ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

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

R e RE | Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado

Número 7 – setembro/outubro/novembro 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

AGÊNCIAS REGULADORAS E PODER NORMATIVO

Prof. José Dos Santos Carvalho Filho

Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Professor da UFF – Universidade Federal Fluminense (Curso de Pós-Graduação), Professor da UCAM-Univ. Cândido Mendes e Estácio de Sá (Pós-Graduação), Professor da EMERJ – Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, Mestre em Direito (UFRJ)

I. INTRODUÇÃO

A despeito dos ingentes esforços dos doutrinadores, nunca foi inteiramente precisa a linha que demarca os atos tipicamente legislativos e os atos administrativos de caráter normativo, como, por exemplo, os regulamentos. É justo reconhecer que, em alguns casos, é possível chegar a uma conclusão mais próxima da verdade. Em outros, contudo, têm surgido fundas discrepâncias entre os estudiosos quanto à natureza do ato.

O efeito distintivo não é meramente acadêmico. Nos sistemas, como o nosso, que repartem, entre Poderes estruturais, o exercício das funções básicas do Estado – a legislação, a jurisdição e a administração – torna-se relevante identificar os limites da atuação de cada Poder para evitar eventuais ingerências indevidas de um em outro. Esse é, aliás, o ponto de equilíbrio do sistema da tripartição de funções: são harmônicos, é verdade, como desenha a Constituição no art. 2º, mas são independentes. Na verdade, sua independência vem em primeiro lugar; a harmonia - atenuada pela idéia de "interdependência", que, segundo alguns autores, deve emanar da interpretação de "independência" contida no texto – vem depois, porque só admissível quando a própria Constituição o autoriza.

Para as linhas que ora se apresenta, o problema central se situa na linha que distancia a lei (em sentido lato) do ato administrativo normativo, ou seja, aquele que, tanto quanto aquela, tem destinatários indeterminados em seu círculo de incidência.

2. PODER LEGIFERANTE E REGULAMENTAR

Nos limites da conceituação teórica, não há grande dificuldade em distinguir dois dos poderes fundamentais do Estado – o legiferante e o regulamentar. O primeiro é primário, porque se origina diretamente da Constituição na escala hierárquica dos atos normativos; o segundo é secundário, porque tem como fonte os atos derivados do poder legiferante. Portanto, como regra, afirma-se que o primeiro gera a lei (ou ato análogo com outra denominação) e o segundo o regulamento – caracterizado como ato administrativo e, freqüentemente, revestido de denominações diversas (decretos, resoluções, portarias etc).

Sendo ato administrativo, o ato regulamentar é subjacente à lei e deve pautar-se pelos limites desta. Numa de suas clássicas lições, e até hoje sempre atuais, HELY LOPES MEIRELLES deixava esse registro: "Como ato inferior à lei, o regulamento não pode contrariá-la ou ir além do que ela permite. No que o regulamento infringir ou extravasar da lei, é írrito e nulo, por caracterizar situação de ilegalidade". 1

Seguindo a lição do grande mestre, já assinalamos a respeito do poder regulamentar: "Por essa razão, ao poder regulamentar não cabe contrariar a lei (**contra legem**), pena de sofrer invalidação. Seu exercício somente pode dar-se **secundum legem**, ou seja, em conformidade com o conteúdo da lei e nos limites que esta impuser." 2

Conquanto lógicas as linhas teóricas concernentes aos atos de legislação e os de regulamentação, nem sempre – insistimos – tem sido fácil sua aplicação concreta. A seguinte passagem, clara e sincera, de MARCELLO CAETANO dá bem a dimensão do problema: "Matéria legal e matéria regulamentar - Donde provirá esta diferença ? Haverá matérias que exijam a forma de lei e outras que sejam próprias dos regulamentos ?" 3 Depois de mencionar as várias correntes que se esmeraram em distinguir tais atos, o grande jurista português reconhece: "Em sentido material o regulamento tem afinidades com a lei em virtude da sua **generalidade**, pois os regulamentos possuem sempre carácter genérico. Mas distingue-se dela por lhe faltar **novidade**, visto as suas normas serem, pelo que toca à limitação de direitos individuais, simples desenvolvimento ou aplicação de outras normas, essas inovadoras".4

Sob visão estritamente teórica, é possível realmente estabelecer

---

1 HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, 18ª ed., 1993, pág.163..

2 JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, Lumen Juris, 16ª ed., 2006, pág. 46.

3 MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Coimbra Edit., Tomo I, 10ª ed., 1973, pág. 96.

4 Ob. cit., pág. 97.

diferenças. Na prática, nem sempre se terá essa facilidade. No texto acima de MARCELLO CAETANO, por exemplo, o elemento distintivo – novidade - não se revela absolutamente exato, sobretudo porque, da mesma forma que as leis, os regulamentos – como não podia deixar de ser – também contêm "novidades" – que são exatamente as regras que dão completude às leis e que, por isso, não se alojam em seu texto.

A própria afirmação de que somente as leis podem transmitir obrigações - postulado que ressai do art. 5º, II, da Constituição ("ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei") – encerra a necessidade de se fazer algumas distinções, visto que os regulamentos, embora de forma diversa, exprimem freqüentemente obrigações. A esse respeito, já tivemos a oportunidade de averbar:

> *"É legítima, porém, a fixação de **obrigações subsidiárias** (ou **derivadas**) – diversas das obrigações **primárias** (ou **originárias**) contidas na lei – nas quais também se encontra imposição de certa conduta dirigida ao administrado. Constitui, no entanto, requisito de validade de tais obrigações sua necessária **adequação** às obrigações legais. Inobservado esse requisito, são inválidas as normas que as prevêem e, em conseqüência, as próprias obrigações".5*

Tais dados são consignados com o exclusivo escopo de demonstrar que: 1º) é incontestável a diferença entre a lei e o regulamento sob o aspecto da hierarquia dos atos normativos; 2º) nem sempre é fácil distinguir o que deve constituir matéria de cada um desses atos.

3. LEIS E REGULAMENTOS EM SISTEMAS ESTRANGEIROS

Vale a pena, somente à guisa de subsídio, perpassar alguns aspectos sobre a matéria tratados pela doutrina estrangeira em relação aos respectivos sistemas jurídicos.

No direito italiano, a distinção é a mesma que se faz no sentido clássico. Segundo GUIDO e POTENZA, a lei formal é a deliberação do poder legislativo, tendo como fonte direta a Constituição, ao passo que o regulamento é ato próprio do Poder Executivo, embora materialmente tenha a mesma carga de normatividade da lei. 6

O direito francês apresenta o mesmo lineamento jurídico. RIVERO afirma ser lei a votada pelo Parlamento e o regulamento, o ato próprio do exercício do poder regulamentar, cabendo em princípio ao Primeiro Ministro, conforme mandamento constitucional.7 VEDEL distingue o poder regulamentar normal –

---

5 JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo* cit., pág. 46.

6 GUIDO LANDI e GIUSEPPE POTENZA, *Manuale de Diritto Amministrativo*, Giufrè Ed., Milão, 6ª ed., 1978, pág. 38 ("*Il potere esecutivo ha, come attribuzione propria e ordinaria, la potestà d'emanare norme giuridiche, dette **regolamenti**. Il regolamento è legge in **senso materiale soltanto**"*).

7 JEAN RIVERO, *Droit Administratif*, Dalloz, Paris, 8ª ed., 1977, pág. 60 (*"La Constitution de 1958 n'a pas altéré les définitions de la loi et du règlement. L'une et l'autre se caractérisent toujours par*

o poder de adotar medidas executivas de ordem geral e impessoal – e poder regulamentar anômalo e excepcional, previsto na Constituição francesa e formalizado por atos especiais ("ordonnances"), segundo o qual o governo pode pedir autorização ao Parlamento para dispor sobre matérias reservadas à lei.8 Essa última categoria de atos, aliás, tem sido denominada de "regulamentos autônomos", mas são atos de natureza legislativa, ao contrário dos regulamentos autônomos de outros regimes, aceitos por alguns autores, que autorizariam a Administração a editar normas gerais e impessoais nos casos em que não houvesse lei disciplinadora, no exercício, porém, da função administrativa.

ENTRENA CUESTA, a propósito do direito espanhol, reconhece que os regulamentos, embora provenham da Administração, representam fontes do direito administrativo e assinala que estão limitados acima pelas leis ("Decretos-leyes" e "Decretos-legislativos") e, por sua vez, limitam os atos administrativos não-normativos.9

Vê-se, pois, que, de forma geral, as linhas divisórias entre a lei e o regulamento - atos que derivam, respectivamente, do exercício das funções legiferante e administrativa – guardam similitude nos ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Ainda assim, contudo, é preciso grande esforço interpretativo para identificar se esta ou aquela matéria só poderia ser tratada por lei, ou se, ao contrário, estamparia mera atividade de administração de caráter normativo.

A razão para tal dificuldade é compreensível: tanto uns quanto outros ostentam normatividade, vale dizer, contêm normas que se aplicam a pessoas indeterminadas com o cunho de generalidade, impessoalidade e abstração. E é exatamente nesse ponto que o tema referente ao poder normativo das agências reguladoras tem causado algumas polêmicas, como se verá adiante.

4. AS AGÊNCIAS REGULADORAS

Na evolução do Direito Administrativo brasileiro, pode-se afirmar que o instituto das agências reguladoras é produto do regime de desestatização que vem sendo paulatinamente implantado na Administração Pública pátria.

A Lei nº 8.031, de 12.4.90, alinhou as primeiras regras sobre o novo

---

l'autorité que les élabore: la loi est l'acte voté par le Parlement (art. 34); le règlement est l'acte pris dans l'exercice du pouvoir réglementaire attribué en principe au Premier ministre par l'article 21").

8 GEORGES VEDEL, *Droit Administratif*, P.U.F., Paris, 6ª ed., 1976, págs. 209 e 221. Eis o que dispõe o art. 38, § 1º, da Constituição francesa: *"Le Gouvernement peut, pour l'éxécution de son programme, demandre au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances pendant un délai limité des mesures qui sont normalement du domaine de la loi"*).

9 RAFAEL ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Tecnos, Madri,vol. I, 7ª ed., 1981, pág. 124 ("*De la definición formulada deriva que el reglamento limita por arriba con los Decretos-leyes y los Decretos-legislativos, y, por abajo, con los actos administrativos generales no normativos"*).

papel a ser desempenhado pelo Estado. Por sua vez, a Lei nº 9.491, de 9.9.97, que revogou aquele diploma, aproveitou algumas das normas anteriormente traçadas e completou o sistema, instituindo o que denominou de "Programa Nacional de Desestatização".

Na análise dos objetivos fundamentais do programa, vislumbra-se o cenário em que – supõe-se – deverá o Estado trilhar seu desenvolvimento. Um deles é o de "reordenar a posição estratégica do Estado na economia", com a transferência para o setor privado de atividades indevidamente executadas pelo Poder Público.10 Desse objetivo resulta um outro, também relacionado no mesmo diploma: "permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais".11

Sem nos aprofundarmos nos demais aspectos ligados ao processo de desestatização (comumente chamado de "privatização"), pela circunstância de a análise refugir ao objetivo do presente trabalho, é correto admitir que o afastamento do Estado ou de suas pessoas descentralizadas do âmbito de alguns serviços públicos, agora transferidos para o setor privado, teria mesmo que provocar a criação de mecanismos estatais de controle dos novos prestadores de serviço. É que, na verdade, os serviços continuaram a ser públicos; os prestadores é que passaram a ser do setor privado.

Sobre esse aspecto, deixamos considerado: *"Anteriormente, a Lei nº 8.031/90 usava o termo "**privatização**", mas a nova idéia proveniente do vocábulo acabou gerando interpretação desconforme ao preceito legal, entendendo algumas pessoas que significaria **privatizar atividades**, o que não seria verdadeiro, visto que muitas das atividades do programa continuariam e continuam a caracterizar-se como serviços públicos; a privatização, assim, não seria da **atividade** ou **serviço**, mas sim do **executor da atividade ou serviço**"*. 12

A ênfase dispensada a esse aspecto tem por escopo demonstrar a necessidade de que o Estado se aparelhasse para exercer o devido controle sobre aqueles aos quais fora cometida a atribuição de executar serviços públicos. Anteriormente, o controle era basicamente interno, porquanto executado dentro da própria Administração, mesmo que por estruturas administrativas diversas (como é o caso da relação entre a Administração Direta e as pessoas da Administração Indireta). Com o novo programa, o controle passou a ser externo, sendo controlador o Estado e controlados os prestadores dos serviços, todos agora do setor privado. A relação de controle, desse modo, não relacionava órgãos administrativos entre si, mas sim o Estado e particulares.

Esse novo tipo de controle influiu no aprofundamento da idéia

---

10 Art. 1º, I, Lei nº 9.491/97.

11 Art. 1º, V.

12 JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual* cit., pág. 289 .

concernente à função regulatória, própria do Estado e voltada para os particulares responsáveis por atividades estatais. Bem ficou registrado que a atividade administrativa "assumiu um forte impacto sobre as atividades de interesse geral; dada a impossibilidade de o Estado satisfazer a todas as necessidades públicas, resta-lhe orientar e acompanhar como essas necessidades serão atendidas pelos agentes privados". 13

Nesse cenário surgem as agências reguladoras, inicialmente amparadas pelas insinuações inovadoras contidas nos arts. 21, XI e 177, § 2º, III, da Constituição, com redações introduzidas por Emendas Constitucionais, pelos quais era prevista a criação de "órgãos" para o controle dos setores elétrico e petrolífero, respectivamente.

Com o desenvolvimento do sistema de desestatização, tais "órgãos" foram sendo criados, sob a forma de autarquias de regime especial, e nominados de "agências reguladoras", em virtude de sua atribuição fundamental: o exercício da função regulatória. Apesar da expansão de semelhante regime, entendemos que a única novidade foi a criação de autarquias especificamente voltadas para os setores desestatizados. Com efeito, autarquias sempre foram concebidas para a execução de tarefas tipicamente estatais e, antes das novas agências, outras autarquias existiam com função de controle. A novidade, repetimos, decorreu do inevitável atrelamento entre o programa de desestatização e as novas autarquias – agora cognominadas de "agências".

5. A QUESTÃO DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.

A grande discussão em torno do denominado "poder normativo" das agências reguladoras teve origem nas atribuições conferidas a essas novas autarquias de controle, entre as quais despontava a de editar normas gerais sobre o setor sob seu controle.

Assim, foi promulgada, pioneiramente, a Lei nº 9.427, de 26.12.96, que, dispondo sobre o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, criou a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Tal diploma concedeu a essa agência o poder de "implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei 9.074, de 7 de julho de 1995" (art. 3º, I), bem como o de "regular o serviço concedido, permitido e autorizado e fiscalizar permanentemente sua prestação" (art. 3º, XIX).

Depois foi editada a Lei nº 9.472, de 16.7.97, que dispõe sobre os serviços de telecomunicações e que instituiu a Agência Nacional de

13 MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, *Direito Administrativo Regulatório*, Lumen Juris, 2002, pág. 37.

Telecomunicações – ANATEL, conferindo-lhe as competências para "expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado" (art. 19, X); "expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem" (art. 19, XII); e "expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais" (art. 19, XIV).

A Lei nº 9.478, de 6.8.97, a seu turno, regulando a política energética nacional, criou a Agência Nacional do Petróleo – ANP e, como já se fizera anteriormente, também conferiu à entidade poder regulatório, como se observa no art. 8º, segundo o qual a ANP terá como finalidade "promover a **regulação**, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo".

Outras agências reguladoras vieram a ser criadas posteriormente e a todas foi, da mesma forma, conferida competência regulatória – competência essa da qual emana o poder de editar normas de caráter geral, abstrato e impessoal.

O centro da discussão é exatamente esse e especialistas divergem quanto à legitimidade ou não desse sistema diante dos atuais parâmetros constitucionais, entre eles, e sobretudo, o da reserva legal – art. 5º, II – que só admite imposição de obrigações através de ato legislativo típico.

Contudo, uma premissa sobre o tema é absolutamente verídica: a intervenção estatal no campo da atividade destinada à pessoa privada. Assim, parece-nos correta a afirmação de PAULO CÉSAR MELO DA CUNHA: "Toda regulação representa uma intervenção imperativa traduzida em uma restrição de liberdade dentro de uma atividade empresarial". Completa a proposição: "A proposta, assim, é buscar, à luz do princípio da proporcionalidade, o ponto ótimo para reduzir o impacto na interferência estatal na propriedade e atividade privadas e, ao mesmo tempo, viabilizar a admissão daqueles que têm interesse em ingressar e permanecer no mercado regulado". 14

Sobre a atividade regulatória é justo reconhecer que o sistema, nos moldes como foi introduzido, em decorrência da reforma administrativa do Estado, não se situa dentro dos padrões clássicos de atuação de órgãos administrativos no exercício de poder normativo. Mas – também é oportuno realçar – não traduz, em nosso entender, nenhuma revolução no sistema tradicional, mas, ao contrário, estampa mero resultado de uma evolução natural no processo cometido ao Estado de gestão dos interesses coletivos.

Não se pode negar que os fenômenos que se instalaram no mundo contemporâneo – como, por exemplo, a globalização, as novas tecnologias, os avanços da informática, a complexidade dos novos serviços públicos – não poderiam mesmo ser enfrentados com as velhas e anacrônicas munições

14 PAULO CÉSAR MELO DA CUNHA, *Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil*, Lumen Juris, 2003, pág. 148.

estatais. O Estado, como bem salientava JÈZE, tem que andar lado a lado com a dinâmica da evolução social, de modo que, criadas novas realidades, deve o Estado adequar-se a elas, aparelhando-se de forma eficiente e completa para satisfazer o interesse da coletividade. Aqui o conservadorismo deve ceder lugar à inovação, dentro, é claro, dos paradigmas traçados na lei constitucional.

Por conseguinte, não nos parece ocorrer qualquer desvio de constitucionalidade no que toca ao poder normativo conferido às agências. Ao contrário do que alguns advogam, trata-se do exercício de função administrativa, e não legislativa, ainda que seja genérica sua carga de aplicabilidade. Não há total inovação na ordem jurídica com a edição dos atos regulatórios das agências. Na verdade, foram as próprias leis disciplinadoras da regulação que, como visto, transferiram alguns vetores, de ordem técnica, para normatização pelas entidades especiais – fato que os especialistas têm denominado de "delegalização", com fundamento no direito francês ("domaine de l'ordonnance", diverso do clássico "domaine de la loi"). Resulta, pois, que tal atividade não retrata qualquer vestígio de usurpação da função legislativa pela Administração,15 pois que poder normativo – já o acentuamos – não é poder de legislar: tanto pode existir este sem aquele, como aquele sem este. É nesse aspecto que deve centrar-se a análise do tema.

As leis, em seu sentido clássico, não mais acompanham – essa é que é a verdade - a celeridade em que se processam as mudanças nos campos social, político e econômico. Como bem acentuou MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, as leis, como regra, não mais atendem aos novos padrões da sociedade, "sendo necessárias normas que tratem das especificidades, que realizem o planejamento dos setores, viabilizem a intervenção do Estado em garantia do cumprimento ou a realização daqueles valores". 16

Para que executem sua função regulatória, afigura-se indispensável que as agências detenham certo grau de independência (não total independência !) em relação aos Poderes fundamentais do Estado, principalmente o Executivo, que é o grande gestor dos interesses e das demandas da sociedade. São corretas, pois, as palavras de ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO: "A autonomia das agências reguladoras existe, em maior ou em menor escala, frente a todos os Poderes do Estado, revelando-se mais sensível face ao Poder Executivo, tendo em vista o maior número de pontos de contato que com ele possui, e a tradicional, mas ultrapassada, idéia de subordinação hierárquica ao Chefe do Governo de todos os agentes e entidades do aparato administrativo".17

No exame quanto à natureza da atividade desempenhada pelas agências reguladoras, alguns especialistas têm feito a distinção entre função regulamentar e função regulatória. É o caso de JOSÉ MARIA PINHEIRO

---

15 A observação é de CARLOS ARI SUNDFELD, *Direito Administrativo Econômico*, Malheiros, 2000, pág. 27.

16 MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, *Direito Administrativo Regulatório* cit., pág. 233.

17 ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, *Agências Reguladoras e Agências Executivas*, Revista de Direito Administrativo nº 228, 2002, pág. 118.

MADEIRA, que consigna: A atividade regulatória não se confunde com a atividade regulamentar, pois enquanto a primeira é conferida no Brasil, por lei, às Agências Reguladoras, a atividade regulamentar é, por força de imperativo constitucional, privativa do Chefe do Poder Executivo". 18

Um pouco diversa é a distinção apontada por MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO: "Cumpre, pois, não 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**)".19

Com a devida vênia aos referidos autores, tal distinção retrata visão meramente pessoal, mas não se pode dizer que ressai do sistema jurídico relativo às agências reguladoras. De fato, as expressões "regulamentar" e "regular" não guardam sinonímia: aquela significa complementar, especificar, e pressupõe sempre que haja norma de hierarquia superior suscetível de complementação; esta, de sentido mais amplo, indica disciplinar, normatizar, e não exige que seu objetivo seja o de complementar outra norma. Em conseqüência, pode haver função regulatória sem que seja regulamentadora. Assim, se é verdade que toda função regulamentadora se caracteriza como reguladora, não menos verdadeiro é que nem sempre a função reguladora tenha objetivo regulamentar.

A nosso ver, portanto, as agências reguladoras exercem mesmo função regulamentadora, ou seja, estabelecem disciplina, de caráter complementar, com observância dos parâmetros existentes na lei que lhes transferiu aquela função. Para mostrar essa indissociável relação entre a lei e os atos oriundos das agências, consignamos: "O **poder normativo técnico** indica que essas autarquias recebem das respectivas leis delegação para editar normas técnicas (não as normas básicas de política legislativa) complementares de caráter geral, retratando poder regulamentar mais amplo, porquanto tais normas se introduzem no ordenamento jurídico como direito novo (**ius novum**)".20

Aliás, a idéia de regulamentação é a mesma que se adota no direito americano. Como bem explica LEILA CUÉLLAR, o regulamento é a norma elaborada por agência destinada a regular operações internas ou a auxiliar na implementação de políticas públicas – sentido delineado pelo Administrative Procedure Act. Registrando, da mesma forma, a relação lei-ato regulamentar, averbou a autora: "Considera-se que um regulamento "implementa", nas hipóteses em que o Direito ou os princípios gerais de atuação (política pública) tenham sido amplamente desenvolvidos em lei aprovada pelo Congresso, ordem executiva do Presidente ou em decisão judicial. Nesses casos os

18 JOSÉ MARIA PINHEIRO MADEIRA, *Administração Pública Centralizada e Descentralizada*, Ed. América Jurídica, 2ª ed., 2004, pág.265.

19 MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, *Direito Administrativo Regulatório* cit., pág. 43.

20 JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo* cit., pág. 400.

regulamentos se atêm a orientar os administradores e ao público". 21

Parece, pois, que, por autorização das respectivas leis, as agências reguladoras exercem função regulamentadora, tendo por escopo estabelecer, em caráter geral, abstrato e impessoal, disciplina técnica a respeito de certos setores econômicos ou relativos à prestação de serviços públicos. Semelhante função regulamentar – diga-se por oportuno – é direta, vale dizer, origina-se diretamente da lei, inexistindo, por via de conseqüência, qualquer outro ato intermediário entre a lei e o ato normativo da agência. Tem, portanto, a mesma natureza dos decretos expedidos pelos Chefes do Executivo, quando também destinados ao exercício da função regulamentar.

Toda a polêmica em torno do poder normativo das agências reguladoras resulta, em nossa visão, da amplitude disciplinadora contida no aludido poder. Esse aspecto exige, como decorrência, a análise da questão concernente aos limites desse poder normativo.

No que tange ao âmbito da disciplina, é imperioso reconhecer o amplo espectro de incidência das respectivas normas. Nem poderia ser de outra maneira. Como o legislador não tem qualificação para dispor sobre matérias de grande especificidade e complexidade, como é o que sucede, para exemplificar, em setores como os de energia elétrica, telecomunicações e petrolífero, toda a disciplina de ordem técnica fica a cargo das agências e, é claro, tem caráter erga omnes, como o teria se a disciplina fosse instituída por lei.

O problema, todavia, derivado de tal carga de amplitude normativa rende ensejo ao exame, pelos intérpretes e aplicadores da lei, e até mesmo aos destinatários, dos limites em que a regulamentação pode ser processada. Ainda que dotada de grande amplitude, a regulamentação feita pelas agências – como, de resto, ocorre com qualquer tipo de regulamentação – terá que adequar-se aos parâmetros da respectiva lei permissiva. Afinal, é de ter-se em conta que a delegação legislativa não é ilimitada, mas, ao contrário, subjacente a normas e princípios estabelecidos na lei. Trata-se, como bem acentuou LUIZ ROBERTO BARROSO, do que se denomina de "delegação com parâmetros" ("delegation with standards"), através da qual ao Poder Legislativo cabe fixar as linhas dentro das quais o ato regulamentar deve ser produzido. 22

Diante da premissa de que a delegação reserva ao delegante as linhas de atuação do agente delegado, será sempre possível avaliar, em cada um dos atos normativos das agências, se foram observados os parâmetros legais ou se, ao revés, foram eles contrariados. A legalidade, ou não, dos atos regulatórios dependerá, portanto, de sua adequação com a respectiva lei.

Nem sempre será fácil, entretanto, proceder a esse tipo de cotejo. O intérprete não poderá dar ao poder normativo das agências elasticidade tal que

---

21 LEILA CUÉLLAR, *Poder Normativo das Agências Reguladoras Norte-Americanas*, *in* Revista de Direito Administrativo nº 229, 2002, págs. 164/5.

22 LUIZ ROBERTO BARROSO, *Temas de Direito Constitucional*, Renovar, 2001, pág. 173.

contravenha aos limites traçados na lei. Mas, do mesmo modo, não poderá fixar-lhe limites mais estreitos do que os que a lei delineou, e isso porque, se o fizer, estará reduzindo a competência da agência e suprimindo-lhe o poder de regulação no âmbito da especificidade técnica que, afinal, se insere em sua competência administrativa.

Aqui merece análise um ponto que, em nosso entender, tem grande densidade no que toca a essa questão.

A questão em si de o legislador delegar o poder de instituir normatização técnica para as agências reguladoras não constitui, segundo julgamos, nenhum fator de grande inovação, conforme acentuamos anteriormente, já que a função regulamentar sempre teve em mira criar regras novas de caráter complementar.

O foco do problema, porém, se situa no modo e na forma como os administradores públicos – no caso os dirigentes das agências – vão fazê-lo, isto é, vão editar as normas técnicas de caráter geral e abstrato relativas ao setor cuja fiscalização lhes incumbe. Quer dizer: é preciso saber se as normas que editarem estarão realmente compatíveis com os standards contidos na lei.

Vários são os requisitos que tais administradores deverão possuir para a consecução dos objetivos da lei. Primeiramente, tais agentes devem ser administradores, e não políticos; quem converte a função administrativa em função política fatalmente descarta o verdadeiro escopo legal e dissimula seu desvio de finalidade. Aqui não nos estamos referindo a políticas públicas: estas existirão sempre, pois que representam as ações e estratégias a serem adotadas pelo administrador. A referência foi feita àquela política em que o fim último da atuação do agente é de caráter pessoal, não levando em conta os interesses da coletividade – aquela, afinal, que visa a benefícios e ambições pessoais do agente.

Outro requisito é a eficiência, ou seja, a competência dos administradores para o exercício de seus misteres, competência, registre-se, em seu sentido comum, indicando a necessidade de especialização técnica dos administradores no setor de influência das agências. Se os dirigentes dessas entidades não estão afeiçoados ao setor que lhes cabe controlar, os resultados serão inevitavelmente desastrosos. Nesse caso, de nada terá adiantado a relativa independência administrativa que lhes foi concedida.

Ainda dentro do princípio da eficiência, destaca-se a importância de ter a entidade estrutura administrativa adequada aos fins a que se destina. Se a agência tem por objetivo regular o setor de telecomunicações, por exemplo, urge que seja dotada de estrutura técnica e administrativa para bem executá-lo. Fora daí, a entidade terá mero papel formal no sistema, mas não dirá a que veio. É sabido que cometemos um grave erro na criação das agências: primeiro se efetivou a desestatização, depois se pensou na estruturação das entidades. Não é uma postura administrativa lógica. Até para o leigo, a proposta seria inversa: antes se instituem as entidades controladores e se lhes atribui o quadro técnico e administrativo adequado; depois se começa a atuar na

fiscalização do setor. Isso é que seria lógico, razoável, sensato.

Parece-nos, pois, que toda a questão sobre o poder normativo das agências não está, em nosso entender, na amplitude disciplinadora que o sistema lhes concedeu. A evolução das relações sociais imporia mesmo a delegação desse poder. Preocupa a sociedade – isto sim – é a perspectiva que advirá da delegação normativa, ou seja, se a delegação implicará na efetiva consecução dos resultados. Em outras palavras: não está em jogo o princípio da hierarquia normativa e da separação de Poderes e funções. Está em jogo, realmente, o princípio da efetividade.

6. CONCLUSÕES

A despeito da polêmica que se instalou sobre o poder normativo das agências reguladoras, consideramos que tal poder não constitui inovação de relevo e que, ao contrário, estampa apenas o exercício do poder de regulamentação classicamente atribuído aos órgãos administrativos.

A disciplina normativa, de caráter basicamente técnico, conferida a tais entidades não indica qualquer vestígio de usurpação do poder legiferante, uma vez que, mesmo editando normas gerais, as agências atuam no exercício da função administrativa.

A sociedade não estava acostumada ao regime introduzido pelas agências. E o novo – como é sabido – sempre produz desconfianças, freqüentemente infundadas.

O que importa, na verdade, mais que a questão da legitimidade normativa, é que as agências alcancem efetivamente os fins para os quais foram instituídas no sistema de controle de prestadores de serviços públicos e de certos setores da atividade econômica. O que se quer é que atinjam metas e que persigam resultados.

A sociedade deseja – esse é que nos parece o ponto de mais relevância - que o novo sistema e as agências de que se compõe realcem o princípio da efetividade.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

FILHO, José Dos Santos Carvalho. Agências Reguladoras e Poder Normativo. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, nº. 7, setembro/outubro/novembro, 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site www.direitodoestado.com.br

Publicação Impressa:

Informação não disponível