ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

R e DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 15 – agosto/setembro/outubro - 2008 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS (legitimação, extensão e controle)

Profª. Letícia Queiroz de Andrade
Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP, doutoranda e Professora Assistente na PUC/SP.

1. Costuma-se chamar de "poder normativo" das agências reguladoras a competência a elas atribuída para expedição de normas *gerais e abstratas* pertinentes a sua área de atuação. Não obstante as agências reguladoras se valham também de normas individuais e concretas para exercitar suas funções, a reserva da expressão "poder normativo" para designar apenas as normas gerais e abstratas por elas produzidas, além de estar consagrada pelo uso corrente, justifica-se porque essa é a parcela de normas jurídicas de maior *abrangência* (tanto subjetiva quanto objetiva) e aptidão para *permanência* no sistema jurídico. A maior abrangência e permanência dessas normas no sistema jurídico deriva, justamente, de sua generalidade (capacidade de atingir *número indeterminado de sujeitos*) e abstração (possibilidade de aplicação a um *número indeterminado de casos concretos*), e explica a importância que têm para a atividade de regulação.

2. Tal competência foi atribuída às agências reguladoras por meio das respectivas leis de criação ou legislação específica de sua área de atuação, com diferenças significativas quanto à extensão do rol de matérias sujeitas à disciplina normativa de cada agência e à forma de atribuição da competência, se feita de modo mais geral ou específico, e cercada de mais ou menos parâmetros para posterior exercício da competência atribuída.

3. Para ilustrar o que se diz, seguem alguns exemplos de dispositivos legais que conferem poder normativo às agências reguladoras.

Art. 3º da Lei 9.427/96 - ANEEL

Inciso VI: "fixar os critérios para cálculo do preço de transporte de que trata o §6º do art. 15 da Lei 9.074, de 7 de julho de 1995, e arbitrar...."

Inciso X: "fixar as multas administrativas a serem impostas aos concessionários, permissionários e autorizatários..."

Inciso XI: "estabelecer tarifas para o suprimento de energia elétrica..., considerando parâmetros técnicos, econômicos, operacionais e a estrutura dos mercados atendidos."

Inciso XIX: "regular o serviço...".

Art. 19 da Lei 9.472/97 - ANATEL

Inciso IV: "expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações, no regime público;"

Inciso VIII: "administrar o espectro de radiofreqüências e o uso de órbitas, expedindo as respectivas normas;"

Inciso X: "expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;"

Inciso XII: "expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços, quanto aos equipamentos que utilizarem:"

Inciso XIV: "expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes..."

Art. 8º da Lei 9.478/97 - ANP

Inciso VI: "estabelecer critérios para o cálculo de tarifas de transporte dutoviário e..."

Inciso XV: "regular e autorizar as atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis,..."

Inciso XVI: "regular e autorizar as atividades relacionadas com à produção, importação, exportação, armazenagem, estocagem, distribuição, revenda e comercialização de biodiesel..."

Art. 7º e 8º, § 4º, da Lei 9.782/99 - ANVISA

Inciso III: "estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, ad diretrizes e as ações de vigilância sanitária;"

Inciso IV: "estabelecer normas e padrões sobre limites de contaminantes..."

§ 4º: "a Agência poderá regulamentar os produtos e serviços de interesse para o controle de riscos à saúde da população..."

Art. 4º da Lei 9.961/00 - ANS

Inciso IV: "fixar critérios para os procedimentos de credenciamento e descredenciamento de prestadores de serviço às operadoras;"

Inciso V: "estabelecer parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde..."

Inciso IX: "normatizar os conceitos de doença e lesão preexistentes;"

Inciso XI: "estabelecer critérios, responsabilidades, obrigações e normas de procedimentos para garantia dos direitos assegurados nos arts. 30 e 31 da Lei 9.656, de 1998;

Inciso XI: "estabelecer normas para registro dos produtos definidos no inciso I e no §1º do art. 1º da Lei 9.656, de 1998;"

Inciso XIV: "estabelecer critérios gerais para o exercício de cargos diretivos das operadras..."

Inciso XV: "estabelecer critérios de aferição e controle de qualidade dos serviços oferecidos pelas operadoras"

Inciso XVI: "estabelecer normas, rotinas e procedimentos para concessão, manutenção e cancelamento de registro dos produtos das operadoras..."

Inciso XVIII: "expedir normas e padrões para o envio de informações de natureza econômico-financeira".

4. Questões jurídicas relacionadas aos limites e fundamento jurídico do poder normativo das agências reguladoras foram examinadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento, em 20/06/98, dos pedidos cautelares deduzidos na Adin 1688, em que se contestou a constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei 9.472/97, inclusive o que atribui poder normativo à ANATEL, com relação aos quais foi proferida a seguinte decisão:

"3) deferir, em parte, o pedido de medida cautelar, para:

a) quanto aos incisos IV e X do artigo 19, sem redução de texto, dar-lhes interpretação conforme a Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual ***a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares*** *que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado, vencido o Ministro Moreira Alves, que o indeferia;" (d/n)*

5. A solução dada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, nesse ponto vencedor, é amplamente satisfatória e adequada para os casos em que a produção normativa das Agências visa desempenhar a função reservada à camada normativa de concretização das leis editada posteriormente à concretização normativa já operada por regulamento editado pelo Chefe do Executivo. Ou seja, quando a norma legal já foi regulamentada por meio de decreto, que deixou, ainda, espaço, para maior especificação de seus termos, por parte de resoluções da Agência. Nesses casos, as normas editadas pelas agências teriam, por assim dizer, papel terciário na concretização já iniciada pela norma secundária expedida pelo Chefe do Executivo, a quem assiste a competência regulamentar executiva, referida no art. 84, IV, da Constituição Federal, como assentado no trecho do referido voto abaixo transcrito.

> *"...nada impede que a Agência tenha funções normativas, desde que, porém, absolutamente subordinadas à legislação, e, eventualmente, às normas de segundo grau, de caráter regulamentar que o Presidente da República entenda baixar.*
>
> *Assim, de acordo com o início do voto de S. Exa.,[1] entendo que nada pode subtrair da responsabilidade do agente político, que é o Chefe do Poder Executivo, a ampla competência reguladora da Lei das Telecomunicações*
>
> *Dou interpretação conforme para enfatizar que os incisos IV e X referem-se a normas subordinadas à lei e, se for o caso, aos regulamentos do Poder Executivo. "*

6. No entanto, quem acompanha a produção normativa das agências e bate os olhos nas competências normativas apontadas acima a título de exemplo, constata que, na ampla maioria dos casos, as normas gerais e abstratas baixadas pela agência não são mera concretização de regulamentos executivos baixados pelo Chefe da Administração Pública, para fiel execução da lei.

7. Tais normas, não obstante tenham suporte em competência legalmente atribuída, não se restringem a tornar mais concreta a execução da lei, e tampouco dependem de anterior edição de regulamento por parte do Chefe do executivo para sua edição. Isso porque, a disciplina normativa de determinadas matérias foi atribuída diretamente às agências reguladora pelas respectivas leis de criação e, na ampla maioria dos casos, as normas por elas editadas têm por objeto matéria não tratada, apenas referida, em lei.

[1] O Ministro Sepúlveda Pertence refere-se ao voto do Ministro Marco Aurélio de Mello, relator da Adin.

8. Em razão disso é que o debate em torno da legitimidade do poder normativo exercido pelas agências reguladoras, nas condições acima expostas, permanece sendo tema de alta indagação jurídica. Nossa inserção nesse debate se fará pelo exame das teorias referidas abaixo, que foram selecionadas pela importância da discussão relacionada aos aspectos conceituais periféricos e freqüência com que costumam ser apontadas para legitimar o exercício do poder normativo das agências reguladoras, competência de enorme importância política e social, dada a agilidade e o grau de especialização e detalhamento normativo exigido nas áreas reguladas. Tais teorias são as seguintes:

- a atribuição de poder normativo às agências reguladoras seria resultado de uma delegação de competências legislativas, com base na técnica da *deslegalização* ou *delegificação*, bastante estudadas no direito europeu;
- o poder normativo atribuído às agências reguladoras tem natureza regulamentar;
- o poder normativo das agências reguladoras tem por objeto a disciplina de vínculos especiais de supremacia ou sujeição estabelecidos com o Poder Público.

INSUBSISTÊNCIA DA TEORIA DA DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS

9. Parte da doutrina brasileira defende a legitimidade do poder normativo exercido pelas agências reguladoras com fundamento em que as respectivas leis de criação teriam operado uma delegação de competências legislativas, mais especificamente, a *deslegaligazação* ou *delegificação*, a que fazem referência EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMON FERNÁNDEZ [2]:

> *"Llamamos delegalización a la operación que efectua una* ***Ley que, sin entrar en la regulación material de un tema****, hasta entonces regulado por Ley anterior,* ***abre dicho tema a la disponibilidad de la potestad reglamentaria de la Administración.....****La Ley de deslegalización, ..., no es una Ley de regulación material, no es una norma directamente aplicable, no es una Ley cuyo contenido haya simplemente que completar, en propiedad, la Ley de deslegalización no tiene contenido normativo alguno, su único contenido es la manipulación de los rangos para abrir la possibilidad a los Reglamentos de entrar em una materia hasta entonces regulada por Ley."* (d/n)

[2] *in* Curso de Derecho Administrativo, I, Octava edición, Editorial Civitas, p. 269.

10. Considerando as peculiaridades do direito espanhol, que, no aspecto particular destacado abaixo se assemelha ao brasileiro, os autores alertam para o seguinte[3]:

> *"Con el criterio que esta Ley ofrece puede concluirse que* ***la deslegalización*** *como técnica abstracta y general* ***no es compatible con el principio de las materias reservadas****, el cual, sin embargo, se acomoda a los otros tipos de delegación, la delegación recepticia y la remisión, según observamos, porque en ellas la Ley dispone materialmente del contenido normativo...Por ello el campo por excelencia de las deslegalizaciones es el organizativo, donde la interposición previa de Ley no viene exigida por la naturaleza intrínseca de las relaciones, sino por um simple principio de orden, forma;.."* (D/n.)

11. Assim como na Espanha, também no Brasil não é dada ao Congresso Nacional liberdade para delegar a competência legislativa que lhe foi constitucionalmente atribuída (arts. 44 e 48, c.c. art. 22, todos da Constituição Federal), como decorre da vedação expressa contida no artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, abaixo transcrito.

> Art. 25 do ADCT. *"****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 na Constituição ao Congresso Nacional****,* ***especialmente no que tange a: I – ação normativa****..."* (D/n.)

12. Na verdade, em nossa opinião, o principal motivo pelo qual se veda a delegação de competências legislativas é decorrência do princípio da legalidade, insculpido no artigo 5º, II, da Constituição Federal, segundo o qual *ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei.* Ou seja: no silencio da lei, viceja a liberdade dos indivíduos, razão pela qual os regulamentos, que nascem de apenas uma penada, não podem criar obrigações de forma autônoma[4], ainda que haja expressa autorização legal nesse sentido, a qual, por

[3] Ob. citada, p. 270/271.

[4] Filiamo-nos à corrente doutrinária que entende não haver espaço para a produção de regulamentos autônomos (sem vinculação à lei) no Brasil. A competência prevista no art. 84, VI, a, da Constituição Federal, para nós é exercício de poderes relacionados ao vínculo especial de supremacia inerente as relações de organizações interna a que alude o referido dispositivo constitucional e que será abordada nesse estudo mais adiante. Nele não se contempla qualquer abertura para fixação por meio de decreto de direito novo aplicável aos cidadãos brasileiros.

força da sistemática constitucional atualmente vigente e da expressa dicção do art. 25 do ADCT, seria inconstitucional.

13. A única exceção à vedação da delegação de competências legislativas, assim entendidas como aquelas juridicamente aptas a criar, modificar e extinguir direitos e obrigações, é a lei delegada, que, como não poderia deixar de ser, está prevista na Constituição Federal, em seu artigo 68. Não nos cabe fazer aqui mais comentários acerca dessa espécie legislativa porque o exercício de poder normativo pelas agências reguladoras nada tem que ver com leis delegadas, o que é fácil de constatar pela leitura do correspondente artigo constitucional, que específica as condições e procedimento peculiar para elaboração dessas leis.

14. Contudo, a regra da vedação ao exercício de competências legislativas por parte da Administração Pública[5] não significa que ela não possa exercer poder normativo, e tampouco, como se diz por aí, que o poder normativo da Administração Pública seria, para ela, função atípica, no sentido de não fazer parte de suas competências precípuas. O que é vedado à Administração Pública, em regra, é o exercício de competência atribuída aos órgãos legislativos, e não do poder normativo inerente ao exercício da própria função administrativa, sem o qual não poderia dar aplicação às leis e especificar matérias como por elas demandado.

A COMPETÊNCIA REGULAMENTAR DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

15. Outro fundamento apontado para legitimar o poder normativo das agências reguladoras é o de que as respectivas leis de criação teriam lhes outorgado competência regulamentar. Embora estejamos de acordo com tal asserção, alguns esclarecimentos são necessários para que nossa concordância seja entendida em termos precisos.

16. Os regulamentos que podem ser editados por agências reguladoras não são os denominados *regulamentos de execução,* para fiel cumprimento da lei, cuja competência privativa foi atribuída ao Presidente da República e Ministros de Estado, de forma setorizada, pelos artigos 84, IV, e 87, II, da Constituição Federal. Também não são os denominados *regulamentos autônomos*, que, em

[5] A exceção, além da delegação operada por meio das já referidas leis delegadas, fica por conta da edição de medidas provisórias, as quais, no entanto, têm força de lei até o momento em que se esgote o prazo para sua conversão em lei, mantendo-se intacto o princípio da legalidade.

nossa opinião, não são compatíveis com o sistema jurídico brasileiro atual. São os *regulamentos de complementação*, também denominados *autorizados* ou *delegados*, aos quais alude SÉRGIO FERRAZ[6]*:*

> *"Consigna a doutrina européia dois outros tipos de regulamento, que merecem nossa atenção.*
>
> *Em primeiro lugar, há que examinar o regulamento autorizado ou delegado. Como tal se entende o tipo de regulamento que, por expressa permissão legislativa, disciplina matéria de ordinário abrangida pelo princípio da reserva legal. É evidente a atecnicidade da expressão "delegação", in casu, pois não ocorre uma transferência de poderes, mas simples determinação de competência. É de toda relevância ressaltar que o chamado regulamento delegado regulamento é: assim, está integralmente limitado ao sistema de legalidade vigente. E nisso diferencia-se da lei delegada e do decreto-lei, categorias hierarquicamente equiparadas à lei formal, podendo, assim, reformá-la ou revogá-la."*

17. Para os fins da investigação que se faz em torno da legitimidade do poder normativo das agências reguladoras, é necessário deixar bem vincada a diferença entre os *regulamentos de complementação*, que podem ser editados não só pelas agências, mas, por quaisquer órgãos ou entidades tecnicamente especializados da Administração Pública; dos *regulamentos autônomos*, que são proibidos em nosso sistema; e, dos *regulamentos de execução*, cuja competência privativa é do Chefe do Executivo e respectivos Ministros.

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

19. Isso porque, não obstante a norma legal dependa da edição desses regulamentos para que possa produzir obrigações, não é correto dizer que tais obrigações foram originariamente criadas por eles. Se não houvesse a previsão legal, não haveria obrigação a ser cumprida, nem regulamento a ser editado. É, nesse aspecto, que os regulamentos de complementação diferem dos *regulamentos autônomos*, pois, não criam, autonomamente, qualquer obrigação

[6] 3 Estudos de Direito - Regulamento, RT, 1977, p. 122.

ou direito, e, justamente, por isso, são admitidos em nosso sistema jurídico, ao contrário dos regulamentos autônomos, que não o são.

20. A existência de parâmetros (*standards*) legais é uma das condições apontadas para a legitimidade dessa competência regulamentar, como referido por CELSO RIBEIRO BASTOS[7], ao diferenciar as leis delegadas desses denominados regulamentos "*delegados",* que preferimos chamar de *complementação*[8]:

> *"Os regulamentos delegados ou autorizados são aqueles que desenvolvem a lei, agregando-lhe algum elemento que inova na ordem jurídica, baixados, contudo, em decorrência de habilitação legislativa. Nutrem esses regulamentos pontos de contato com a lei delegada. O traço diacrítico de ambos radica-se na amplitude da competência delegada. Se esta for ao ponto de incluir a habilitação para baixar a própria lei, só será possível, no nosso sistema jurídico, por meio de resolução do Congresso Nacional, satisfeitos, é óbvio, os princípios atinentes à delegação legislativa.* ***Os regulamentos delegados, diversamente, pressupõem lei anterior, com fundamento na qual dão continuidade à elaboração normativa. Se forem por demais amplos os podres deferidos pela lei, estar-se-á, na verdade, diante de delegação legislativa implícita, vedada em nosso sistema por força da prevalência da separação de funções."*** (d/n)

21. Apesar de estarem relacionados à aplicação da lei, os regulamentos de complementação também não se confundem com os *regulamentos de execução* porque não tratam do modo de execução da lei e das medidas que, para tanto, devem ser adotadas, até porque, tal competência, como já se viu, é competência privativa do Chefe do Executivo e respectivos Ministros.

22. O espaço aberto para edição de regulamentos de complementação corresponde ao da *discricionariedade técnica* outorgada pela lei a determinados órgãos e entidades da Administração Pública, para que complementem a regulamentação de matéria que não seria adequadamente tratada pelo legislador justamente por não possuir a *especialização* para tanto demandada. Essa, a necessidade de *especialização técnica*, é a única justificativa jurídica admissível para que a competência de edição desses regulamentos não seja atribuída ao Chefe do Executivo. Ou seja, é esse o ponto que diferencia os regulamentos de complementação dos de execução: nos primeiros há demanda por respostas de *caráter técnico*, que devem ser dadas por órgãos ou entidades especializados

[7] Curso de Direito Constitucional, Celso Bastos Editor, 2002, p. 603
[8] Como faz TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ, *in*

tecnicamente na matéria. Tal circunstância é o motivo que justifica, sem ofensa ao art. 84, IV, da Constituição Federal, não ter sido tal competência, que só pode ser exercida por meio de juízos técnicos, à Chefia do Poder Executivo, que não é órgão técnico.

23. Sendo a especialização técnica a razão de ser dos *regulamentos de complementação* - e será essa a medida da extensão da disciplina normativa que, para nós, pode ser veiculada por esses regulamentos -, não faria sentido que fossem atribuídos ao Chefe do Executivo, que não detém competência especializada, mas sim aos órgãos ou entidades que resultaram dos processos de desconcentração e descentralização operados dentro da Administração Pública, justamente, para maior especialização em determinadas matérias.

24. Trata-se, na verdade, de fenômeno que não é novo nem raro no direito brasileiro, como demonstram os seguintes exemplos.

Lei 5.991/73 (controle sanitário de medicamentos)

> *Art 54. O Serviço Nacional de Fiscalização de Medicina e Farmácia baixará normas sobre:*
>
> *a) a padronização do registro do estoque e da venda ou dispensação dos medicamentos sob controle sanitário especial, atendida a legislação pertinente;*
>
> *b) os estoques mínimos de determinados medicamentos nos estabelecimentos de dispensação, observado o quadro nosológico local;*
>
> *c) os medicamentos e materiais destinados a atendimento de emergência, incluídos os soros profiláticos.*

Lei 6.368/76 (tráfico e uso de substâncias entorpecentes)

> *Art. 36. Para os fins desta Lei serão consideradas substâncias entorpecentes ou capazes de determinar dependência física ou psíquica aquelas que assim forem especificados em lei ou relacionadas pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, do Ministério da Saúde.*
>
> *Parágrafo único. O Serviço Nacional de Fiscalização de Medicina e Farmácia deverá rever, sempre que as circunstâncias assim o exigirem, as relações a que se refere este artigo, para o fim de exclusão ou inclusão de novas substâncias.*

Lei 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente)

> *Art. 8º. Compete ao CONAMA:*
>
> *....*
>
> *VI - estabelecer, privativamente, normas e padrões nacionais de controle da poluição por veículos automotores, aeronaves e embarcações, mediante audiência dos Ministérios competentes.*

Lei 7.679/88 (proibição da pesca em períodos de reprodução)

> *Art. 2º. O Poder Executivo fixará, por meio de atos normativos do órgão competente, os períodos de proibição da pesca, atendendo às peculiaridades regionais e para a proteção da fauna e flora aquáticas, incluída a relação de espécies, bem como as demais medidas necessárias ao ordenamento pesqueiro.*

Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro)

> *Art. 323. O CONTRAN, em cento e oitenta dias, fixará a metodologia de aferição de peso de veículos, estabelecendo percentuais de tolerância, sendo durante este período suspensa a vigência das penalidades previstas no inciso V do art. 231, aplicando-se a penalidade de vinte UFIR por duzentos quilogramas ou fração de excesso.*
>
> *Parágrafo único. Os limites de tolerância a que se refere este artigo, até a sua fixação pelo CONTRAN, são aqueles estabelecidos pela Lei nº 7.408, de 25 de novembro de 1985.*

25. É nesse espaço aberto para edição de regulamentos de complementação no exercício de discricionariedade técnica outorgada pela lei a órgãos e entidades especializados da Administração Pública, que também pode ser exercitado, de forma legítima, o poder normativo das agências reguladoras, do que é exemplo o regulamento editado pela ANVISA com base no art. 7º, IV, da Lei 9.782/99, acima transcrito.

26. O exercício de competência regulamentar complementar por parte das agências demanda, portanto, o preenchimento dos seguintes requisitos: primeiro, expressa disposição legal que lhes atribua a competência para dispor sobre determinada matéria de caráter técnico; segundo, que tal competência seja efetivamente exercida no âmbito da discricionariedade técnica atribuída pela lei

correspondente, com base nos correspondentes estudos, e sem alargamento do espaço legalmente conferido.

27. Assim, desde que fique clara e se respeite a distinção do exercício de tal competência regulamentar, que pode sim ser atribuída às agências reguladoras, e a competência regulamentar executiva, que a elas não pode ser atribuída, é possível admitir que a competência regulamentar atribuída por lei às agências as legitima a exercer poder normativo, nos termos acima expostos.

28. A impossibilidade jurídica de exercício de competências regulamentar executiva (mais ampla que a competência regulamentar complementar) por parte das agências reguladoras decorre, sem margem para interpretações diversas, da Constituição Federal, que atribui tal competência diretamente ao Chefe do Executivo e respectivos Ministros, por isso ser incorreto dizer que constitui função atípica da Administração Pública ou que seria uma espécie de delegação legislativa.

29. E, tendo sido atribuída *pela Constituição* diretamente *ao Chefe do Executivo e Ministros de Estado,* a competência regulamentar executiva não pode ser delegada às agências reguladoras, por *lei*, que, além de ser de patamar inferior ao da norma atributiva de tal competência, é ato do Legislativo, que não detém a titularidade de tal competência para pretender delegá-la. Eventual delegação desse poder normativo atribuído ao Chefe do Executivo e respectivo Ministros teria que advir dos titulares da competência, embora, ao menos no plano federal, esbarrasse ainda no óbice do artigo 13 da Lei 9.874/98, que veda a delegação de atos de caráter normativo.

30. Com efeito, a justificativa política da atribuição da competência de editar regulamentos de execução ao Chefe do Executivo deve-se a que é ele também o Chefe da Administração Pública (art. 84, II, da CF), sendo, nessa qualidade, o agente competente para dar a primeira palavra sobre o modo de execução da lei e, com isso, vincular toda a Administração Pública ao cumprimento do regulamento que editar. A competência regulamentar executiva dos Ministros restringe-se aos casos em que a lei a ser por eles regulamentada não demande a prática de condutas por toda a Administração Pública, mas apenas pelo setor correspondente ao supervisionado pelo Ministro regulamentador.

31. Contudo, embora a edição de regulamentos de complementação, vinculados à lei que tenha outorgado competência técnica discricionária a órgão ou entidade especializado da Administração Pública, seja fundamento jurídico para legitimação do poder normativo das agências reguladoras, as regras por elas produzidas não se restringem à disciplina de aspectos técnicos, razão pela qual é necessário investigar se não há algum outro fundamento que possa legitimar o exercício desse poder fora da hipótese ora tratada.

O EXERCÍCIO DE PODER NORMATIVO COM BASE NAS CONDIÇÕES RELATIVAS A VÍNCULOS DE SUPREMACIA OU SUJEIÇÃO ESPECIAL COM O PODER PÚBLICO

32. *Vínculos de supremacia ou sujeição especial* são aqueles que unem o Poder Público e terceiros, que tenham aderido, consensualmente, a tais vínculos, sob determinadas condições. Diferem dos *vínculos de supremacia ou sujeição geral*, que unem o Poder Público e a generalidade dos cidadãos, independentemente da manifestação de sua vontade individual.

33. O poder geral de impor obrigações a terceiros independentemente de sua vontade, caracteriza o que se denomina *imperatividade* ou *extroversão* dos atos administrativos. No entanto, para que assim se opere, ou seja, para que a Administração possa impor obrigações a terceiros independentemente de sua vontade, essas obrigações devem estar previstas em lei, justamente porque *ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei* (art. 5º, II, da Constituição Federal).

34. De modo diverso, os vínculos de supremacia especial só se formaram porque houve adesão específica do terceiro, que decidiu se vincular ao Poder Público, sob determinados condições. Nesse caso, as obrigações do terceiro são as que se dispôs a cumprir, com base na autonomia de sua vontade em travar vínculo especial com o Poder Público, no qual tais obrigações estão especificadas. Há, portanto, um deslocamento do marco do qual derivam as obrigações desse terceiro: não obstante não possa descumprir a lei, as obrigações por ele assumidas independem de previsão legal, pois estão contidas no vínculo especial, ao qual aderiu consensualmente.

35. As conseqüências jurídicas atreladas a esses modos distintos pelos quais uma pessoa pode se vincular ao Poder Público têm importância decisiva

para o tema ora tratado, como visualizado por Celso Antônio Bandeira de Mello[9], nas breves e precisas pinceladas sobre o poder normativo das agências reguladoras.

> *"Afora isto[10], nos casos em que suas disposições se voltem para concessionários ou permissionários de serviço público, é claro que podem, igualmente, expedir as normas e determinações da alçada do poder concedente ou para quem esteja no âmbito doméstico da Administração. Em suma: cabe-lhes expedir normas que se encontrem abrangidas pelo campo da chamada "supremacia especial".*

36. Ressalte-se, entretanto, que não é apenas nos casos em que agências reguladoras atuam na disciplina da prestação de serviços públicos que há vínculos especiais a serem por elas regulados, seja por meio de normas individuais e concretas, seja por meio de normas gerais e abstratas.

37. Com efeito, a área de atuação das agências pode ser dividida da seguinte forma, à qual se agrega exemplos de agências federais que nelas atuam:. 1. regulação de *serviços públicos* prestados por terceiros (ANEEL, ANATEL, ANTT, ANTAQ e ANAC) ; 2. regulação da *utilização de bens públicos* por terceiros (ANA, ANP, ANEEL e ANATEL); 3. regulação da atividade de *fomento* (ANCINE); 4. regulação de *atividade econômica monopolizada* (ANP); 5. regulação de *atividade econômica ou social aberta à iniciativa privada* (ANVISA, ANS, ANP, BACEN, CVM).

38. Extrai-se, desse quadro, que as agências poderão atuar na disciplina normativa desses vínculos especial, nas quatro primeiras hipóteses. Isto porque, para a prestação de serviços públicos é necessária concessão ou permissão especial do Poder Público, pois a ele incumbe a correspondente prestação; para o uso de bens públicos, é necessária concessão, permissão ou autorização de uso do bem por parte do Poder Público, pois a ele pertence o bem; para ser beneficiado por fomento público, o interessado deve preencher determinadas condições e a elas fica especialmente vinculado; e, para o desempenho de atividade econômica monopolizada, há necessidade concessão, permissão ou autorização do Poder Público, pois a atividade é por ele monopolizada.

---

[9] In *Curso de Direito Administrativo,* 20ª edição, Editora Malheiros, p. 157.
[10] O autor refere-se justamente à possibilidade de que as agências normatizem matérias de caráter técnico.

39. Já, para o desempenho de atividade econômica ou social aberta à iniciativa privada, há uma espécie de vínculo especial apenas nos casos em que o desempenho de tal atividade, apesar de aberta à iniciativa privada, depende, por força de sua repercussão social, de autorização do Poder Público, ou de algum tipo de cadastro ou registro. É apenas nesses casos e na medida em que se trate de competência para disciplinar as condições de obtenção de tal autorização ou registro, cuja exigência, ressalte-se, depende de expressa previsão legal nesse sentido, é que se pode cogitar de exercício de disciplina normativa relativa a vínculo especial. No mais, eventual sujeição das pessoas reguladas por essas agências a suas normas se caracterizará com vínculo geral de sujeição, com relação ao qual a imposição de obrigações depende de expressa previsão legal.

40. Ou seja: nas quatro primeiras hipóteses, em que as agências atuem na condição de quem tem a incumbência legal de disciplinar atividades realizadas por quem decidiu consensualmente se vincular ao Poder Público, poderão editar, se a respectiva lei de criação assim autorizar, o que se chama de *regulamento administrativo,* pois relativo apenas a pessoas que estão especialmente vinculadas à Administração Pública, e não à generalidade dos cidadãos.

41. Nesses *regulamentos administrativos*, não ocorre mera execução de lei para seu fiel cumprimento, nem complementação de aspectos técnicos nela ventilado. Por meio deles, a agência poderá disciplinar o desenvolvimento da atividade, com mais liberdade, estando adstrita, no entanto, às balizas estabelecidas em lei e às condições estabelecidas nos vínculos especiais.

EXTENSÃO DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

42. Com se viu, as agências reguladoras podem exercer legitimamente poder normativo nas seguintes hipóteses: 1) especificação de aspectos relacionados a matéria já disciplinada por regulamento de execução, na concretização paulatina da lei, subordinando-se não só aos ditames legais, mas também ao regulamento expedido pelo Chefe do Executivo ou Ministro de Estado, hipótese na qual seus regulamentos desempenhariam a função de *fonte terciária de direitos*; 2) especificação, *por meio de regulamentos de complementação*, de aspectos técnicos com base em competência que lhe tenha sido outorgada diretamente por lei, nos termos nela estabelecidos; 3) especificação, *por meio de regulamentos administrativos,* das condições relacionadas ao desenvolvimento de vínculos especiais de supremacia ou sujeição que unam o Poder Púbico e terceiros, em consonância com as leis pertinentes e as condições específicas do vínculo travado.

CONTROLE DO PODER NORMATIVO

43. O exercício de poder normativo por parte das agências reguladoras submete-se, de modo geral, aos mesmos controles aplicáveis aos demais atos normativos da administração pública, com as peculiaridades relacionadas aos limites de intervenção dos demais poderes quanto à prática de competências discricionárias.

44. A existência de tais limites não afasta é, claro, o controle acerca da efetiva caracterização da competência discricionária (tanto no plano abstrato da lei quanto no caso concreto), bem como da adequação de seu exercício aos princípios e regras de direito administrativo pertinentes.

45. É importante destacar que há firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que os regulamentos não podem ser objeto de controle concentrado de constitucionalidade[11], porquanto seus eventuais vícios atingiram diretamente as leis que lhes deram fundamento e, apenas reflexamente, a Constituição. No entanto, nesses mesmos julgados ressalvou-se expressamente a aplicação dessa interpretação restritiva aos regulamentos que não se destinem apenas à execução de dispositivos legais, como é o caso dos *regulamentos administrativos* expedidos pelas agências reguladoras para a regulação de vínculos especiais, aos quais nos referimos acima.

46. O controle desses *regulamentos administrativos* deve ter como parâmetro não só as leis pertinentes, mas o próprio vínculo sobre o qual incidirá e que também constitui marco de validade desses regulamentos. Isso porque a alteração unilateral das condições dos vínculos especiais celebrados com a administração há de ser precedida de processo administrativo, do qual resulte ato administrativo motivado e acompanhado da previsão, quando for o caso, da forma de reequilíbrio da correspondente equação econômico-financeira.

47. A usurpação da competência regulamentar pode ser reconhecida não só pelo Poder Judiciário como também pelo Poder Legislativo, com fundamento no que estabelece o art. 49, V, da Constituição Federal.

[11] ADIs 1253, 2334, 1670, 1388 e 2387.

48. Questão que vem sendo rediscutida atualmente é a relativa à competência dos Tribunais de Contas para obstar a aplicação de atos administrativos, dentre eles os regulamentos, que, no exercício de sua competência controladora, reputem ser inconstitucionais ou ilegais, como permite a Súmula 347 do STF. Recentemente, o Ministro Gilmar Mendes concedeu liminar[12] à Petrobrás para suspender os efeitos de decisão do Tribunal de Contas da União, que tinha obstado a aplicação de regulamento do Presidente da República que estabelece procedimento licitatório simplificado para a celebração de contratos com a estatal referida. Em sua decisão, o Ministro Gilmar Mendes expressou o entendimento de que a Súmula 347, editada em 1963, estaria superada face à nova sistemática de controle da constitucionalidade instituída na Constituição de 1988.

49. Outro ponto controverso pertinente ao controle dos regulamentos expedidos pelas agências reguladoras refere-se ao controle interno exercido pelo Ministério correspondente à área de atuação da agência. Não obstante a maioria das leis relativas às agências reguladoras estabeleça expressamente serem seus conselhos diretores a última instância decisória na esfera administrativa, sobretudo no que se refere aos atos relativos a suas atividades fim, como a edição de atos normativos regulatórios, parecer recente da Advocacia Geral da União (Parecer nº AC – 051), aprovado pelo Presidente da República, expressou o entendimento de que caberia recurso hierárquico impróprio para revisão dos atos relacionados às atividades meio das agências e também daqueles que contrariem políticas públicas governamentais. Contrário ao entendimento dominante no sentido de que só é cabível recurso hierárquico impróprio contra atos das entidades integrantes da administração pública nos casos em que exista expressa previsão legal nesse sentido, o entendimento expresso no parecer compromete seriamente a autonomia das agências e demais entidades integrantes da administração indireta e pode servir como fundamento para revisão dos regulamentos que, na visão do Ministério, contrarie as políticas públicas.

50. O que há de efetivamente novo a ser dito sobre o controle do exercício de poder normativo por parte das agências reguladoras é a previsão de controle social, que se efetiva, sobretudo, pela participação dos interessados em consultas e audiências públicas prévias a edição de atos normativos, cuja realização (que não deve ser apenas formal, mas efetivamente destinada a oitiva da sociedade) tem a importante função de suprir o denominado *déficit democrático* das agências reguladoras.

[12] MS - 25888

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

ANDRADE, Letícia Queiroz de. PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS (legitimação, extensão e controle). **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 15, agosto/setembro/outubro, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br

4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa:

Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Ano 4, n. 15, out./dez. 2006. Belo Horizonte: Fórum, 2003. Trimestral. ISSN: 1678-7072. 1 – Direito Público – I. Fórum. CDD: 342. CDU: 34.