstrada efetivamente. Nesse sentido, dois relatos tocam sensivelmente no ponto.

Numa recente entrevista ao Editorial da Revista Veja, o ex-Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, um dos idealizadores das Agências Reguladoras, criticou a forma como os dirigentes vêm sendo nomeados:

> **“Seria algo parecido com um Banco Central independente?**
> ...isso. Pelo menos isto.
> ...Porque o governo atual nomeou para as...eu nomeei técnicos. Esse pessoal ia para o Senado e tinha mandato. Então tem uma força muito grande. Como era o começo, os setores políticos não perceberam a importância das coisas. Então eu tive uma enorme liberdade de nomear pessoas de caráter técnica [sic] para compor essas agências. Agora não. Agora está sendo objeto de barganha, de negociação. Ou sindical ou partidária. Então isso diminui a independência da agência. E além do mais...veja a questão do petróleo: na criação para o Pré-Sal, estão criando um sistema que ponha a ANP de lado. Criam uma outra empresa que é

> nomeada pelo Ministério da Minas e Energia, que na verdade é quem controlará o desempenho das operadoras no campo. Não é mais a ANP. (...) então, neste sentido, acho que houve um retrocesso institucional."[110]

Poder-se-ia dizer, com certa dose de razão, que não se pode absorver de maneira acrítica a opinião acima, pois o que um ex-político tem a dizer a sobre outro não é insuspeito. Todavia, alguns dados abaixo corroboram a respectiva visão.

Em segundo lugar, a realidade política brasileira apresenta problemas desconcertantes para o operador do Direito, o qual lida com a lei e a Constituição Federal. Tanto um quanto a outra constituem barreiras invioláveis à arbitrariedade da Administração, mas nem por isso "incontornáveis". Nelson Jobim, numa recente e certamente polêmica entrevista, demonstrou isso com vivacidade:

> "'Tínhamos dois problemas: a Infraero e a Agência da Aviação Civil', recordou. Dar um jeito na Infraero era relativamente fácil. Bastava demitir a diretoria e nomear novos gestores. Foi o que ele fez, imediatamente. Na Anac, a solução era mais complicada, pois os diretores tinham mandato. A saída, explicou, foi adotar o estilo do Partido Republicando do Rio Grande do Sul: fazer na marra. Começou a pressionar os diretores para que pedissem demissão. "Aquilo era muito desorganizado, cada diretor tinha uma agenda própria e não se falavam entre si", disse, enquanto rabiscava um papel, gesto que repete quando desenvolve um raciocínio.' Aquela que fumava charuto, lembra?', ele perguntou. Ela queria falar com Lula. Quando soube, Jobim ligou para o presidente. 'Presidente, não aceite. A crise da aviação está dentro do Palácio e a primeira coisa que temos que fazer é tirá-la daí. Deixa que eu resolvo'.[111]"

As mudanças de direção trazidas com base em pressão política, sejam elas para o melhor ou para o pior, não são dignas de um Estado Democrático de Direito, pois são à margem da lei e ao espírito da lei (*mens legis*). O meio mais adequado de restringir quem chefia uma agência reguladora é prévio, mas o critério pode, por vezes, ser mais político do que técnico.

Sob uma ótica sociológica, o cenário político brasileiro está repleto de homens "práticos", que enxergam mais fins do que meios. O problema óbvio – mas

---

[110] VEJA. **Fernando Henrique: o governo Lula transformou as agências reguladoras em instrumento de barganha política**. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/augusto-nunes/historia-em-imagens/fernando-henrique-o-governo-lula-transformou-as-agencias-reguladoras-em-instrumento-de-barganha-politica/>. Acesso em 10.11.2011.

[111] DIEGUES, Consuelo. Para toda obra. **Revista piauí**, Rio de Janeiro, ano 5, n. 59, p. 24-31, agosto. 2011. p. 26.

nem sempre mencionado – é que, numa sociedade plural e heterogênea, os "meios" são a única forma de proteção que o cidadão possui frente ao Estado.

No que diz respeito à autonomia financeira e orçamentária, ficou dito acima que as Agências Reguladoras são dotadas de instrumentos financeiros para obter receitas própria em razão dos serviços por ela prestados. Estes instrumentos, com a mais clara certeza, contribuem para o desempenho autônomo a apartidário, mas nem por isso são suficientes.

Ocorre que a Lei de Responsabilidade Fiscal autoriza o contingenciamento de recursos[112], sendo desnecessário dizer que o controle sobre orçamento das Agências Reguladoras é uma maneira bastante eficaz de enfraquecê-las, especialmente quando seus dirigentes forem nomeados por Presidente da República que não mais está no Governo.

Uma reportagem da Revista Época de novembro de 2008 ilustrou bem este fato. Restou noticiado que o Governo Federal bloqueara 1,5% do total de recursos previstos no Orçamento Federal para todas as atividades, enquanto que, no caso dos Entes Regulatórios, a proporção era significativamente maior: 77%. Não é difícil compreender como a política pode, mediante o controle de recursos, exercer sua influência em esferas apolíticas, especialmente quando este ou aquele dirigente não foram nomeados pelo Presidente em mandato.

Por fim, no que concerne à participação social, esta ainda precisa de melhoramentos. Não há um regramento geral sobre isso, sendo que cada instituição tem seus próprios mecanismos de participação social, os quais nem sempre são obrigatórios. Com efeito, esta é um das grandes críticas presente hoje no doutrina, o que é de se causar estranheza considerando que as experiências estrangeiras se pautam em um modelo contrário[113].

---

[112] **Lei Complementar nº 101/2000 – Art. 9º, 2º** Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias.

[113] "No Brasil, embora se tenha buscado a inspiração no modelo das agências norte-americanas, evidentemente não se copiou o procedimento de elaboração das normas pelas agências. Ressalvadas algumas leis esparsas que prevêem audiências públicas, consulta pública e instrumentos semelhantes (na maior parte dos casos sem caráter obrigatório), não existe a imposição, como regra geral, de participação do cidadão no processo de elaboração das normas baixadas pelas agências, o que contribui para retirar-lhes grande parte da legitimidade". DI PIETRO, Limites..., 2004, p. 35.

3.2 LEGITIMIDADE PROCEDIMENTAL

A legitimação das Agências Reguladoras dá-se diferentemente da legitimação dos membros do Poder Legislativo. No Estado Democrático de Direito, o povo governa a si mesmo mediante seus representantes eleitos por sufrágio universal. Há uma concepção antropológica que repercute na esfera política, que é a de enxergar os homens enquanto seres dotados de liberdade e igualdade, o que implica dizer que eles devem governar a si próprios. E é exatamente por causa disso que a legitimidade representativa é coerente com a legitimidade democrática, isto é, é coerente porque é compatível com esta concepção antropológica.

Os dirigentes das Agências Reguladoras, por outro lado, não possuem legitimidade representativa, sendo cabível perguntar se, em razão disso, possuem legitimidade democrática, isto é, se são compatíveis com uma visão de ser humano dotado de liberdade e igualdade. Em outras palavras, é preciso indagar se há alguma forma de exercer o poder numa democracia sem ser representante do povo.

A resposta a esta dúvida é seguramente sim.

Nos Estados Democráticos de Direito, há vários agentes que possuem poderes nada diminutos, tais como os Juízes, os quais estão longe de serem meros aplicadores da lei. Nesse sentido, quando o Magistrado exercita suas funções, desempenha a função de fonte do Direito. Nem por isso, todavia, a democracia é atingida, pois o que se espera do Juiz é imparcialidade, transparência e fundamentação no ato de julgar, e isso ocorre a despeito de um processo eleitoral.

A conclusão a que se deve chegar é que cada tipo de função guarda correspondência com um tipo de legitimidade. No caso da atividade política ou legislativa, a legitimidade é representativa porque o legislador deve atender aos anseios e necessidades da sociedade que representa mediante criação de leis; no caso do Juiz, a legitimidade é atestada mediante uma prova, pois o que se espera daquele é que tenha conhecimento jurídico para resolver casos concretos; no caso das Agências Reguladoras, a legitimidade é pelo procedimento.

A legitimidade do regulador é atestada mediante o procedimento, pois deve haver regras formais que garantam que o mesmo tomará a melhor decisão possível. Com razão, espera-se que a regulação sirva a uma opção política, a qual não pode ser feita pelo próprio regulador, mas apenas pelo legislador. Todavia, uma

vez feita essa opção política, isto é, uma vez delimitado *como* deve o regulador agir e o *quê* ele deve perseguir, há um poder decisório inegável:

> "Existe novamente, aqui, um erro de apreciação relativamente simples: as agências reguladoras independentes são entes dotados de *funções administrativas* e não de *funções políticas*, o que as caracterizam como *órgãos administrativos* e não como *órgãos políticos*, de modo que as *atribuições normativas* que lhe são cometidas, contidas na *função reguladoras*, embora sejam *materialmente normativas*, são, como já se expôs, de *espécie* distinta da *função legislativa*, esta sim, uma *função política*, ainda porque a *função reguladora* não se destina a produzir normas legais, mas meras normas reguladoras, com a distinta natureza já foi objeto de exame."[114]

A legitimação pelo procedimento é válida na medida em que se substitui uma *democracia da representação* por uma *democracia da eficiência*[115]. O procedimento em questão, como não poderia deixar, consiste no recolhimento de informações pertinentes para regular determinado setor, sobre as quais deverá haver uma reflexão técnica. Daí a necessidade de procedimentos que valorizem a participação social.

A regulação não deve ser concebida como um procedimento vertical, no qual indivíduos com conhecimento superior dizem o que é bom e devido. Na verdade, a regulação deve ser algo inteiramente diferente: é um procedimento dialógico, horizontal, em que a Administração Pública se comunica com os Administrados. O regulador é alguém permanentemente incumbido de encontrar a melhor maneira de satisfazer as carências sociais definidas no âmbito político e dispostas em lei, mas, quando o faz, deve reconhecer que a informação é um bem de natureza distinta que se encontra esparso e diluído.

Evidentemente que sem a devida qualificação técnica e sem a necessária autonomia, o procedimento regulatório, participativo ou não, não terá êxito.

Tendo estabelecido estas premissas, as informações coletadas acima colocam em cheque a autonomia e a legitimidade das agências reguladoras. Pede-se vênia, para fazer algumas apreciações, as quais, se não aceitas, ao menos têm a intenção de incentivar o debate sobre o tema. Para tanto, é necessário considerar em que medida o regime jurídico das agências reguladoras pode se adequar ainda mais com suas finalidades.

---

[114] MOREIRA NETO, **Direito Regulatório**, 2003, p. 153-154.
[115] *Ibidem*, p. 154.

3.3 CONTRIBUIÇÕES

Em primeiro lugar, a escolha em si dos dirigentes das agências reguladoras carece de aprimoramento. Ora, se aqueles são selecionados com base num conhecimento técnico-científico, abre-se margem para uma dada objetividade. Por que não aceitar sugestões dos setores especializados? Frise-se: sugestões. O Presidente da República poderia fazer uma opção dentro de uma lista ou, não assim querendo, simplesmente escolher conforme sua opinião.

Não se procura afastar o poder de escolha final do Presidente da República, o que é impossível em nosso regime presidencialista, mas sim conferir um maior relevo à opinião pública.

Em qualquer regime republicano, há um dever de prestar contas (*accountability*). Na ausência de uma referência (lista), a escolha do(s) dirigente(s) se torna, em certa medida, impassível de juízo público. Torna-se, por assim dizer, imune à prestação de contas (*accountability*).

Existem, hoje, critérios, que são ora elásticos ora rígidos[116], mas a inexistência de um referencial a ser usado para pautar a decisão prejudica a prestação de contas: uma coisa é comparar um indivíduo concretamente escolhido com outros indivíduos concretamente preteridos, e outra coisa substancialmente diferente é contrastar aquele com um grupo difuso e abstrato de *experts*.

Na segunda situação, o esforço avaliativo acaba concentrado na figura do dirigente escolhido, porquanto é difícil definir quais os contornos do "*regulador médio*", ainda mais que as agências reguladoras atuais constituem fenômeno recente no Brasil. Todavia, na primeira hipótese, prescinde-se de um "*regulador médio*", visto que é possível comparar pessoas concretas, cujos atributos são reais, concretos e visíveis.

Nesse sentido, mesmo que a opção final permaneça com o Presidente da República – como de fato deve ser – ele está mais exposto à opinião pública, porque sua decisão se torna mais inteligível publicamente. E a decisão final deverá permanecer sempre com o Chefe do Executivo, pois a atuação do dirigente não é

[116]**Lei nº 9.986/2000 – Art. 5º** O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

"puramente técnica", mas apenas "preponderantemente técnica". Se adotássemos uma concepção positivista da ciência, seja ela econômica ou setorial, a solução do problema seria imune a qualquer debate político, bastando realizar concurso de prova e títulos.

Uma segunda contribuição a ser dada é o reforço da participação popular.

Muita embora seja possível identificar uma legitimidade representativa *indireta* – o dirigente é escolhido pelo Presidente que é eleito pelo povo –, a atuação do ente regulador é válido em razão de sua legitimidade procedimental. É o procedimento que confere rigor técnico aos atos e decisões dos agentes regulatórios.

Nesse sentido, o procedimento será mais legítimo sempre que envolver maior participação popular, a qual não deve se exaurir no direito de ser ouvido, mas sim no direito de estabelecer um diálogo entre regulador e regulado. Assim ocorre porque não se parte da idéia – e ninguém de fato o faz – de que o regulador seja um "ente iluminado" com conhecimento superior aos demais. O que realmente importa é colher informações diluídas num determinado setor e, com base nelas, realizar um juízo transparente e metódico.

Conforme a linha doutrinária adotada neste trabalho, o ente regulador está submetido a uma moldura legal. Esta moldura, conforme a Teoria da Essencialidade, deve ser adequada conforme o bem jurídico afetado[117]: quanto mais importante o bem jurídico afetado for para o Estado Democrático de Direito, mais o Administrador deve estar vinculado à lei; *contrario sensu*, quanto menos importante o bem jurídico afetado é para o Estado Democrático de Direito, mais liberdade deve existir.

Nesse sentido, Harmut Maurer preceitua que:

> "O critério da essencialidade não se direciona, como se poderia, talvez, inicialmente, supor, à essência da matéria (à natureza da matéria), mas a isto, quão significativa, importante, fundamental e intensiva uma regulação é em sentido jurídico-fundamental. Nisso desempenham um papel não só os interesses do cidadão, justificado pelos direitos fundamentais, mas também os interesses complementadores ou opositores da comunidade. A 'essencialidade' mostra-se, nisso, não como conceito firme, mas, antes, um tipo de fórmula de escala móvel. quanto mais essencial um assunto for para o cidadão e/ou a comunidade, exigências tanto mais altas são colocadas ao dador de leis. Disso resulta para a densidade regulativa: quanto mais com efeito forte e duradouro os direitos fundamentais do cidadão particular são afetados ou ameaçados, quanto mias importantes são as repercussões para

[117] MAURER, **Direito Administrativo**..., 2006, pg. 127.

> a comunidade, e quanto mais debatido um complexo de perguntas é na comunidade, tanto mais precisa e estreita deve ser a regulação legal."[118]

Exemplificativamente, se o regulador almeja restringir a esfera de atuação de um concessionário de serviço público, a moldura legal pode ser mais dilatada, pois afeta apenas o titular do *exercício* da atividade de prestação de serviço público. O mesmo não ocorre, todavia, na hipótese do valor liberdade.

O valor liberdade, essencial a um Estado Democrático de Direito, valoriza o indivíduo e sua autonomia, reconhecendo no mesmo o protagonismo de sua própria vida. É o único meio encontrado na tradição ocidental a fim de que a pessoa humana – cerne de nossa ordem jurídica – se realize plenamente. Todavia, nenhum valor é absoluto, em especial a liberdade, a qual encontra diferentes matizes na realidade intersubjetiva inerente à experiência humana. Isso significa que ela pode e deve ser obstada em determinadas circunstâncias, mas isso suscita a questão de *como* fazê-lo.

Ora, sopesados tais elementos, a conclusão única à qual se pode chegar é de que a atuação do regulador, quando limita a liberdade, deve ser mais regrada do que quando regra a conduta do prestador de serviço público. Em nosso complexo regulatório, uma entidade ganha relevo neste ponto: a ANVISA.

A ANVISA, ou Agência Nacional de Vigilância Sanitária, notabiliza-se por exercer típico poder polícia, limitando, por exemplo, o que é vendido e comprado nas farmácias ou ainda vendando este ou aquele produto conforme o visto. A ANVISA, por se assim dizer, tem o encargo hercúleo de saber mais do que o próprio indivíduo o que é melhor para ele. Claro, não há que se cair no lugar-comum de dizer que o Estado trata as pessoas como incapazes, mas antes de entender que há assimetrias entre as mesmas, e que, estando elas à própria sorte, não é pouco crível que umas encontrarão meios de explorar as demais mediante seus desejos e necessidades.

Todavia, a intenção de substituir as pessoas na decisão do que é melhor para elas em questão de saúde impõe um ônus pesadíssimo, como não poderia deixar de ser. Conseqüentemente, conjugando a Teoria da Essencialidade com a legitimidade procedimental das agências regulatórias, o procedimento regulatório há de ser intrinsecamente mais restrito.

---

[118] MAURER, **Direito Administrativo**..., 2006, pg. 127.

Propõe-se reforçar tanto quanto possível a participação social naqueles casos em que o bem jurídico atingido for mais sensível ao Estado Democrático de Direito. Em outras palavras, a lei pode mais facilmente afetar a liberdade dos cidadãos porque representa a vontade geral. De uma forma ou de outra, a sociedade se mantém autônoma quando ela própria representada pelos congressistas diz o que é ou não permitido. Se for aceitável, em certa medida, que agências reguladoras proíbam particulares de consumir este ou aquele produto, ou de usufruírem este ou aquele serviço (como de fato ocorre), o nível de participação social precisa ser maior.

Há uma diferença nada insignificante entre aumentar ou reduzir tarifas e dizer às pessoas o que elas podem ou não fazer. Claro que as tarifas têm o condão de afetar o patrimônio do indivíduo, o que, por se assim dizer, "reduz" sua liberdade econômica; no caso singelo de se proibir um medicamento, por outro lado, não há redução de uma liberdade específica: ela é eliminada[119].

Entretanto, o art. 51 da Portaria nº 354/2006 da ANVISA, isto é, seu Regimento Interno, prevê a "possibilidade" de se realizar audiência pública quando houver "afetação de direitos sociais do setor de saúde ou dos consumidores", ficando à discricionariedade do administrador se deve ou não realizá-la[120]. Outrossim, o diploma normativo citado não dispõe sobre *como* se dará a audiência pública, podendo ser célere ou não, com maior ou menor representação.

Melhor seria se, em questões como estas, houvesse obrigatoriedade de uma audiência ou consulta públicas. E, de preferência, com um rigor mais acentuado, como ocorre nos Estados Unidos, berço das Agências Reguladoras:

> "Como *novo tipo de direito*, pode ser baixado pelas agências, desde que resulte de negociação, de consenso, de participação dos interessados, é um tipo de direito a que falta a característica da imposição unilateral de regras

---

[119] Recentemente a ANVISA editou resolução polêmica que vedou a utilização de certos medicamentos para emagrecer que funcionavam à base de anfetamínicos e restringiu o uso da sibutramina:
RDC/ANVISA n. 52/2011 - Art. 1º Fica vedada a fabricação, importação, exportação, distribuição, manipulação, prescrição, dispensação, o aviamento, comércio e uso de medicamentos ou fórmulas medicamentosas que contenham as substâncias anfepramona, femproporex e mazindol, seus sais e isômeros, bem como intermediários.
Art. 2º Fica vedada a prescrição, a dispensação e o aviamento de medicamentos ou fórmulas medicamentosas que contenham a substância sibutramina, seus sais e isômeros, bem como intermediários acima da Dose Diária Recomendada de 15 mg/dia (quinze miligramas por dia).

[120] **Portaria/Anvisa nº 354/2006 – Art. 51.** As iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direitos sociais do setor de saúde ou dos consumidores propostas pela ANVISA, poderão ser precedidas de audiência pública, observados os objetivos e disposições estabelecidas na Lei n.º 9.782, de 1999, que será realizada pela Diretoria Colegiada segundo o disposto neste Capítulo:

> de conduta. Daí a previsão, nos Estados Unidos, um procedimento a ser necessariamente observado pelas agências para elaboração de seus regulamentos, sob pena de ilegalidade. Lá, as agências têm que se manifestar sobre as sugestões dos interessados e têm que motivar todas as suas normas, inclusive ficando essa motivação sujeita a controle judicial. E o procedimento é mais rigoroso quando possa afetar direitos dos cidadãos."[121]

Atualmente, a necessidade de uma participação social mais sólida se manifestou na forma do Projeto de Lei nº 3.337/2004, o qual, se aprovado, terá o condão de aproximar as agências reguladoras da sociedade[122], aumentando a eficiência e legitimando o procedimento decisório.

No que se refere à autonomia orçamentária, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 7/2011, que propõe vedar o contingenciamento de recursos das Agências Reguladoras para cumprimento das metas de resultado primário ou nominal na execução orçamentária. O projeto em questão alteraria o art. 9º, § 2º da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que passaria a dar maior autonomia orçamentária às agências reguladoras[123].

A justificação dada no próprio corpo do projeto ilustra o posicionamento adotado no presente trabalho:

> "A lógica da alteração aqui proposta está em, inicialmente, as Agências Regulatórias terem sido dotadas, nas respectivas leis de sua criação, com instrumentos financeiros para lograr obter receitas próprias, em razão de serviços que prestem aos jurisdicionados; em seguida, porque a atribuição regulatória demanda a capacidade institucional plena, com isso faz-se necessário garantir que, ao menos a ordinária administração das agências, seu funcionamento e atuação dentro dos fins institucionais sejam assegurados.
>
> Conceder que houvesse contingenciamento de recursos dessas entidades da Administração Pública poderia resultar – como, de fato, acaba

---

[121] DI PIETRO, Limites..., 2004, pg. 48.

[122] **Art. 4º** Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão, as minutas e propostas de alterações de normas legais, atos normativos e decisões da Diretoria Colegiada e Conselhos Diretores de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.337**. Autor: Poder Executivo. Data da Apresentação: 13.04.2004. Disponível em: .<www2.camara.gov.br/>. Acesso em 20.11.2011.

[123] **Art. 1°** O art. 9º, § 3º, da Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000, passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 9º, § 2º Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, as dotações orçamentárias e despesas de custeio das Agências Regulatórias, e despesas ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentária. BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Finanças e Tributação. **Projeto de Lei Complementar nº 7/2011**. Autor: Deputado Federal Carlos Mendes Thame. Data da Apresentação: 15.12.2011. Disponível em: <www2.camara.gov.br/>. Acesso em: 19.11.2011.

> acontecendo – no comprometimento de sua atuação e na realização de metas e funções institucionais, comprometendo a disciplina econômica, normativa e reguladora, mediante a qual o Estado brasileiro exerce as funções de fiscalização, incentivo e planejamento do setor econômico, conforme preceituam dispositivos constitucionais, a exemplo dos artigos 21, XI, 174, 177, § 2º, inciso III, 178."[124]

Em suma, as Agências Reguladoras são instituições extremamente novas no cenário brasileiro. Pode-se dizer com segurança que são conflitantes com nossa tradição jurídica e política – mas não necessariamente com nossa Constituição Federal – em razão do nível acentuado de desvinculação que possuem frente ao Presidente da República, o que não é pouco numa nação que, diferentemente dos Estados Unidos, já experienciou monarcas e ditadores.

Ao fim, o que existe é um projeto. E, como em todo projeto, nada está dado. Tudo há de se construir.

[124] **Projeto de Lei Complementar nº 7/2011**. Autor: Deputado Federal Carlos Mendes Thame. Data da Apresentação: 15.12.2011. Disponível em: <www2.camara.gov.br/>. Acesso em: 19.11.2011.

CONCLUSÃO

As agências reguladoras constituem uma tecnologia institucional inovadora que vem a atender a um modelo de Estado pós-moderno, modelo este que prima não por um Estado mais ou menos forte ou mais ou menos atuante, mas com uma intervenção diferenciada, que prima pela participação da esfera privada pautada pelo interesse público. As características centrais das agências reguladoras são a autonomia com que regulam os diversos setores socioeconômicos e o elevado grau de especialidade técnico-científica em sua atuação.

O poder mais controvertido das agências reguladoras é o poder normativo geral e abstrato, pois elas não são dirigidas por representantes do povo, mas sim por dirigente escolhidos pelo Presidente da República que não podem ser demitidos *ad nutum*. Questiona-se, assim, se o Poder Legislativo não teria delegado parte de suas funções para órgão da Administração Indireta e, conseqüentemente, para o Poder Executivo.

Todavia, não há falar em violação ao princípio da separação dos poderes, pois as agências reguladoras não possuem a função de eleger políticas públicas, mas tão somente a competência de implementá-las. A concepção estritamente legalista se vincula a um dado modelo histórico, onde a complexidade e os atritos que permeiam os agentes sociais não eram tão intensos como atualmente se vivencia. Onde o Estado tão somente tutela direitos mínimos, o nível de atuação normativa é menor; mas, quando se acrescenta aos fins perseguidos pelo Estado a promoção de bens sociais, a exigência de leis exaustivas não se torna apenas irrealista numa sociedade volátil, mas também ineficiente e indesejável à medida em que o Poder Legislativo dificilmente dará conta da demanda regulatória.

Não caracterizada violação ao princípio da separação dos poderes, o poder normativo das agências reguladoras é, com efeito, regulamentar executivo, isto é, cada agência reguladora tem a competência constitucionalmente válida de editar atos normativos que não violem a lei (*contra legem*) e que sejam segundo a lei (*secundum legem*), isto é, o regulamento emanado pela agência reguladora deve ser sempre dentro da lei (*intra legem*) e jamais extravasá-la (*praeter legem*).

Assim se dá porque a Constituição Federal não dá margem para que seja diferente – se não pelo axioma *delegate potestas non potest delegari*, ao menos pelo seu silêncio eloqüente. Outrossim, a inspiração em outros ordenamentos jurídicos,

tão comum na doutrina, simplesmente não se coaduna com nosso regime constitucional, o qual se envereda pelo presidencialismo.

Dito tudo isto, a legitimidade dos entes regulatórios independentes ainda não compõe ponto a ser vencido. Nesse sentido, se o Congresso Nacional faz leis democraticamente válidas, o faz porque seus componentes foram eleitos pelo povo.

Em qualquer regime democrático, as leis são válidas porque correspondem à vontade geral do povo; em qualquer regime democrático, o cidadão é tido como um ente moral autônomo do qual emana todo poder político. O representante político faz tão somente o óbvio: representar a vontade político da população.

Em contraste, o dirigente do ente regulatório autônomo não é eleito pelo povo, mas também suas decisões não se legitimam na vontade geral do povo, mas na aplicação de elementos técnico-científicos para a consecução de uma diretriz política dada *a priori*. À legitimidade por representação do político, contrapõe-se a legitimidade pelo procedimento do administrador. Daí a suma importância de moldar um regime onde o procedimento se mantenha neutro e apolítico e que valorize a participação social, mas não é isso que se significa.

Atualmente, o regime jurídico das agências reguladoras peca por não valorizar os princípios que lhe são inerentes, como a participação social – a qual só teria o condão de melhorar a eficiência e a isonomia do procedimento –, sua autonomia e a qualificação de seus dirigentes.

Há importantes projetos tramitando no Congresso Nacional, como a PL 3.337/2004 ou a PLP 007/2011, que possuem como intento dar autonomia das agências reguladoras e regrar sua atuação.

Muitas alterações foram feitas a fim de modernizar o país e, para tanto, inspiramo-nos em modelos estrangeiros. Ao fazê-lo, curiosamente, fomos seletivos, pois não nos utilizamos de toda experiência acadêmica e legislativa que os outros países tinham a nos oferecer.

Espera-se que, futuramente, o instituto das agências reguladoras seja continuamente aprimorado a fim de melhor exercer suas funções, tornando o Brasil mais socialmente estável e economicamente competitivo.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Sobre os Regulamentos Administrativos e o Princípio da Legalidade**. Coimbra: Almedina, 1987. 188 p.

ANVISA. **Portaria nº 354, de 11 de agosto de 2011**. Aprova e promulga o Regimento Interno da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA e da outras providências. Disponível em: < http://www.anvisa.gov.br/institucional/anvisa/regimento_interno/Portaria354_010410.pdf>. Acesso em: 20.11.2011.

_____ . **Resolução RDC n. 56, de 11 de novembro de 2009**. Proíbe em todo o território nacional o uso dos equipamentos para bronzeamento artificial, com finalidade estética, baseada na emissão da radiação ultravioleta. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/divulga/noticias/2009/pdf/1101109_rdc.pdf> . Acesso em 28.09.2011.

_____ . **Resolução RDC n. 52, de 6 de outubro de 2011**. Dispõe sobre a proibição do uso das substâncias anfepramona, femproporex e mazindol, seus sais e isômeros, bem como intermediários e medidas de controle da prescrição e dispensação de medicamentos que contenham a substância sibutramina, seus sais e isômeros, bem como intermediários e dá outras providências. <Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2011/res0052_06_10_2011.html>. Acesso em: 20.11.2011.

ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. **O Estado Pós Moderno da Regulação Econômica e a Mutação de Paradigmas Conceituais Tradicionais do Direito Público: a experiência brasileira de agências de regulação.** 2008. 126 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005, Porto Alegre, Tese de Doutorado.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1985. 164 p.

BARBOSA GOMES, Joaquim Benedito. Agências reguladoras: a metamorfose do Estado e da Democracia (uma reflexão de Direito Constitucional e Comparado), **Revista de Direito Constitucional e Internacional São Paulo**, ano 13, n. 50, p. 39-74, jan./mar.

BBC BRASIL. **Greenspan admite erro de ideologia à frente do Fed**. 2008. Disponível em <http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2008/10/081023_greenspan_errorg.shtml. Acesso em 28.09.2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 28.09.2011.

_____ . **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sôbre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em 05.10.2011.

_____ . **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.** Ministério da Justiça Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 10.10.2011.

_____ . Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 20.10.2011.

_____ . **Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001**. Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc32.htm>. Acesso em 01.10.2011.

_____ . **Lei nº 9782, de 26 de janeiro de 1999**. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Leis/L9782.htm>. Acesso em 21.10.2011.

_____ . **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 15.10.2011.

_____ . **Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9983.htm>. Acesso em: 14.10.2011.

_____ . **Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000**. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9986.htm>. Acesso em: 01.11.2011.

_____. **Lei nº 10.411, de 26 de fevereiro de 2002**. Altera e acresce dispositivos à Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10411.htm>. Acesso em: 10.10.2011.

_____. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em 15.11.2011.

_____ . Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.337**. Autor: Poder Executivo. Data da Apresentação: 13.04.2004. Disponível em: <www2.camara.gov.br/>. Acesso em 20.11.2011.

_____ . Câmara dos Deputados. Comissão de Finanças e Tributação. **Projeto de Lei Complementar nº 7/2011**. Autor: Deputado Federal Carlos Mendes Thame. Data da Apresentação: 15.12.2011. Disponível em: <www2.camara.gov.br/>. Acesso em: 19.11.2011.

_____ . Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, DF, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/publi_04/colecao/plandi.htm>. Acesso em: 01.10.2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 561 MC/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. 1995. Disponível em <www.stf.jus.br/>. Acesso em 24.10.2011.

_____ . Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1668 MC/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio. 1998. Disponível em <www.stf.jus.br/>. Acesso em 29.10.2011.

_____ .Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1949 MC/RS**. Relator: Ministro Celso de Mello. 2005. Disponível em <www.stf.jus.br/>. Acesso em 01.11.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.095 MC/RS**. Relator: Octavio Gallotti. 2000. Disponível em <www.stf.jus.br/>. Acesso em 01.11.2011

BIELORRÚSSIA. **Constituição da República da Bielorrússia**. Disponível em: <http://president.gov.by/en/press19332.html#doc>. Acesso em: 22.10.2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2003. 1522 p.

CAVALCANTI, Temístocles. Regulamentação dos Serviços de Utilidade Pública, **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 87, n. 38, p. 7-9, 1941.

CHIPRE. **Constituição da República do Chipre**. Disponível em: < http://www.kypros.org/Constitution/>. Acesso em 22.10.2011.

CLEMENTE, Isabel. LEAL, Andréa. NEVES, Maria Laura. **Enfim, Lula privatizou...** .Revista Época. Disponível em <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG79551-6009,00.html>. Acesso em 05.10.2011.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **A Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 3. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 365 p.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. René David. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 687 p.

DI PIETRO, Maria Zanella. Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade. *In*. DI PIETRO, Maria Zanella (Org.). **Direito Regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. 659 p. p. 19-50.

DIEGUES, Consuelo. Para toda obra. **Revista piauí**, Rio de Janeiro, ano 5, n. 59, p. 24-31, agosto. 2011.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição dos Estados Unidos. Disponível em: <http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em: 28.10.2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Agência reguladora: legalidade e constitucionalidade. **Revista tributária e de finanças públicas**, São Paulo, ano 8, n. 35, p. 143-148, nov./dez.. 2000.

GRAU, Eros Roberto. O Discurso Liberal e a Teoria da Regulação. *In* CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional: Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza**. Porto Alegre, Sério Antônio Fabris, 1995. 221 p. p. 59-75

_____ . **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 384 p

_____ . **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 8 ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011. 384 p.

_____ . As agências, essas repartições públicas. *In*. SALOMÃO FILHO, Calixto (Coor.) **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo; Malheiros, 262 p. p. 25-28.

HAARSCHER, Guy. **A Filosofia dos Direitos do Homem**. Lisboa: Instituto Piaget, 1993. 202 p.

HAMILTON, Alexander. JAY, John. MADISON, James. **O Federalista**. 2ª ed. Campinas: Russel Editores, 2005. 538 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética 2002, 639 p.

MAIOLINO, Eurico Zecchin. Discricionariedade, regulação e autolimitação, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº 909, p. 21-36, jul. 2011.
MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. 14 ed. rev., ampl. e compl. Barueri, SP: Manole, 2006. 955 p.

MAZZA, Alexandre. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Malheiros, 2005. 213 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010. 1119 p.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 851 p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial.** 15. ed. rev. refundida e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 759 p.

_____ . **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 388 p.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1. 2. ed. revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, v. I. 586 p.

ROQUE, Leandro. **Sobre as Privatizações (Parte 1)**. Instituto Ludwig von Mises Brasil. Disponível em: <http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=637>. Acesso em 29.09.2011.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo em Debate**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2004. 589 p.

_____ . **Direito Administrativo Regulatório**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 427 p.

TELEBRASIL – Associação Brasileira de Telecomunicações. **Telecomunicações: 13 anos de privatização, com crescimento de 853% de clientes**. Disponível em: <http://www.telebrasil.org.br/artigos/outros_artigos.asp?m=1124> Acesso em 10.10.2011

VEJA. **Fernando Henrique: o governo Lula transformou as agências reguladoras em instrumento de barganha política**. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/augusto-nunes/historia-em-imagens/fernando-henrique-o-governo-lula-transformou-as-agencias-reguladoras-em-instrumento-de-barganha-politica/>. Acesso em 10.11.2011.

VIEGAR, Cláudia. MACEDO, Bernardo. Falhas de Mercado**:** Causas, Efeitos e Controles. *In* SCHAPIRO, Mario Gomes (Coor.). **Direito Econômico Regulatório. Direito Econômico Regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010. 473 p. p. 81-109