

MARCELLA DE CHIARA PENTEADO DE CASTRO

O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS
NO BRASIL
PECULIARIDADES E FORMAS DE CONTROLE

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO
2017

MARCELLA DE CHIARA PENTEADO DE CASTRO

**O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS
NO BRASIL**

PECULIARIDADE E FORMAS DE CONTROLE

Monografia apresentada à
Faculdade de Direito da Pontifícia
Universidade Católica de São
Paulo, como exigência parcial
para obtenção do Título de
Especialista em Direito
Administrativo.

Orientador: Prof. Thomas Almeida

São Paulo

2017

Banca Examinadora

Dedico este pequeno trabalho monográfico à minha adorada Mãe, Marília, pois sem seu apoio, incondicional, esta especialização não seria possível. Dedico, também, ao meu Pai, Pedro (em memória), que nos deixou este ano. Meu amado Pai nunca deixou de me incentivar em todos os sentidos na minha vida. Com certeza ele está feliz com mais essa realização! Dedico ao meu Padrasto, Parlatore, por toda a paciência em dialogar sobre a realidade da vida e do suposto Estado Democrático de Direito. E por fim, dedico meu trabalho ao meu querido amigo Vinicius Diniz Moreira, meu maior incentivador profissional e com quem tenho aprendido sobre a advocacia administrativista mais do que nunca. Em momento algum vocês permitiram que eu desistisse diante dos desafios.

AGRADECIMENTOS

O Curso em Especialização em Direito Administrativo ministrado na Pontifícia Universidade Católica sempre foi um sonho a ser realizado. E, finalmente, conquistado. Minha graduação em Direito foi na PUC/SP e, portanto, não haveria lugar melhor e mais qualificado para continuar meus estudos acadêmicos. Agradeço à Instituição pelo brilhantismo em desenvolver o estudo do Direito Administrativo e tenho orgulho em pertencer à estrutura de ensino pioneira nos estudos do Direito Administrativo no Brasil.

Agradeço aos meus queridos professores, desde a graduação, onde tive a honra de estudar Direito Administrativo com o ilustre Professor José Eduardo Cardozo, bem como agradeço a todos os palestrantes e professores assistentes do Curso de Especialização em Direito Administrativo da PUC/COGEAE, em São Paulo.

Agradeço a todos os especialistas que puderam dividir seus conhecimentos nas palestras semanais apresentadas no curso, em especial aos Professores Marcio Cammarosano, Maria Sílvia Zanella Di Pietro, Dinorá Grotti, Ricardo Marcondes Martins, Alexandre Mazza, Maurício Zockun, Silvio Luis Ferreira da Rocha, Leticia Queiroz, dentre outros de elevadíssima competência.

Quanto aos professores assistentes, agradeço imensamente a todos pelos *insights* e desafios propostos quanto às temáticas atuais do Direito Administrativo. Em especial, agradeço imensamente aos ensinamentos dos Professores Alexandre Levin, Flavia Cammarosano, Taiane Lobato, Karina Harb e Thomas Almeida.

Principalmente, não posso deixar de registrar minha estima e gratidão ao meu orientador Professor Thomas Almeida. Sua competência, experiência, sabedoria e compreensão foram fundamentais para o resultado deste singelo trabalho.

Por fim gostaria de demonstrar meus agradecimentos aos meus colegas de turma, em especial à Renata Faria, cujas opiniões sempre se mostraram relevantes e fundamentais para os debates em sala de aula.

Em derradeiro, mais uma vez, registro minha admiração e reconhecimento ao meu querido amigo Vinicius Diniz Moreira. Por diversas vezes,

discutimos profundamente vários dos temas sugeridos nas aulas semanais e sempre recebi incentivos e ideias para apresentar aos debates. Você me ajudou muito a crescer pessoal e profissionalmente, fazendo com que eu acreditasse e confiasse em mim e no meu potencial como advogada administrativista.

Agradeço a todos por tudo!

SUMÁRIO

I – Introdução	8
II – Desenvolvimento das Agências Reguladoras no Direito Brasileiro	11
II.1 Desafios históricos e instituição das Agências Reguladoras.....	11
II.2 Natureza Jurídica e Conceituação de Agência Reguladora	18
III – Características Principais das Agências Reguladoras e suas Competências.....	20
III.1 - Independência/Autonomia Administrativa	20
III.2 – Independência/Autonomia Financeira.....	21
III.3 – Ausência de subordinação hierárquica em relação à Administração Central	23
III.4 – Independência/Autonomia Orgânica	24
III. 5 - Competência Técnica Especializada	25
III.6 - Competência Normativa.....	27
III.7 - Competência Fiscalizadora	28
III.8 - Competência Julgadora e Sancionatória.....	28
III.9 - Competência para Composição de Conflitos.....	30
IV – O Poder Normativo das Agências Reguladoras.....	33
IV.1 – Discricionariedade Administrativa	33
IV.2 – O Poder Normativo emanado das Agências Reguladoras e os diversos posicionamentos doutrinários a respeito de sua legitimidade.....	35
IV.3 – Possibilidade de conflitos com Princípios Constitucionais	48
IV.4 – A questão do déficit democrático	53
IV.6 – O real problema do Poder Normativo das Agências Reguladoras	55
V – Formas de Controle do Poder Normativo das Agências Reguladoras	57
V.1 – O controle por meio do Poder Executivo.....	57
V.2 – O Controle por meio do Congresso Nacional.....	59
V.3 - O Controle por meio dos Tribunais de Contas	61
V.4 – O Controle por meio do Poder Judiciário	62
V.5 – O Controle por meio da Sociedade.....	66
VI – Considerações sobre a Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras	68
VII – Conclusão.....	71
III – Referências.....	75

I – Introdução

O presente trabalho monográfico tratará, em resumo, do desenvolvimento das Agências Reguladoras no Brasil, bem como de seu principal desafio, qual seja garantir a legitimidade de sua mais relevante característica: o Poder Regulamentador das Agências Reguladoras.

Para tal desafio, serão abordados temas como o desenvolvimento histórico e a instituição das Agências Reguladoras em nosso ordenamento jurídico. A profunda descentralização do aparato Estatal ocorrida nos idos dos anos 90, resultou no surgimento de diversos órgãos e entidades independentes, sempre em busca da maior eficiência possível.

Assim, houve a alteração do papel do Estado, passando a ser, agora, agente regulador, com significativa redução de sua atuação na seara econômica. O Estado passa a ser menor, enxuto, preocupado com sua atividade reguladora e garantidora.

A nova estrutura Estatal incluiu, portanto, a figura das Agências Reguladoras como entidades independentes. O legislador infraconstitucional assim as denominou e passou a considera-las como autarquias especiais. Dessa forma, para consecução de seus fins, tais entidades independentes foram dotadas de poderes diferenciados de outras entidades, principalmente com relação ao seu Poder Normativo.

Uma vez que não existe Lei Geral sobre as Agências Reguladoras, para traçar seu perfil deve-se levar em consideração o quanto disposto nas diversas leis instituidoras de cada uma dessas entidades independentes.

Dessa forma, o regime jurídico adotado pelas Agências Reguladoras foi, como dito, o de Autarquias Especiais, prevendo peculiaridades específicas para cada uma delas, mas, contendo, também, características em comum.

Dentre as suas características comuns, podemos citar a autonomia administrativa, autonomia financeira, ausência de subordinação hierárquica em relação à Administração Central, autonomia orgânica, competência técnica

especializada, competência para editar normas, competência fiscalizatória, competência julgadora e sancionatória e competência para composição de conflitos.

Para o presente trabalho nos mantivemos restritos à análise mais pormenorizada de uma dessas características principais, qual seja o famigerado Poder Normativo das Agências Reguladoras.

Veremos que tal Poder resulta diretamente da independência e autonomia atribuídas às Agências Reguladoras. Entretanto, o Poder Normativo acabou por gerar diversas controvérsias doutrinárias a respeito de sua real legitimidade, constitucionalidade e alcance.

Para iniciar a análise do tema, partimos da verificação do que se entende por discricionariedade administrativa e veremos que tal competência, para a instituição de regulamentos, não deve implicar qualquer arbitrariedade, mas, de uma forma ou de outra, os ditames previstos em normas regulamentares estarão sempre adstritos ao quanto determinado inicialmente pela legislação.

Depois, analisaremos detidamente o posicionamento dos mais renomados doutrinadores a respeito do alcance do Poder Normativo das Agências Reguladoras. De forma geral, os autores constroem seus argumentos de modo a reinterpretar certos dispositivos constitucionais, conferindo legitimidade ao mencionado Poder e apresentando soluções para evitar o conflito com os Princípios Constitucionais da Separação dos Poderes e da Legalidade.

No fim e ao cabo, grande parte da doutrina acaba por aceitar a legitimidade do Poder Normativo das Agências Reguladoras, tendo em vista o quanto previsto em suas leis instituidoras e de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro como um todo.

De mais a mais, ainda faremos breve análise a respeito da congruência do Poder Normativo das Agências Reguladoras com os Princípios Constitucionais da Separação dos Poderes, da Legalidade e da Eficiência.

No mais, também, apresentaremos singelas considerações sobre importante questionamento trazido pela doutrina, qual seja a questão referente ao chamado déficit democrático existente nos procedimentos de edição dos regulamentos expedidos pelas Agências Reguladoras.

E já caminhando para o final do trabalho monográfico em apreço, apresentaremos qual entendemos ser o real problema acerca do Poder Normativo das Agências Reguladoras. A grande dificuldade reside na forma de controle do mencionado Poder (e/ou ausência de controle pelos órgãos legitimados para tanto).

Assim, serão expostas diversas formas existentes de controle do Poder Normativo das Agências Reguladoras, sendo eles: o controle por meio do Poder Executivo, do Congresso Nacional, dos Tribunais de Contas, do Poder Judiciário e o controle por meio da Sociedade.

E já caminhando para o final desta singela monografia, mostraremos algumas considerações sobre a chamada responsabilidade civil das Agências Reguladoras.

E com isso encerramos nosso modesto trabalho monográfico, com uma singela dúvida, seriam as características das Agências Reguladoras aptas a ensejar que tais entidades configurassem uma nova função estatal? A resposta para tal questionamento, possivelmente, demandaria, novos estudos, mas, em termos gerais, diagnosticamos que se faz necessária a edição de uma Lei Geral para que as Agências Reguladoras possam desenvolver suas atividades de forma a não restarem mais quaisquer dúvidas sobre sua legitimidade e constitucionalidade.

II – Desenvolvimento das Agências Reguladoras no Direito Brasileiro

II.1 Desafios históricos e instituição das Agências Reguladoras

As Agências Reguladoras independentes nasceram nos Estados Unidos da América, sob a denominação *Public Utilities Commissions*, e, em meados dos anos 80, expandiram-se para outros países do mundo. No Brasil, o fenômeno teve início na década de 90, sendo adaptado às realidades jurídicas, econômicas e sociais do país.

As Agências Reguladoras floresceram no Brasil, num cenário de profunda mudança social, que culminou na fragmentação da Administração Pública, nos moldes anteriormente prevalentes. Com a Reforma Administrativa, advinda com a Emenda Constitucional nº 19/1998, houve uma profunda descentralização no seio da Administração Pública, resultando no surgimento de diversos órgãos e entidades independentes.

Isso porque restou constatada a crise do chamado modelo de Estado social e intervencionista, resultando no excesso de ineficiência nas atividades de atribuições da Administração Pública. Portanto, o objetivo primordial da reforma do Estado foi a busca pela maior eficiência possível. Assim, vislumbrou-se a possibilidade de reduzir as responsabilidades e obrigações do Estado, de modo a conferir maiores poderes para setores específicos da sociedade, os quais apenas necessitavam da atuação da Administração como entidade fiscalizadora ou de regulação da atividade.

A alteração do modelo estatal resultou em diversas formas de descentralização da atividade estatal. Segundo LUIZ EDUARDO DINIZ ARAÚJO¹,

a última década do século XX assistiu ao reaparecimento de ideias liberais, voltadas a conter a atuação do Estado, principalmente nos países da Europa e da América Latina. Privatização, liberalização e desregulamentação têm-se constituído em balizas fundamentais no plano interno.

(...) Ou seja, nos países da Europa e da América Latina tem havido maciça privatização de entes e empresas estatais, substituídas por mecanismos de acompanhamento e regulação estatais. Para tanto se

¹ ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. **Controle da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Synergia Editora, 2013, pg. 32.

tem dado ênfase às chamadas agências reguladoras independentes ou autônomas.

Todas essas formas de alteração do modelo estatal realizadas nos anos 90 caracterizaram o que o autor acima mencionado, denominou de *“revisão do papel do Estado na economia”*. Para ele, *“característica do modelo regulador é a diminuição do tamanho do Estado e a alteração da forma de atuação na ordem econômica: em vez da absorção, o Estado atua economicamente por meio da direção”*.²

A exemplificar o exposto acima, LEILA CUÉLLAR³ expõe que, neste contexto,

busca-se modificar a forma de intervenção estatal na economia, com a diminuição de sua atuação direta (na qualidade de produtor, empresário) e valorização da intervenção indireta (influenciando, incentivando ou disciplinando o comportamento dos particulares). Procura-se estabelecer em Estado menor, mais enxuto – porém mais forte e eficiente. Em decorrência, a atividade regulatória do Estado também sofreu sérias mutações qualitativas e quantitativas, pois se deu uma (parcial) alteração da forma pela qual se revela a presença do Estado na Economia – de gestor e prestador de atividades econômicas, ele passou a regulador e garantidor.

Na contramão do outrora considerado o modelo ideal, o Estado central e hierarquizado cedeu lugar às Agências Reguladoras que, uma vez independentes, passaram a fazer parte de uma nova e moderna estrutura estatal.

Segundo ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO⁴

o que se verifica é a transformação dos modelos de administração pública, que passam a se situar no desenho organizativo e na gestão de recursos em função da natureza das tarefas, levando à fragmentação harmônica do aparato administrativo, à necessidade de novos instrumentos de integração e coordenação, e ao reconhecimento de novos graus do exercício autônomo da discricionariedade, com a emergência de mecanismos de controle mais finalísticos que hierárquicos.

² ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. **Controle da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Synergia Editora, 2013, pg. 36.

³ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2008, pg. 33.

⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição, pg. 210.

No entender do autor, toda a modificação necessária surgida no setor deveu-se a nova sistemática proposta via Constituição Federal, na qual se pretendeu dar maior eficiência e economicidade, em prestígio aos princípios preconizados no Direito Administrativo.

Assim, no Brasil, foram introduzidos no ordenamento jurídico, por meio das Emendas Constitucionais nº 08/95 e nº 09/95, os chamados órgãos reguladores para os setores de telecomunicações e petróleo. Posteriormente, e por conta das alterações constitucionais anteriores, surgiu a terminologia ora adotada de Agência Reguladora. Cite-se como exemplo, a Agência Nacional de Telecomunicações, instituída por meio da Lei nº 9.472/97 e a Agência Nacional do Petróleo, instituída por meio da Lei nº 9.478/97.

Dessa maneira, foi o legislador infraconstitucional que passou a denominar as novas entidades como Agências Reguladoras, caracterizando-as como **“Autarquias Especiais”**.

Desse modo, certas atividades desempenhadas por particulares, bem como algumas atividades vinculadas principalmente aos serviços públicos passaram a ser reguladas por tais entidades especiais.

Contudo, conforme se verá abaixo, as características necessárias para a existência de tais entidades, acabaram por gerar diversas controvérsias jurídicas, dentre elas aquela que diz respeito ao chamado Poder Normativo das Agências Reguladoras.

No momento, cumpre frisar que, de todo modo, com ou não incongruências constitucionais a respeito do Poder Normativo, as Agências Reguladoras foram inseridas em nosso ordenamento jurídico, em momento histórico que exigiu mudanças relevantes no aparato administrativo do Estado Brasileiro. Houve, conforme mencionado, a necessidade de maior descentralização administrativa, de modo a realizar os anseios sociais de maneira satisfatória.

Ainda, embora houvesse a unidade administrativa, representada pelo Poder Executivo, havia a necessidade de proceder-se a renovação da Administração, em termos de gestão. Desse modo, para o renomado autor ALEXANDRE SANTOS

DE ARAGÃO⁵, a descentralização administrativa não apresentou qualquer antagonismo à unidade da Administração. Vejamos.

Não há, portanto, antagonismo entre a autonomia de entidades e órgãos materialmente descentralizados com a unidade da Administração, muito pelo contrário: a Administração Pública contemporânea, para cumprir as suas funções e atender aos valores e princípios constitucionais a ela impostos, deve atuar, ao mesmo tempo, coordenada e descentralizadamente.

Vemo-nos diante de um Direito Administrativo mais complexo e plural, que abandona a ideia de que uma atividade administrativa só é racional na medida em que estiver previamente prevista, detalhadamente normatizada e sujeita a uma linha hierárquica; que a substituiu por técnicas de análise, gestão e responsabilidades estratégicas.

Frise-se que a descentralização conceituada por ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO⁶, é aquela que

leva ao pluricentrismo da Administração Pública contemporânea. Pouco importa, repita-se que seja instrumentalizada em entidades dotadas de personalidade jurídica ou em órgãos internos despersonalizados.

Em todos estes casos haverá descentralização se foram outorgadas prerrogativas e garantias suficientes ao desempenho autônomo de funções destacadas do poder central. A nota fundamental é a não vinculação hierárquica.

Frise-se que nos dizeres de ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO⁷, “a *necessidade de descentralização normativa, principalmente de natureza técnica, é a razão de ser das entidades reguladoras independentes, ao que podemos acrescentar o fato de a competência normativa, abstrata ou concreta, integrar o próprio conceito de regulação*”.

A existência das Agências Reguladoras no Brasil guardou relação com a necessidade de intervenção estatal em certos setores da economia, uma vez

⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição, pg. 212.

⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição, pg. 215.

⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição, pg. 414

que se consignou a impossibilidade de o Estado deixar aos arbítrios do mundo empresarial o gerenciamento de atividades de interesse público. A regulação desses setores, portanto, deveria ficar a cargo do Estado. Entretanto, dada a relevância das matérias tratadas,

procurou-se, todavia, fazer com que a regulação de tais atividades não ficasse sujeita à variação dos humores político-partidários, dotando-se as entidades dela incumbidas de uma especial autonomia em relação ao Poder Executivo central, autonomia esta cuja principal nota é a nomeação dos seus dirigentes por mandato determinado, durante o qual é vedada a exoneração *ad nutum*.⁸

Além disso, verifica-se no conjunto da sociedade a impossibilidade de a legislação estabelecer todas as vicissitudes e eventos passíveis de ocorrer no âmbito social e empresarial. De acordo com LUIZ EDUARDO DINIZ ARAÚJO⁹

na verdade, uma das razões da instituição das agências reguladoras foi a constatação de que, para manter a livre e equilibrada concorrência, necessitava-se da criação de instrumento de edição de normas que conseguisse acompanhar a dinâmica acelerada dos setores econômicos, estabelecendo regras com a agilidade necessária. Agilidade, esta, que não poderia ser esperada do Poder Legislativo, que não possui nem o conhecimento detalhado do setor regulado, nem a agilidade suficiente para editar normas.

Assim é que se espera das agências reguladoras o desenvolvimento de regras, com base em lei, mas com a finalidade de apresentar soluções racionais, gerais e uniformes para as diversas situações fáticas que surjam.

É no mesmo sentido o entendimento de ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO¹⁰ para quem:

no que diz respeito especificamente à atividade administrativa, também não demorou para ser constatada a impossibilidade de a lei estabelecer prévia e exaustivamente todos os atos que o administrador deveria, de forma autômata, praticar para proteger o interesse público.

Impôs-se ao legislador que, na impraticabilidade de prever todas as situações que demandariam a atuação do Poder Público, concedesse

⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição, pg. 219.

⁹ ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. **Controle da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Synergia Editora, 2013, pg. 80.

¹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição, pg. 433

à Administração certa liberdade para determinar o conteúdo dos seus preceitos. As leis passaram então a ser mais gerais e menos determinadas. Essa técnica legislativa recebeu o nome de discricionariedade.

Assim, para consecução de seu mister, tais Agências Reguladoras receberam poderes diferenciados de outras entidades, de forma a tentar garantir o desempenho satisfatório de suas prerrogativas e atividades. Dentre tais poderes, destaca-se o chamado Poder Normativo. Para ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO¹¹

como consequência necessária, tais entidades foram dotadas de amplos poderes, notadamente de natureza normativa, vez que, de outra forma, não poderiam desempenhar satisfatoriamente (agilidade, informalidade, constante adaptação à realidade cambiante, etc.) suas atribuições, o que exige ainda um corpo de titulares revestidos das prerrogativas necessárias à manutenção da sua impermeabilidade em face dos interesses políticos transitórios e dos interesses econômicos regulados.

Ressalta-se que não só para regular setores estratégicos de interesse público, consubstanciados na regulação de certos serviços públicos, as Agências Reguladoras foram criadas. As atividades econômicas *stricto sensu* também foram alvo de regulação, por meio da intervenção estatal em certos setores relevantes, como por exemplo o setor da saúde, com a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Além das Agências Reguladoras de serviços públicos (ex.: Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL), e as de atividades econômicas privadas, (ex.: Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA), ainda podemos considerar aquelas Agências Reguladoras de Exploração de Monopólios Públicos (ex.: Agência Nacional do Petróleo – ANP) e as Agências Reguladoras de Exploração de Bens Públicos (ex.: Agência Nacional de Águas), dentre outras modalidades.

Cumpre notar que não existe Lei Geral que preconize as regras comuns aplicáveis às Agências Reguladoras. Desse modo, para que sejam traçadas suas características específicas deve-se notar as leis criadoras de cada uma das

¹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição, pg. 219.

entidades. Frise-se que existem Agências Reguladoras tanto no âmbito federal, como no estadual e no municipal. Para este trabalho, não serão analisadas cada uma delas, dada a limitação do tema proposto inicialmente, mas vale mencionar quais seriam as principais Agências Reguladoras, na esfera Federal, a título de exemplo. São elas:

- Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL;
- Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL;
- Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP;
- Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA;
- Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS;
- Agência Nacional de Águas – ANA;
- Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT;
- Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ;
- Agência Nacional de Cinema – ANCINE;
- Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC;

Assim, embora haja diversidade de Agências Reguladoras criadas desde a década de 90, para LEILA CUÉLLAR¹²

apesar de não haver lei específica sobre as agências, isto é, lei que defina o que é uma agência reguladora e estabeleça o quadro geral delas, os diplomas normativos que instituem esses órgãos têm adotado noções e características idênticas ou semelhantes, permitindo que se trace um panorama geral a partir da análise da legislação em tela.

Contudo, vale destacar que os amplos poderes conferidos às Agências Reguladoras acabaram por gerar diversos fenômenos jurídicos contraditórios. Ou seja, por meio da criação das Agências Reguladoras quis-se buscar uma Administração Pública mais eficiente e organizada. Entretanto, não houve qualquer prevenção caso as ditas entidades especiais excedessem em seus poderes. Em outras palavras:

Fenômeno que poderá se revelar no Estado regulador, frente a uma sociedade civil relativamente frágil, será o excesso de regulação, ou seja, excesso na expedição de normas para regular as atividades econômicas e mediar os conflitos existentes entre a sociedade civil

¹² CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2008, pg. 42.

consumidora e os prestadores de serviços. Também se dá o nome de juridificação a tal fenômeno.¹³

Por fim, abaixo abordaremos algumas das peculiaridades acarretadas pela instituição das Agências Reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro, como por exemplo o fenômeno apontado acima, bem como discorreremos a respeito da natureza jurídica das Agências Reguladoras, além de suas principais características.

II.2 Natureza Jurídica e Conceituação de Agência Reguladora

Conforme mencionado acima, não existe previsão específica sobre a denominação de Agências Reguladoras na Constituição Federal, nem mesmo existe Lei Geral sobre elas, sendo que para que se obtenha um quadro geral sobre seu conceito e características principais deve-se atentar para o quanto disposto na legislação ordinária existente para cada uma das entidades.

Dessa forma, segundo LEILA CUÉLLAR¹⁴

constata-se que cada agência reguladora tem o seu regime jurídico próprio, estabelecido pelas normas que a instituíram. Assim, não é possível falar em regime único, cada uma delas possuindo uma normatividade própria, singular. Não obstante semelhantes em alguns pontos, tais regimes apresentam variações significativas.

Por essa razão, também, pode-se afirmar que as agências reguladoras detêm graus diversos de autonomia, de acordo com as características previstas na lei que as criou. O mesmo deve ser dito em relação às atribuições e deveres-poderes conferidos, pois nem todas as agências detêm a mesma gama de atribuições e deveres-poderes.

Entretanto, geralmente, as leis infraconstitucionais instituidoras das Agências Reguladoras apresentam regimes jurídicos próximos, normalmente, *“todas as agências reguladoras que até agora foram criadas possuem natureza de autarquia*

¹³ ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. **Controle da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Synergia Editora, 2013, pg. 46.

¹⁴ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2008, pg. 74 e 75.

*chamada de especial, sendo dotadas de algumas características que buscam lhes garantir uma maior independência”.*¹⁵

De forma simplificada, as Agências Reguladoras podem ser entendidas no Direito Brasileiro como ***Autarquias Especiais***. Tal qualificação institucional, define as tais entidades especiais como aquelas “*dotadas de considerável autonomia frente à Administração centralizada, incumbidas do exercício de funções regulatórias e dirigidas por colegiado, cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal, vedada a exoneração ad nutum*”¹⁶.

Em outras palavras, para LEILA CUÉLLAR¹⁷, a natureza jurídica das Agências Reguladoras como Autarquias Especiais pode ser melhor diagnosticada como aquela pessoa jurídica de Direito Público interno

que integra a Administração Indireta – criada por lei, dotada de capacidade administrativa, patrimônio, orçamento, receitas e atribuições próprios, sujeita a controle, vigilância e tutela pelo Estado, com fim específico de executar atividades típicas da Administração Pública.

Dessa forma, constata-se que a denominação de autarquias especiais para as Agências Reguladoras denota que são entidades com maior autonomia e independências do que outras figuras da Administração Pública. A título de exemplo, podemos citar a especialidade conferida à Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. Segundo sua Lei instituidora, a entidade possui independência administrativa, autonomia financeira, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, diferindo-a, portanto, das autarquias convencionais. Outras, como por exemplo, a Agência Nacional de Saúde - ANS possui autonomia para gestão de recursos humanos.

Veremos, abaixo, as principais características que demonstram a especialidade das entidades chamadas Agências Reguladoras.

¹⁵ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2008, pg. 76.

¹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição, pg. 281.

¹⁷ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2008, pg. 78.

III – Características Principais das Agências Reguladoras e suas Competências

Neste tópico veremos as principais características e competências conferidas às Agências Reguladoras, por meio de suas leis instituidoras. Dentre as mais relevantes que serão mencionadas, abaixo, ressaltam-se (i) a autonomia administrativa; (ii) a autonomia financeira; (iii) a ausência de subordinação hierárquica em relação à Administração Central; (iv) a autonomia orgânica; (v) a competência técnica especializada; (vi) a competência para editar normas; (vii) a competência fiscalizatória; (viii) a competência julgadora e sancionatória; e, por fim, (ix) a competência para composição de conflitos.

A depender do entendimento de cada autor analisado, as denominações das características principais das Agências Reguladoras podem variar e até mesmo confundir-se. Em essência, a seguir, apresentaremos cada uma delas, resumidamente, e segundo a conceituação mais utilizada pela doutrina brasileira.

III.1 - Independência/Autonomia Administrativa

A chamada autonomia administrativa pode ser entendida de diversas formas. De maneira geral, a conceituação pode englobar inclusive a ausência de vínculo hierárquico com o Governo Central, bem como sua atuação no setor correspondente de maneira independente, até mesmo financeiramente.

Para LEILA CUÉLLAR¹⁸,

a independência implica ausência de vínculo hierárquico formal entre a agência reguladora e a pessoa administrativa central. Refere-se também à autonomia de atuação do ente e à financeira, além de, do ponto de vista prático, relacionar-se com a previsão de mecanismos para evitar a captura das agências por interesses políticos ou econômicos.

Além desse ponto de vista, podemos tomar a autonomia administrativa como neutralidade política e imparcialidade na condução de suas

¹⁸ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2008, pg. 95.

funções. Nesse sentido, FLAVIO DE ARAÚJO WILLEMANN¹⁹ transcreve o entendimento de VITAL MOREIRA, para quem

“O objetivo da criação das AAI (Autoridades Administrativas Independentes) é, por conseguinte, o de garantir a neutralidade política da gestão administrativa que desempenham, assegurando que o sector sobre o qual actuam se desenvolva de acordo com as suas próprias regras, as regras e os critérios técnicos do sector em causa (banca, bolsa, seguros, etc.). A consecução desta finalidade conduziu à institucionalização de organismos administrativos novos, marcados pela independência e imparcialidade. Neste contexto, a independência das AAI funciona ao mesmo tempo como garantia da neutralidade não só da atividade como também do respectivo setor”.

Além da neutralidade, aponta-se também a imparcialidade como características dessas entidades. A noção de imparcialidade tem sido essencialmente estudada a propósito da jurisdição. Imparcialidade significa estarmos perante um terceiro em relação às partes, um estranho ao respectivo conflito, indiferente em relação ao êxito da demanda.

Vê-se, assim, que as Agências Reguladoras possuem amplos poderes para exercerem suas atividades administrativas e regulatórias, já que o ordenamento jurídico brasileiro lhes conferiu atuação ampla, sendo que sua independência e autonomia de gestão devem estar, necessariamente, atreladas ao quanto disposto na legislação, agindo com neutralidade política e imparcialidade na condução dos conflitos.

III.2 – Independência/Autonomia Financeira

Para que as Agências Reguladoras possam atuar da forma como prevista acima, necessitam, também, de ampla autonomia financeira. Significa dizer que tais entidades especiais obterão recursos próprios para persecução de seus fins, independentemente da ingerência da Administração Central.

Ao discorrer sobre a autonomia financeira das Agências Reguladoras LEILA CUÉLLAR²⁰ salienta que

¹⁹ WILLEMANN, Flávio de Araújo. **Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2015, 3ª Edição, pg. 78.

²⁰ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2008, pg. 99.

as agências reguladoras devem dispor de recursos materiais, através da transferência de patrimônio que lhes é afetada quando de sua instituição, dotações orçamentárias gerais e outras fontes de receitas próprias – como os recursos oriundos de arrecadação de taxas de fiscalização sobre as atividades reguladas, produtos de multas, emolumentos e retribuição de serviços prestados a terceiros, rendimentos de operações financeiras, recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados, doações, legados, dentre outros que lhes forem destinados e valores apurados na venda ou aluguel de bens móveis ou imóveis de propriedade das agências.

É importante mencionar, também, a autonomia financeira e orçamentária das Agências Reguladoras, na visão de ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO²¹, segundo o qual *“podemos constatar que de fato as leis instituidoras das agências lhes asseguram autonomia financeira, através da titularidade das chamadas ‘taxas regulatórias’ (ex: arts. 11 a 13 da Lei nº 9.427/96); e orçamentária, através do envio da proposta de orçamento ao Ministério ao qual é vinculada”*.

Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro previu as formas de financiamento das Agências Reguladoras de maneira ampla, sem qualquer dependência com a Administração Central.

Contudo, vale mencionar o apontamento feito por LUIZ EDUARDO DINIZ ARAÚJO²², para quem

o Poder Executivo, inclusive, nessa relação de força com as agências, sempre se sairá melhor: é que, apesar da atribuída autonomia financeira, tem sido possível o sistemático contingenciamento dos recursos a serem destinados às agências, alguns, aliás, oriundos da arrecadação de taxas.

Assim, sempre será possível sufocar uma agência, do ponto de vista orçamentário, com a suspensão do destino de recursos legalmente garantidos, o que pode ser bastante eficaz para se conseguir que a agência se alinhe à vontade do governo.

Em que pese a realidade política do país permitir que condutas como as narradas acima ocorram de fato, em termos legais, as leis instituidoras das

²¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição, pg. 352.

²² ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. **Controle da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Synergia Editora, 2013, pg. 112.

Agências Reguladoras preveem sua autonomia financeira, sendo esta, uma de suas principais características diferenciadoras das demais autarquias.

III.3 – Ausência de subordinação hierárquica em relação à Administração Central

Conforme visto acima, as Agências Reguladoras possuem autonomia administrativa e financeira para gerenciar suas atuações, segundo suas leis instituidoras. Por conta disso, outra característica importante de tais entidades é entendida como a ausência de subordinação hierárquica em relação à Administração Central. Ou seja, de acordo com FLAVIO DE ARAÚJO WILLEMANN²³, *“outro aspecto da independência das agências reguladoras importa na impossibilidade de seus atos (suas decisões) serem revistos, via recurso administrativo hierárquico impróprio, pelo Chefe do Poder Executivo que as criou”*.

Entretanto, para LUIZ EDUARDO DINIZ ARAÚJO²⁴,

a ausência de controle hierárquico é uma característica das agências reguladoras enquanto autarquias, e não em razão da especialidade que lhes é atribuída pelo regime jurídico.

(...)

A descentralização, por meio da criação de autarquias, já representa o rompimento da unidade da Administração Pública e significa que não há vínculo hierárquico entre a Administração Central e a autarquia.

Não existindo vínculo hierárquico, não se encontra presente a relação entre a Administração central e a autarquia, a fiscalização hierárquica: “o que passa a existir, na relação entre ambas, é um poder chamado *“controle”*”.

No entender de ALEXANDRE DOS SANTOS ARAGÃO²⁵, a chamada autonomia funcional está presente como característica das Agências Reguladoras, *“sendo incabível, por exemplo, o chamado ‘recurso hierárquico impróprio’, pelo qual o*

²³ WILLEMANN, Flávio de Araújo. **Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2015, 3ª Edição, pg. 76.

²⁴ ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. **Controle da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Synergia Editora, 2013, pg. 104.

²⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição, pg. 270.

Ministro ou outro agente ou órgão da Administração Direta podem revogar ou anular as decisões das autarquias a ele vinculadas”.

Além disso, cumpre frisar que a ausência de subordinação hierárquica das Agências Reguladoras tem sido entendida como regra pela doutrina. LUIZ EDUARDO DINIZ ARAÚJO²⁶ assim aponta, mas, logo após, demonstra possibilidade de considerações divergentes. Vejamos.

Quanto à ausência de controle hierárquico, é relevante registrar que a doutrina brasileira, em regra, tem defendido o descabimento de recurso contra atos das agências reguladoras dirigidos ao ministério ao qual estejam vinculadas ou ao Presidente da República, em razão da ausência de previsão legal para tanto. Na verdade, não somente contra atos das agências reguladoras, mas de qualquer outra pessoa jurídica de direito público.

(...)

No entanto, em 2006, a Advocacia-Geral da União emitiu o Parecer nº 51, ao qual o Presidente da República atribuiu força vinculante e caráter normativo (BINENBOJM, 2008, P.276).

Segundo o entendimento expresso no parecer, os Ministros de Estado dispõem de dever-poder de rever decisões das agências, inclusive atos normativos, quando a agência tiver ultrapassado as balizas legais ou ingressado em espaço reservado à atuação política do governo.

O acionamento dessa competência ministerial, segundo o parecer, pode se dar por meio de recurso hierárquico impróprio, a ser interposto pela parte interessada, ou mesmo de ofício, em face do princípio da autotutela administrativa.

Diante de tal posicionamento, o qual prevê a possibilidade de apresentação de recurso administrativo impróprio, abaixo, em tópico específico, será melhor abordada as eventuais formas de controle do Poder Executivo em face das atividades das Agências Reguladoras. Mas, frise-se, a maior parte da doutrina ainda considerada a impossibilidade de controle hierárquico das Agências Reguladoras por meio do Recurso Administrativo Impróprio.

III.4 – Independência/Autonomia Orgânica

²⁶ ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. **Controle da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Synergia Editora, 2013, pg. 110 e 111.

Cumprir frisar que uma das mais relevantes características das Agências Reguladoras, aquela que, de fato, as distingue das tradicionais autarquias é sua autonomia orgânica,

garantida pela previsão de mandatos fixos e estabilidade aos diretores das agências reguladoras. Essa garantia está presente em todos os diplomas normativos que criam as agências reguladoras (municipais, estaduais, distritais e federais).²⁷

(...)

Dentre os objetivos perseguidos com a instituição de entes reguladores independentes está a busca e neutralidade e imparcialidade em relação aos atores do mercado. Pretende-se tornar a regulação imune às pressões políticas e econômicas.

Ainda, LEILA CUÉLLAR entende que²⁸

visando o atingimento do ideal da eficiência regulatória, a independência orgânica das agências reguladoras decorre da ausência de vinculação dos responsáveis pela direção da agência à Administração Direta. Essa independência é garantida pela previsão de estabilidade dos diretores, o que se concretiza através da forma de escolha e nomeação desses diretores, por meio da existência de mandato fixo e da impossibilidade de exoneração desmotivada e do estabelecimento de causas de incompatibilidade durante e após findo o mandato. A autonomia orgânica se manifesta pela forma de composição da agência, mas também pelo seu modo de atuação, visto que as agências agem desvinculadas do Poder Central.

Portanto, no que se refere à autonomia orgânica das Agências Reguladoras, ressalta-se sua independência, representada pela impossibilidade de exoneração *ad nutum* de seus dirigentes.

III. 5 - Competência Técnica Especializada

Nesse ponto, faz-se importante mencionar que a Administração Pública Central deve, obrigatoriamente, instituir suas políticas públicas, por meio de diretrizes, objetivos, normas e princípios da administração. Dessa maneira, as leis

²⁷ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2008, pg. 82.

²⁸ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2008, pg. 83.

instituidoras das Agências Reguladoras e que fixam suas competências, já preveem quais são os objetivos a serem alcançados pelas entidades, em termos de políticas públicas.

Assim, para a consecução de seus misteres, as Agências Reguladoras foram constituídas como entidades relevantemente técnicas e especializadas em seus setores de ocupação.

Para ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO²⁹,

o caráter técnico da atuação das agências reguladoras se revela através dos requisitos de formação técnica que a lei impõe aos seus dirigentes e, principalmente, pelo fato dos seus atos e normas demandarem conhecimento técnico e científico especializado para que possam ser emanados, aplicados e fiscalizados.

(...)

Mesmo nos setores já afetos a uma normatização preponderante técnica, a isto se soma a necessidade de maior especialização em razão das constantes evoluções tecnológicas e da crescente complexificação e pluralização do sistema social.

(...)

Não podemos, no entanto, ter a ingenuidade de achar que a tecnicidade é sempre acompanhada da imparcialidade, já que, salvo em casos limites, o saber técnico pode perfeitamente ser instrumentalizado em favor de diversos fins políticos

Tal característica também pode ser conceituada como independência funcional. Para LEILA CUÉLLAR³⁰,

outro aspecto importante para a independência das agências reguladoras relaciona-se com a autonomia funcional que lhes é conferida. Essa autonomia abrange uma independência na fixação dos objetivos perseguidos, na escolha dos instrumentos a serem utilizados para atingi-los da maneira mais eficiente possível e na própria execução das atribuições pelas agências. Note-se que aqui não se está a defender que as agências deteriam competência para definir políticas públicas; não se trata disso, mas sim da capacidade de implementar tais políticas do modo mais eficiente para o setor regulado.

²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição, pg. 343 e 344.

³⁰ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2008, pg. 94.

Assim, para efetivação de sua tecnicidade, as Agências Reguladoras foram autorizadas por Lei para utilizarem-se de seu Poder Normativo, abaixo melhor delineado.

III.6 - Competência Normativa

Além da independência orgânica e funcional, para que uma Agência Reguladora seja assim considerada, faz-se necessária a apresentação de sua competência normativa.

Para LEILA CUÉLLAR³¹,

é imperioso esclarecer que o poder de emitir atos normativos é inerente à atividade de regulação, seja ela desenvolvida diretamente pela Administração Pública, seja ela desenvolvida por entidade semi-independente ou totalmente independente.

(...)

Logo, conclui-se que a atribuição de poder-dever normativo às agências independentes é inerente ao seu papel regulador. Não se regula sem competência normativa. Aliás, quanto a isso não há controvérsia alguma: esta se instala quando do debate a propósito dos limites materiais dessa competência essencial à regulação.

O Poder Normativo das Agências Reguladoras será melhor abordado em tópico separado, mas cumpre frisar que existem diversas incongruências e discussões acerca dos poderes normativos das Agências Reguladoras, tendo em vista a existências de princípios constitucionais – como o da Separação dos Poderes e da Legalidade – que podem ser conflitantes com a autonomia normativa das entidades especiais. Segundo HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO³²,

como dificuldade a serem superadas na compreensão dos poderes normativos das agências reguladoras, podem ser apontadas a interpretação constitucional das regras de competência das agências, combinadas com a doutrina da separação dos poderes e os princípios da legalidade e da eficiência, bem ainda a disciplina constitucional e

³¹ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2008, pg. 56 e 57.

³² CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010, pg. 27.

legal das competências regulatórias das agências, estabelecidas num modelo de leis que veiculam diretrizes/objetivos/princípios.

Vejamos, abaixo, mais uma importante característica das Agências Reguladoras, qual seja sua competência fiscalizadora.

III.7 - Competência Fiscalizadora

As leis instituidoras das Agências Reguladoras determinam como uma das formas de atuação de tais entidades a fiscalização dos setores das atividades que regulam. Assim, para ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO³³,

o fundamento da atividade fiscalizatória poderá, no entanto, variar segundo a agência seja (a) reguladora de serviço público, caso em que será um dever inerente do Poder Concedente, (b) reguladora da exploração privada de monopólio ou bem público, quando o fundamento da fiscalização é contratual, ou (c) reguladora de atividade econômica privada, em que a natureza da fiscalização é oriunda do poder de polícia exercido pela agência, poder de polícia este que pode ser clássico ou econômico.

Dessa forma, de acordo com o renomado doutrinador mencionado acima, a competência fiscalizadora das Agências Reguladoras se dará de forma diferenciada, a depender da atividade a ser prestada pelos regulados, seja como entidade reguladora de serviços públicos, reguladora de exploração privada de monopólio ou bem público ou reguladora de atividade econômica privada.

III.8 - Competência Julgadora e Sancionatória

Não basta que as Agências Reguladoras tenham autonomia administrativa, financeira, técnica e normativa. Para realmente buscarem a consecução de seus fins precisam estar munidas de poderes decisórios, caso haja conflitos com os regulados. Assim, é que estão amplamente previstas em suas leis

³³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição, pg. 337

instituidoras, as competências de órgão julgador e sancionador. Para LEILA CUÉLLAR³⁴,

é preciso destacar também que as leis instituidoras das agências reguladoras estabelecem sempre a competência destas para emitir decisões concretas e individuais e para solucionar conflitos. Mas frise-se que essa função desenvolvida pelas agências é distinta daquela exercida pelo Poder Judiciário. Não se trata de uma atividade jurisdicional (mesmo porque as decisões das agências não fazem coisa julgada, quando muito a controversa “coisa julgada administrativa”), mas de uma competência decisória que é atribuída aos entes reguladores (...). Por conseguinte, as agências devem tentar resolver as controvérsias amigavelmente (procurando inicialmente a conciliação de interesses) e suas decisões serão sempre passíveis de revisão pelo Poder Judiciário.

Cumprе ressaltar também que do ponto de vista da autora³⁵

outro ponto de fundamental importância em relação ao poder decisório das agências diz respeito à necessidade de submissão à princípios e regras previstos na Constituição, na lei de processo administrativo (Lei Federal nº 9.784/99) e nas leis específicas a cada ente regulador, de forma a assegurar a publicidade dos atos, o direito à ampla defesa e ao contraditório etc.

No que se refere à competência sancionatória, frise-se que ela decorre da competência julgadora. Ou seja, *“não basta deter a competência para regular e supervisionar o setor se porventura a agência não poder aplicar de forma independente as sanções aos ilícitos cometidos pelos agentes regulados”*³⁶. Assim, para LEILA CUÉLLAR³⁷,

o primeiro aspecto a ser apontado em relação à competência sancionatória das agências reguladoras vincula-se à necessidade de adoção de mecanismos que garantam a transparência, a publicidade do procedimento e a participação dos administrados, com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. A agência não pode - e não deve - aplicar sanções sem o respeito ao prévio e exauriente devido processo legal.

³⁴ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2008, pg. 64 e 65.

³⁵ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2008, pg. 66.

³⁶ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2008, pg. 66 e 67.

³⁷ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2008, pg. 67 e 68.

(...)

Em segundo lugar, saliente-se que as sanções aplicáveis pelas agências reguladoras são de natureza administrativa, podendo consistir em penas pecuniárias (multas, por exemplo) ou sanções de outra ordem (advertência, suspensão ou revogação de concessão, permissão ou autorização, etc.), de acordo com a legislação pertinente.

(...)

Além disso, as sanções devem ser fixadas tendo em vista a natureza e a gravidade das infrações cometidas, bem como em função do resultado delas decorrente e da análise da vantagem auferida pelo infrator (princípio da proporcionalidade).

No mais, vale mencionar que não há possibilidade de as Agências Reguladoras estabelecerem sanções em regulamentos. Para a autora destacada acima³⁸

sob este ângulo, e conforme já destacado, frise-se que a entidade reguladora não detém competência para criar tipos penais-administrativos. Em razão da natureza jurídica da sanção – e dos contornos firmes de segurança e estabilidade jurídicas por ela exigidas num Estado Democrático de Direito – é de se descartar a validade da criação regulamentar de tipos penais administrativos por parte das agências. Regulamentos administrativos que criem tipos e penas atentam contra toda a segurança jurídica e racionalidade de qualquer sistema sancionador. Aqui, a competência é privativa do Poder Legislativo (...). Quando muito, a agência poderá preencher normas sancionatórias em branco oriundas do Legislativo ou aplicar as sanções cujas fontes sejam os próprios contratos ou autorizações (atos administrativos contratuais).

III.9 - Competência para Composição de Conflitos

Da competência julgadora e sancionatória das Agências Reguladoras desdobra-se uma outra competência, qual seja a de composição de conflitos por si própria, quando entram em conflito os regulados e os usuários dos serviços e, também, por meio da instituição da arbitragem. Para ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO³⁹,

³⁸ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2008, pg. 67 69,

³⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição, pg. 339

no que diz respeito às agências reguladoras de serviços públicos, a competência para decidir administrativamente os conflitos entre os delegatários, o Poder Concedente, a própria agência e os usuários decorre a Lei nº 8.987/95 (verbi gratia, arts. 7º e 23, XV), tendo a Lei nº 11.196, de 2005, inserido dispositivo específico sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, a possibilidade de realização de arbitragem (art. 23-A da Lei nº 8.987/95).

Também as leis instituidoras das demais agências reguladoras preveem a sua competência para dirimir conflitos (ex: art. 18, Lei nº 9.478/97).

(...)

De grande polêmica é a possibilidade das agências reguladoras adotarem o juízo arbitral para dirimir conflitos com os agentes econômicos regulados. (...) entendemos que, em face da indisponibilidade dos interesses tutelados pelas agências reguladoras, a adoção da arbitragem só será possível se houver autorização legal, requisito que, pelo menos no caso das agências reguladoras de serviços públicos, está expressamente atendido pelo art. 23-A da Lei 8.987/95, inserido pela Lei 11.196/2005

(...)

As leis instituidoras das agências reguladoras preveem a sua competência para compor conflitos. E mais, o § 6º c/c o caput do art. 5º da Lei nº 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública – autoriza a celebração de compromissos de ajustamento de conduta para a defesa de interesses difusos pelas autarquias, entre as quais encontram-se naturalmente, as agências reguladoras.⁴⁰

Segundo LEILA CUÉLLAR⁴¹, no que se refere à possibilidade de instituição de arbitragem *“cumpre mencionar que ela somente pode ser utilizada nos casos previstos na legislação, desde que decorrente de ato de vontade das partes de a ela se submeterem”*.

Importante frisar que, recentemente, foi editada a Lei nº 13.448/2017, estabelecendo diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da Administração Pública Federal. A norma estabelece expressamente em seu artigo 31⁴² a possibilidade de

⁴⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição, pg. 339 e 341

⁴¹ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2008, pg. 65.

⁴² Art. 31 da Lei nº 13.448/2017 – “As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias”.

dirimir os conflitos existentes por meio da arbitragem ou outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias.

O dispositivo é relevante justamente porque prevê a cláusula arbitral nos contratos de infraestrutura regulados em grande parte pelas Agências Reguladoras responsáveis por cada setor, além de estabelecer quais são os direitos patrimoniais disponíveis passíveis de conformação por meio da arbitragem.⁴³

Assim, após a verificação das principais características das Agências Reguladoras, narradas nos tópicos acima, passaremos, a seguir, a discorrer sobre a principal e mais controvertida de suas peculiaridades, qual seja o seu Poder Normativo.

⁴³ Art. 31 § 4º da Lei nº 13.448/2017 – “Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei: I – as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; II – o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e III – o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes”.

IV – O Poder Normativo das Agências Reguladoras

Conforme visto, dentre as competências conferidas às Agências Reguladoras verifica-se a possibilidade de edição de atos normativos. O chamado Poder Normativo das Agências Reguladoras resulta diretamente de sua independência e autonomia, determinadas por suas leis instituidoras.

Contudo, tal Poder Normativo gerou diversas controvérsias doutrinárias. Não sobre sua real possibilidade de existir, mas sobre seu alcance, ou seja, até que medida podem as Agências Reguladoras interferir nas atividades fiscalizadas por elas por meio de atos normativos.

Ademais, é de se pensar até que ponto tais poderes normativos podem conflitar com os princípios constitucionais da Separação dos Poderes e da Legalidade. Para bem resumir o quanto será discutido nesse tópico, HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO⁴⁴ sintetiza a questão da seguinte forma:

O Direito Regulatório é uma evolução do Direito Administrativo, um ramo didático deste, adaptado às novas funções atribuídas ao Estado, que culminaram com a instituição das Agências Reguladoras no Brasil. O ponto mais controvertido acerca da atuação das agências reguladoras é seguramente a competência de produzir normas gerais e abstratas, competência que, a um só tempo, macula concepções tradicionais do Estado de direito liberal: separação dos poderes e legalidade. Necessário, portanto, uma construção teórica suficientemente densa para compreender e justificar as novas funções da Administração regulatória, inserida no ambiente de risco da sociedade contemporânea, e especialmente para viabilizar um controle efetivo – jurídico e democrático – das normas produzidas. **A resposta à questão passa pela solução do trinômio legalidade, legitimidade e eficiência.**

(grifamos).

IV.1 – Discricionariedade Administrativa

Para tratar melhor do tema da produção normativa das Agências Reguladoras, verifica-se a importância de mencionar, de antemão, a questão da

⁴⁴ CARDOSO, Henrique Ribeiro. CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010, pg. 12.

chamada discricionariedade administrativa. Segundo HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO⁴⁵

A discricionariedade, portanto, configura um resíduo de liberdade decisória resultante da forma que determinado tema foi disciplinado por lei. É técnica utilizada pelo legislador em razão da impossibilidade de tudo se prever na letra da lei, mas será apenas dentro das fronteiras da lei que poderá vicejar a liberdade administrativa.

Assim, o Administrador, embora imbuído da discricionariedade administrativa, deve, apenas, cumprir com o quanto disposto na legislação, de forma a prestigiar da melhor maneira possível o interesse público. Isso significa dizer que discricionariedade não corresponde a arbitrariedade da Administração Pública.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, citado por HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO⁴⁶ ressalta que

Discricionariedade é a qualidade da competência contida por lei à Administração Pública para definir, abstrata ou concretamente, o resíduo de legitimidade necessário para integrar a definição de elementos essenciais à prática de atos de execução voltados ao atendimento de um interesse público.

Dessa forma, diante da ausência de elementos suficientes contidos na legislação, o administrador está autorizado a se pautar por critérios de conveniência e oportunidade para completar o conteúdo ausente ou abstratamente previsto em Lei. A adoção desses critérios também pode ser entendida como mérito administrativo.

Quer-se com isso dizer que, a discricionariedade também estará presente nos atos normativos emanados das Agências Reguladoras. Contudo, *tais atos normativos, editados pela autoridade competente, deverão estar em relação de compatibilidade com a lei, configurando esta um limite externo à atuação da Administração*".⁴⁷

⁴⁵ CARDOSO, Henrique Ribeiro. CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010, pg. 13.

⁴⁶ CARDOSO, Henrique Ribeiro. CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010, pg. 14.

⁴⁷ CARDOSO, Henrique Ribeiro. CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010, pg. 16.

Assim, a adoção da discricionariedade administrativa, ou seja a atribuição de integração da norma lacunosa pelas Agências Reguladoras, deverá ser aplicada quando a Lei:

a) não descrever antecipadamente a situação em vista da qual ocorrerá o comportamento da administração; b) eventual situação for descrita por conceitos jurídicos vagos e imprecisos; c) quando a lei conferir no próprio mandamento, de forma explícita, liberdade decisória à Administração; e d) quando descrever objetivo legal de forma genérica.⁴⁸

A seguir veremos pormenorizadamente os principais posicionamentos doutrinários a respeito do Poder Normativo das Agências Reguladoras.

IV.2 – O Poder Normativo emanado das Agências Reguladoras e os diversos posicionamentos doutrinários a respeito de sua legitimidade

De forma geral, as normas exaradas pelas entidades da Administração Pública, diferentemente do poder regulamentar conferido apenas ao Presidente da República, resumem-se no chamado Poder Normativo. Para HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO⁴⁹,

tal poder configura o exercício de competência para a emissão de normas gerais e abstratas, vinculando, inclusive, particulares em relação com a Administração. Diferencia-se da modalidade de regulamento especialmente por ser exercitado por vasta gama de autoridades públicas, ao passo que o regulamento é privativo do Poder Executivo. As normas decorrentes deste poder normativo estarão, em regra, em nível inferior ao regulamento, uma vez que compete ao Presidente da República a direção superior da Administração Pública federal.

Frise-se que de acordo com a Constituição Federal, em seu artigo 59, o Poder Legislativo poderá elaborar as seguintes espécies normativas: (i) emendas à Constituição; (ii) leis complementares; (iii) leis ordinárias; (iv) leis delegadas; (v)

⁴⁸ CARDOSO, Henrique Ribeiro. CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010, pg. 17.

⁴⁹ CARDOSO, Henrique Ribeiro. CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010, pg. 23.

medidas provisórias; (vi) decretos legislativos; e (vii) resoluções. Assim, para HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO⁵⁰,

excepcionalmente, a Constituição prevê outras espécies normativas, como o Regimento, conferido aos Tribunais e ao Legislativo e o Decreto, posto ao Executivo para dispor sobre a competência e funcionamento de seus órgãos. Afora as hipóteses claramente veiculadas pela Constituição, não há qualquer possibilidade de instituição de qualquer outra espécie normativa primária.

Portanto, para o referido autor, o Poder Normativo das Agências Reguladoras

não decorre de qualquer delegação legislativa: é atribuição própria do Poder Executivo, através da Administração Direta e Indireta, incluídas as Agências Reguladoras, exercer dentro dos parâmetros legais, seu poder normativo. As Agências não legislam, mas normatizam os setores que lhe foram legalmente incumbidos de promover a regulação.⁵¹

Ademais, a confusão que pode existir para o entendimento do Poder Normativo das Agências Reguladoras, reside no fato de que existem regramentos previstos constitucionalmente, os quais referem-se às competências privativas do Presidente da República, constituindo matérias indelegáveis. O artigo 84 da Constituição Federal determina como sua atribuição a expedição de decretos e regulamentos, tendo em vista a fiel execução das leis. Além disso, segundo o inciso VI do mesmo artigo, tais decretos devem dispor apenas sobre a organização e funcionamento da Administração Federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; e/ou sobre extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

Para HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO⁵²,

a Constituição Federal traz, também expressamente, no art. 84, IV, combinado com seu parágrafo único, a privacidade da expedição de decretos e regulamentos para fiel execução de lei do Presidente da

⁵⁰ CARDOSO, Henrique Ribeiro. CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010, pg. 28.

⁵¹ CARDOSO, Henrique Ribeiro. CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010, pg. 29.

⁵² CARDOSO, Henrique Ribeiro. CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010, pg.30.

República, sendo tal matéria indelegável. Todo e qualquer outro ato normativo editado pelo Poder Executivo, seja pela Administração direta ou indireta, que não o Presidente da República, não configurará decreto ou regulamento. Embora se reconheça à Administração e às agências reguladoras competência normativa, tais atos não se travestem de regulamentos.

Soma-se à vedação da delegação de poderes normativos ao Executivo (art. 25 do ADCT), a impossibilidade de se delegar o poder regulamentar a órgãos e entes da Administração (art. 84, IV, da CF). Não reconhecer tais vedações é negar aplicação aos dispositivos constitucionais.

Dessa maneira, em não sendo as normas emanadas das Agências Reguladoras delegação legislativa ou executiva, qual seria a natureza dessas normas?

A doutrina apresenta diversos pontos de vista a respeito da natureza do Poder Normativo das Agências Reguladoras. A depender do autor, constroem seus argumentos de modo a reinterpretar o sentido e o alcance dos dispositivos constitucionais mencionados acima. Apresentam soluções para evitar o conflito com os princípios constitucionais da Separação dos Poderes e da Legalidade, mas, ao fim ao cabo, acabam por aceitar a legitimidade dos Poderes Normativos das Agências Reguladoras. Vejamos alguns desses interessantes posicionamentos.

Segundo HENRIQUE RIBERIRO CARDOSO⁵³,

não são as normas das agências espécies normativas primárias, tampouco regulamentos. Ambas as espécies de norma, no sentido material, são indelegáveis às agências reguladoras, exercendo estas, em moldes semelhantes ao atribuído aos demais entes e órgãos da Administração Direta e Indireta, seu poder normativo, atividade própria do Poder Executivo. A doutrina positivista do direito não consegue justificar – e tampouco controlar – a iniludível realidade do exercício de poderes normativos por agências reguladoras. Esquece-se o positivismo jurídico, embora atrelado ao direito positivo, de observar que a estrutura das normas do direito legislado sofreram profundas alterações, em direção a uma vagueza cada vez maior, ocupando-se de fixar as políticas públicas a serem perseguidas – concretizadas – pelo Executivo. Não acatar esta conclusão implicaria em sustentar a inconstitucionalidade de todos os dispositivos que atribuem poderes normativos às agências reguladoras – inclusive os postos através de Emendas à Constituição.

⁵³ CARDOSO, Henrique Ribeiro. CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010, pg. 32.

E ainda, a corroborar seu entendimento, o autor⁵⁴ referido acima, apresenta interessante posicionamento de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, segundo o qual:

quem for confrontá-las com a Constituição tal qual ela é lida normalmente, ou vai chegar à conclusão que elas exorbitam do poder regulamentar, ou que elas violam o princípio da legalidade, porque ou elas usurpam um poder que é privativo do Presidente da República, ou elas usurpam um poder que é do Congresso Nacional. Eu diria que talvez a saída seja a previsão de um terceiro gênero normativo, mas este terceiro gênero não está previsto até agora. A prática brasileira é de tolerância para esse tipo de normas, e quem sabe aí haja uma norma constitucional não escrita a dar-lhes cobertura.

Portanto, para HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO⁵⁵,

a norma constitucional que irradia à Administração o denominado “poder normativo”, diferenciando-o das espécies normativas do art. 59, bem como do regulamento do art. 84, IV, é o art. 87, parágrafo único, II, da Constituição Federal, que combinado aos arts. 21, XI; 174 e 177, § 2º, III, oferece o arcabouço constitucional das agências reguladoras. O exercício do poder de normatizar das agências reguladoras será pautado sempre pela legalidade e pela constitucionalidade. As leis das agências reguladoras e seus regulamentos estabelecem, em seus textos, o poder normativo, atribuído à Diretoria – órgão colegiado máximo das Agências.

Por fim, o referido autor⁵⁶ conceitua as normas emitidas pelas Agências Reguladoras da seguinte forma:

Atos regulatórios normativos gerais e abstratos emitidos com fundamento no poder normativo previsto nas leis de instituição das agências reguladoras para o exercício da discricionariedade administrativa na aplicação de regras, bem como para a escolha dos meios eficientes para a implementação de diretrizes/objetivos/princípios expressos em legislação finalística, que, pautados pela regra da proporcionalidade, especificam direitos e obrigações a todos os atingidos do setor regulado.

⁵⁴CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010, pg. 33.

⁵⁵CARDOSO, Henrique Ribeiro. CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010, pg. 33.

⁵⁶CARDOSO, Henrique Ribeiro. CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010, pg. 36.

Vejamos a seguir outros interessantes entendimentos sobre o tema, enfrentados pelos doutrinadores mais abalizados.

Ao encarar o tema o Poder Normativo das Agências Reguladoras, diante da competência privativa do Presidente da República, estabelecida no artigo 84, IV, da Constituição Federal, FLÁVIO DE ARAÚJO WILLEMAN⁵⁷ considerou que

o direito brasileiro somente admite a edição de regulamento de execução pelo Poder Executivo; isto é, a edição de ato normativo secundário que não inove no mundo jurídico, sob pena de restarem violados os princípios da legalidade e da separação de poderes ou funções.

(...).

Todavia, com o surgimento das agências reguladoras passou a se entender que tais entidades, eminentemente técnicas e que não se prestam à atuação política, poderiam editar atos normativos (que não são regulamentos autônomos), desde que tal poder lhes seja autorizado por meio de lei específica que criou a entidade, traduzidos em balizamentos concretos, verdadeiros standards, sendo este um requisito essencial para a constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras.

Ocorre que à exceção de certas entidades, cuja criação de regulamentos próprios já esteja prevista na Constituição Federal, verificou-se que, de modo geral, a Constituição Brasileira não vislumbrou a possibilidade de expedição de regulamentos independentes. Daí que a legalidade de certas entidades, deverá decorrer de uma interpretação sistemática do conteúdo constitucional, conforme preconizou HENRIQUE RIBEIRO CARDOSA, em análise já exposta acima.

Isso porque a Constituição Federal é explícita em determinar quando e como o chamado Poder Regulamentar poderá ser utilizado. LEILA CUÉLLAR⁵⁸ explica que

no que se refere ao poder regulamentar, ressalta-se que o Presidente da República tem competência para 'sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua

⁵⁷ WILLEMAN, Flávio de Araújo. **Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2015, 3ª Edição, pg. 167.

⁵⁸ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2008, pg. 29.

fiel execução' (art. 84, inc. IV) e os Ministros de Estado para 'expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos' (art. 87, parágrafo único, inc. II). Já o inciso IV do artigo 84 prevê que o Presidente da República pode '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' (dispositivos incluídos pela Emenda Constitucional nº 32/2001). Além disso, o princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, inciso II, diz que 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'.

Logo, e ao contrário do que sucede no Direito português, a Constituição brasileira não contempla a existência de regulamentos independentes, aqueles que têm por objeto prever situações não necessariamente disciplinadas de modo minucioso por lei anterior, não carecendo de norma legal prévia para incidir na ordem jurídica. A "independência" ou "autonomia" de tais regulamentos seria estabelecida em relação à necessidade de diploma normativo imediatamente infralegal que lhes servisse de fundamento.

(...)

Assim, em razão do fato de que a Carta Federal atribui competência ao Presidente da República e aos Ministros de Estado somente para expedir regulamentos executivos, surgem dúvidas quanto à constitucionalidade dos poderes das agências reguladoras (em especial em relação à competência normativa).

Ou seja, todo o cuidado é pouco no que se refere ao Poder Normativo das ditas Agências Reguladoras. No mesmo sentido de cautela proferido acima, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁵⁹ deixa claro sua desconfiança a respeito dos poderes regulamentares conferidos às Agências Reguladoras.

Dado o princípio constitucional da legalidade, e consequente vedação a que atos inferiores inovem inicialmente na ordem jurídica (v. Capítulo II, ns. 7 a 10), resulta claro que as determinações normativas advindas de tais entidades não se cifram a aspectos estritamente técnicos, que estes, sim, podem, na forma da lei, provir de providências subalternas. (...).

De toda sorte, ditas providências, em quaisquer hipóteses, sobre deverem estar amparadas em fundamento legal, jamais poderão contravir o que esteja estabelecido em alguma lei ou por qualquer maneira distorcer-lhe o sentido, maiormente para agravar a posição jurídica dos destinatários da regra ou de terceiros; assim como não poderão também ferir princípios jurídicos acolhidos em nosso sistema, sendo aceitáveis apenas quando indispensáveis, na extensão e intensidade requeridas para o atendimento do bem jurídico que

⁵⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo. Malheiros Editores, 2014, 32ª Edição, pg. 176 e 177.

legitimamente possam curar e obsequiosas à razoabilidade. Alexandre Mazza recusa-lhes, inclusive, a possibilidade de uma competência regulamentar propriamente dita, fundado na singela mas certa observação de que esta é, pelo Texto Constitucional, declarada privativa do Chefe do Poder Executivo.

Desgraçadamente, pode-se prever que ditas 'agências' certamente exorbitarão de seus poderes. Fundadas na titulação que lhes foi atribuída, irão supor-se – e assim o farão, naturalmente, todos os desavisados – investidas dos mesmos poderes que as 'agências' norte-americanas possuem, o que seria descabido em face do Direito brasileiro, cuja estrutura e índole são radicalmente diversas do Direito norte-americano. Marcelo Figueiredo bem anota que: “No Direito Constitucional brasileiro, ao contrário do norte-americano, pelo que vimos, não haveria como criar ‘entidades intermediárias’ com poderes legislativos ausentes espaço, assento ou previsão constitucional”.

Para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO⁶⁰,

a primeira indagação diz respeito aos fundamentos jurídico-constitucionais para a delegação de função normativa às agências. As duas únicas agências que estão previstas na Constituição são a ANATEL e a ANP, com a referência à expressão *órgão regulador* contida nos artigos 21, XI, e 177, § 2º, III.

As demais não têm previsão constitucional, o que significa que a delegação está sendo feita pela lei instituidora da agência. Por isso mesmo, a função normativa que exercem não pode, sob pena de inconstitucionalidade, ser maior do que a exercida por qualquer outro órgão administrativo ou entidade da Administração Indireta. Elas nem podem regular matéria não disciplinada em lei, porque os regulamentos autônomos não têm fundamento constitucional no direito brasileiro, nem podem regulamentar leis, porque essa competência é privativa do Chefe do Poder Executivo e, se pudesse ser delegada, essa delegação teria que ser feita pela autoridade que detém o poder regulamentar e não pelo legislador.

As normas que podem baixar resumem-se ao seguinte: (a) regular a própria atividade da agência por meio de normas de efeitos internos; (b) conceituar, interpretar, explicitar conceitos jurídicos indeterminados contidos em lei, sem inovar na ordem jurídica. Essa segunda função explica-se pela natureza técnica e especializada das agências.

(...).

Com relação à ANATEL e à ANP, pode-se reconhecer a sua função normativa mais ampla, porque se trata de entidades previstas na Constituição como órgãos reguladores. No entanto, não se pode entender que esses órgãos exerçam função legislativa propriamente dita, com possibilidade de inovar na ordem jurídica, pois isto

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2017, 30ª Edição, pg. 605 e 606.

contrariaria o princípio da separação de poderes e a norma inserida entre os direitos fundamentais, no artigo 5º, II, da Constituição, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Ao falar em órgão regulador, está a Constituição reconhecendo ao mesmo a possibilidade de regulamentar a lei a partir de conceitos genéricos, princípios, *standards*, tal como as agências reguladoras norte-americanas.

Ainda sobre o Poder Normativo das Agências Reguladoras, e confirmando alguns posicionamentos doutrinários, não podemos deixar de citar os ensinamentos de ALEXANDRE DOS SANTOS ARAGÃO⁶¹, para quem:

Uma observação deve ser feita para prevenir-nos de qualquer posição que, partindo de uma interpretação literal e isolada do art. 84, IV, in fine, da Constituição Federal, entenda que o poder regulamentar só possa ser exercido pela Administração central do Estado, em última instância, pelo Chefe do Poder Executivo.

Muitas vezes a lei confere poder regulamentar a Titular de órgãos ou a entidade da Administração Pública distinta da Chefia do Poder Executivo. Trata-se, na expressão da SAN TIAGO DANTAS, da “descentralização do poder normativo do Executivo” para órgãos ou entidades “tecnicamente mais aparelhados”. Afirma o grande jurista brasileiro, que “o poder de baixar regulamentos, isto é, de estatuir normas jurídicas inferiores e subordinadas à lei, mas que nem por isso deixam de reger coercitivamente as relações sociais, é uma atribuição constitucional do Presidente da República, mas a própria lei pode conferi-la, em assuntos determinados, a um órgão da Administração pública ou a uma dessas entidades autônomas que são as autarquias.

Assim, em relação ao Poder Normativo propriamente dito das Agências Reguladoras,

são as Leis (*verbi gratia*, art. 25, § 3º, Lei nº 8.987/95) e as normas delas oriundas (inclusive as expedidas pela própria agência) que, dentro do amplo espectro regulatório que o Poder Público possui, fixam os marcos, menos ou mais amplos, em que o poder regulatório se desenvolverá, razão pela qual “o órgão regulador não pode praticar atos concretos sem base normativa específica e adequada. Se uma competência não foi expressamente conferida por lei, nem com base nela, pelos regulamentos, pelo edital da licitação ou pelo contrato, o órgão não a tem.”⁶²

⁶¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição, pg. 415.

⁶² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição, pg. 420.

Além disso, especificamente, cumpre frisar que muitas vezes, no que se refere ao Poder Normativo das Agências Reguladoras de Serviços Públicos, além da competência para emissão de regulamentos, também apresentam a possibilidade de publicar Editais e elaborar Contratos Administrativos, os quais farão “lei” entre as partes. Vejamos.

O que é importante frisar a respeito do poder normativo inerente às delegações de serviços públicos é que, como possui natureza, ainda que parcialmente, contratual, muitas vezes é o próprio contrato e/ou o edital de licitação, para o qual o concessionário assentiu, que estabelecem diretamente normas primárias (criam obrigações) ou que remetem à agência reguladora a sua interpretação ou integração. Ou seja, não é de se desprezar o poder normativo que as agências reguladoras de serviços públicos possuem, não apenas na emissão de Portarias ou Resoluções, mas também na elaboração dos editais de licitação e das respectivas minutas contratuais (por exemplo, no caso da ANATEL, o art. 22, V, Lei Geral de Telecomunicações), sempre, naturalmente, dentro dos lindes legais.⁶³

No mesmo sentido, para as Agências Reguladoras no âmbito da exploração privada de bens e atividades monopolizadas, o raciocínio permanece praticamente o mesmo. São suas leis instituidoras que lhes darão o chamado Poder Normativo. Veja-se o exemplo dado por ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO⁶⁴ a esse respeito:

Na determinação dos meios para a realização dos fins estabelecidos na lei setorial e da Política Nacional do setor (ex: art. 8º, incisos, I, IX e X, Lei do Petróleo), a Agência possui, via de regra, ampla margem de discricionariedade, não só para a emissão de normas gerais e abstratas, como para a fixação das cláusulas dos contratos de concessão, dos editais de licitação e dos termos das autorizações (ex. art. 4º, IV, Lei nº 9.984/00).

No que se refere à regulação das atividades econômicas de interesse geral, para ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO⁶⁵,

⁶³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição, pg. 421.

⁶⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição, pg. 424.

⁶⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição, pg. 426 e 427.

o Poder Público deve limitar-se a expedir normas que digam respeito aos interesses primários a serem atendidos, não podendo se imiscuir em assuntos intestinos das empresas, mesmo que atinentes a outros interesses públicos (ex.: a ANVISA, ao regular a produção de medicamentos, pode estabelecer os padrões de bula, os meios de identificação, os componentes mínimos, a obrigação de prestar informações aos médicos e usuários, etc., mas não poderá impor a obrigação de sua matéria-prima ser nacional para fomentar a indústria doméstica de insumos farmacêuticos.

(...)

Nos serviços públicos propriamente ditos a regulação sobre eventuais delegatários é em princípio admitida, uma vez que possui caráter interno e orgânico à própria Administração – o serviço é de sua titularidade. Já nas atividades regulamentadas sujeitas a autorizações operativas, a regulação tem natureza externa e não deve ser objeto de extensão hermenêutica – a atividade não é de titularidade estatal.

De forma geral, portanto, o Poder Normativo das Agências Reguladoras é determinado pelas respectivas leis instituidoras. Assim,

as leis atributivas de poder normativo às entidades reguladoras independentes possuem baixa densidade normativa, a fim de – ao estabelecer finalidades e parâmetros genéricos – propiciar, em maior ou em menor escala, o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente. Ademais, recomenda-se que propiciem à Administração a possibilidade de, na medida do possível, atuar consensualmente, com alguma margem de negociação, junto aos agentes econômicos e sociais implicados.⁶⁶

De todo modo, tais leis instituidoras das Agências Reguladoras podem ser entendidas como aquelas específicas de determinados setores, integrando *“a categoria das leis-quadro (lois-cadre) ou standartizadas, próprias das matérias de particular complexidade técnica e dos setores suscetíveis a constantes mudanças econômicas e tecnológicas”*.

O grande problema é que as chamadas leis instituidoras das Agências Reguladoras não apresentam carga de densidade ou elementos suficientes para

⁶⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição, pg. 439.

restringir o alcance normativo de tais Agências. Assim, para ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO⁶⁷,

as leis com estas características não dão maiores elementos pelos quais o administrador deva pautar a sua atuação concreta ou regulamentar, referindo-se genericamente a valores morais, políticos e econômicos existentes no seio da sociedade (saúde pública, utilidade pública, suprimento do mercado interno, boas práticas da indústria, competição no mercado, preços abusivos, continuidade dos serviços públicos, regionalização, etc.). Assim, confere à Administração Pública um grande poder de integração do conteúdo da vontade do legislador, dentro dos quadros por ele estabelecidos. O objetivo das leis assim formuladas é “introduzir uma vagueza que permita o trato de fenômenos sociais muito fugazes para se prestarem ao aprisionamento em uma regra precisa”.

(...)

Observa SILVANO LABRIOLA que, não consistindo a regulação numa disciplina destinada a conformar a atividade privada, mas a ditar as regras e condições gerais do seu desenvolvimento, a relação entre a lei e as normas das autoridades independentes é tão atípica, que faz com que se questione se estas estão realmente subordinadas àquela. **“O Legislador, de fato, se limita a fixar poucos princípios, sobretudo a indicar os valores a serem perseguidos pela autoridade (...). A autoridade independente possui uma discricionariedade consideravelmente ampla conferida pela lei para preencher os espaços por ela deixados e para desenvolver os princípios nela estabelecidos. A normatização da autoridade teria nesta hipótese, de fato, força primária”.**

Em que pesem as restrições existentes, segundo ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, é o conjunto do ordenamento jurídico que autoriza as Agências Reguladoras a estabelecer seus atos normativos e não apenas sua lei instituidora. Dessa forma, *“é este que, explícita ou implicitamente, em seu sistema, confere às agências independentes poder regulamentar sobre determinada matéria, não nos sendo dado ficar presos apenas à letra da lei”*.⁶⁸

Em resumo,

o que temos na realidade, é a **execução** pela Administração Pública de Lei, que, contudo, deixou de estabelecer maiores detalhamentos quanto à matéria legislada, fixando apenas **standards e finalidades gerais**. Não é o fato de a Lei ter optado por adotar conceitos mais ou

⁶⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição, pg. 441.

⁶⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição, pg. 442.

menos abstratos que a caracteriza como uma impensável delegação de poder legislativo, com o que toda outorga de poder regulamentar à Administração Pública consistiria em uma delegação.⁶⁹

Já, ao referir-se à competência normativa das Agências Reguladoras a autora LEILA CUÉLLAR⁷⁰ explica que se

trata de um poder normativo/regulamentar temperado, adaptado ao sistema jurídico brasileiro, 'não podendo (i) inovar de forma absoluta, *ab ovo*, na ordem jurídica, (ii) contrariar a lei e o direito, (iii) desrespeitar o princípio da tipicidade, (iv) impor restrições à liberdade, igualdade e propriedade ou determinar alteração do estado das pessoas, (v) ter efeito retroativo (em princípio). Além disso, a expedição de regulamentos deve ser fundamentada, precisa respeitar a repartição de competências entre os entes da Federação, e se submete a controle pelo Poder Judiciário'.

Ademais, diante das controvérsias existentes a respeito da amplitude do Poder Normativo das Agências Reguladoras, bem como de sua autorização legislativa, outras teorias foram ventiladas sobre as possibilidades de se conferir real legitimidade a dito Poder.

Dentre elas, os mais renomados juristas dialogaram sobre a Teoria da Deslegalização. ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO⁷¹ cita DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, para quem a deslegalização consiste na *“na retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei (domaine de la loi) passando-as ao domínio do regulamento (domaine de l’ordonnance)”*.

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO⁷², a esse respeito cita o jurista EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA para que o conceito de deslegalização seria entendido como

a operação efetuada por uma lei que, sem entrar na regulação material do tema, até então regulado por uma lei anterior, abre tal tema à disponibilidade do poder regulamentar da Administração. Mediante o

⁶⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição, pg. 442.

⁷⁰ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2008, pg. 59.

⁷¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição, pg. 451.

⁷² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição, pg. 452.

princípio do *contrarius actus*, quando uma matéria está regulada por determinada lei se produz o que chamamos de ‘congelamento do grau hierárquico’ normativo que regula a matéria, de modo que apenas por outra lei contrária poderá ser inovada dita regulação. Uma lei de deslegalização opera como *contrarius actus* da anterior lei de regulação material, porém, não para inovar diretamente esta regulação, mas para degradar formalmente o grau hierárquico da mesma de modo que, a partir de então, possa vir a ser regulada por simples regulamentos. Deste modo, simples regulamentos poderão inovar e, portanto, revogar leis formais anteriores, operação que, obviamente, não seria possível se não existisse previamente a lei degradadora.

Entretanto, diversos autores não corroboram desse entendimento, como por exemplo VEZIO CRISAFULLI, mencionado por ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO. Este doutrinador⁷³ explica que, para os doutrinadores contrários a este entendimento, consideram que

o fenômeno constitui uma delegação de poderes legislativos, sustentam que tal deslocamento de sede normativa só pode ser operada pela própria Constituição, isto é, que a liberdade do legislador, em um regime de Constituição rígida, não pode chegar ao ponto de abrir mão dos seus poderes, delegando-os. Para esta assertiva, pouco importaria que a Constituição vede ou não expressamente a delegação de poderes, vez que a vedação decorreria da própria divisão constitucional de competências. Sendo assim, afirmam estes autores, a deslegalização por via legislativa implicaria na derrogação infraconstitucional de competências fixadas pelo Poder Constituinte.

Contudo, ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO⁷⁴ acaba por concordar com EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, pois, em sua visão, não haveria qualquer inconstitucionalidade da deslegalização, já que

não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria. E, com efeito, se este tem poder para revogar uma lei anterior, por que não o teria para, simplesmente, rebaixar o seu grau hierárquico? Por que teria que direta e imediatamente revogá-la, deixando um vazio normativo até que fosse expedido o regulamento, ao invés de, ao degradar a sua hierarquia, deixar a revogação para um momento posterior, a critério da

⁷³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição, pg. 452

⁷⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição, pg. 454 e 455.

Administração Pública, que tem maiores condições de acompanhar e avaliar a cambiante e complexa realidade econômico e social.

Dessa forma, para o renomado jurista, a deslegalização seria o instituto jurídico apto a garantir a legitimidade do Poder Normativo das Agências Reguladoras, conferidos por suas leis instituidoras, sendo, inclusive aceito pelo Supremo Tribunal Federal.⁷⁵

Assim, verificamos diversos posicionamentos doutrinários a respeito da constitucionalidade, legitimidade e alcance do Poder Normativo das Agências Reguladoras, sendo que, excetuando-se parte radical da doutrina que o não reconhece como legítimo, resulta como plenamente exercido pelas Agências Reguladoras de forma geral.

Portanto, para grande parte da doutrina, apesar de haverem conceituações diferentes, o Poder Normativo das Agências Reguladoras resta, de fato, legitimado por suas leis instituidoras e por uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro como um todo.

IV.3 – Possibilidade de conflitos com Princípios Constitucionais

De posse de todos os argumentos apresentados pelos doutrinadores acima mencionados, verificamos a existência de possíveis conflitos entre o Poder Normativo das Agências Reguladoras e certos princípios constitucionais. Conflitos que, conforme veremos abaixo, demonstrar-se-ão meramente aparentes.

Importante frisar, de antemão, que segundo a Constituição Federal o Estado Brasileiro adota a o **Princípio da Separação dos Poderes**⁷⁶, sendo eles o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Inclusive, cabe mencionar que, conforme preconiza o inciso III, do parágrafo 4^a, do artigo 60 da Carta Magna, o Princípio da Separação dos Poderes não será objeto de deliberação de proposta de Emenda Constitucional, caracterizando-se, assim, como umas das chamadas cláusulas constitucionais pétreas.

⁷⁵ Recuso Extraordinário nº 140.669-1 PE, Rel. Ministro Ilmar Galvão.

⁷⁶ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Dessa forma, cada um dos mencionados Poderes possui suas funções típicas. Para FLÁVIO DE ARAÚJO WILLEMANN⁷⁷,

a função executiva (administrativa) se subdivide, como regra, em quatro subfunções, a saber: i) polícia administrativa; ii) prestação de serviços públicos; iii) intervenção no ordenamento social; iv) intervenção no ordenamento econômico.

A função regulatória independente, na versão executiva, traz em si a possibilidade de atuar em todas as quatro subfunções antes mencionadas, com a peculiar característica de estar desvinculada de qualquer conteúdo de cunho político-administrativo, cabendo a ela, tão somente, implementar as políticas públicas antes traçadas pelo Poder Executivo, por meio de uma atuação puramente técnica, que se resume no sopesamento (ponderação) de custos e benefícios da intervenção, com vistas a obter um serviço público adequado ou um mercado econômico competitivo.

Para o referido autor, portanto, a função regulatória presente na atuação das Agências Reguladoras seria uma mera subdivisão da própria função administrativa típica do Poder Executivo. Assim, não haveria que se falar em qualquer conflito com o Princípio da Separação dos Poderes.

O ilustre doutrinador ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO⁷⁸ também entende que não há qualquer incompatibilidade entre o Poder Normativo das Agências Reguladoras e o Princípio da Separação dos Poderes. Vejamos.

Se retirarmos o caráter dogmático e sacramental impingido ao princípio da separação dos poderes, ele poderá, sem perder a vitalidade, ser colocado em seus devidos termos, que o configuram como mera divisão das atribuições do Estado entre órgãos distintos, ensejando uma salutar divisão de trabalho e um empecilho à, geralmente perigosa, concentração das funções estatais.

O Princípio da Separação dos Poderes não pode levar à assertiva de que cada um dos respectivos órgãos exercerá necessariamente apenas uma das três funções tradicionalmente consideradas – legislativa, executiva e judicial. E mais, dele também não se pode inferir que todas as funções do Estado devam sempre se subsumir a uma destas espécies classificatórias.

(...)

Acreditamos ter demonstrado que, se retirado o caráter mítico e absoluto da ideia “clássica” da separação dos poderes, a

⁷⁷ WILLEMANN, Flávio de Araújo. **Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2015, 3ª Edição, pg. 67.

⁷⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição, pg. 406 e 409.

complexidade e a autonomia das competências conferidas às agências reguladoras em nada contraria a divisão de funções estabelecida pelas constituições contemporâneas e os valores do Estado de Direito, que, afinal, constituem o principal parâmetro da admissibilidade ou não do exercício de distintas funções pelo mesmo órgão ou entidade pública.

Para o renomado doutrinador mencionado acima⁷⁹, não há qualquer conflito inclusive com o chamado Estado Democrático de Direito, dogma ao qual está atrelado o Princípio da Separação dos Poderes, uma vez que, em seu entender

as competências complexas das quais as agências reguladoras independentes são dotadas fortalecem o Estado de Direito, vez que, ao retirar do emaranhado das lutas políticas a regulação de importantes atividades sociais e econômicas, atenuando a concentração de poderes na Administração Pública central, alcançam, com melhor proveito, o escopo maior – não meramente formal – da separação de poderes, qual seja, o de garantir eficazmente a segurança jurídica, a proteção da coletividade e dos indivíduos empreendedores de tais atividades ou por elas atingidos, mantendo-se sempre a possibilidade de interferência do Legislador, seja para alterar o regime jurídico da agência reguladora, ou mesmo para extingui-la.

A compatibilidade da legitimidade do Poder Normativo das Agências Reguladoras com as atividades inerentes ao Poder Legislativo reside justamente no fato de que o mencionado poder se mostrava, demasiadamente, ineficiente diante da necessária especialização das fontes do Direito. Segundo ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO⁸⁰, *“o Poder Legislativo, essencialmente político e atuando mediante processos necessariamente lentos, viu-se incapaz de lidar com a complexidade, pluralidade e tecnicismo das matérias que demandavam a sua atuação”*.

Portanto, diante dos entendimentos proferidos pelos iminentes juristas, o Poder Normativo das Agências Reguladoras apresenta-se como legítimo e não causa qualquer incongruência com os ditames constitucionais, dentre eles com o relevantíssimo Princípio da Separação dos Poderes.

⁷⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição, pg. 410.

⁸⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição, pg. 413.

De outro lado, alguns autores apontaram também a possibilidade de conflito da atuação normativa das Agências Reguladoras com outro princípio constitucional, qual seja: o **Princípio da Legalidade**.

Para ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO⁸¹,

o princípio da legalidade tem a sua origem na noção liberal oitocentista de separação de poderes. A classe burguesa, para prevenir-se das medidas que até então lhe eram impingidas pela realeza, estabeleceu, pelo menos teoricamente, um mecanismo pelo qual toda medida jurídica deveria ser mera decorrência, simples subsunção ou execução, de normas jurídicas adremente estabelecidas por seus representantes de maneira genérica, abstrata e exaustiva. Ao administrador e ao juiz incumbiria apenas a execução da lei, tendo funções meramente cognitivas, nunca volitivas.

(...)

A verdadeira essência da lei não reside nos variados fundamentos oriundos de especulações filosóficas ou teológicas que encontraram eco na psique humana ao longo da história. Decorre, ao revés, da necessidade prática de segurança jurídica, de sabermos, com algum grau de predeterminação, o que podemos e o que não podemos fazer e, em caso de inobservância, que consequências poderemos sofrer.

Ainda, para o mesmo autor referido⁸²:

O princípio da legalidade teve a sua concepção originária e, como visto, apenas ideal, ainda mais atenuada pela concessão de poderes normativos à Administração Pública a fim de que, ela própria, estabelecesse normas gerais e abstratas, ou seja, criasse Direito positivo.

Ao mencionar o renomado jurista J.J. GOMES CANOTILHO, ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO⁸³ aponta que

as leis continuam como elementos básicos da democracia política (...), mas deve reconhecer-se que elas se transformaram numa política pública cada vez mais difícil, tornando indispensável o afinamento de uma teoria geral da regulação jurídica. (...) A ideia de que a lei é o único procedimento de regulação jurídico-social deve considerar-se

⁸¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição, pg. 430 e 432.

⁸² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição, pg. 435.

⁸³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição, pg. 436

ultrapassada. A lei é, ao lado das decisões judiciais e das 'decisões' da administração, um dos instrumentos da regulação social.

Dessa maneira, e conforme já exarado acima, a instituição das Agências Reguladoras teve por base justamente a mudança da Administração Pública como pano de fundo. Segundo uma interpretação sistemática da própria Constituição Federal, existem elementos suficientes na Carta Magna, aptos a legitimar o Poder Normativo das Agências Reguladoras. Nunca é demais ressaltar que o poder regulamentar, todavia, foi diligentemente introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio das leis instituidoras de cada Agência Reguladora. Assim, não há que se falar em qualquer conflito com o Princípio Constitucional da Legalidade.

De mais a mais, o Poder Normativo das Agências Reguladoras encontra amparo no **Princípio Constitucional da Eficiência**. Em citação de ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO⁸⁴, MARCO AURÉLIO GRECO ressalta

será que numa interpretação do direito positivo nós não deveríamos interpretar a legalidade com eficiência, e, óbvio, eficiência com legalidade? Mas em que a legalidade deixa de ser um desenho formal para ser um instrumento funcional de obtenção de resultados, de atingimento de objetivos? E talvez dentro deste contexto e a partir deste desenho é que nasceriam essas agências, com reflexos, automaticamente, no seu poder regulamentar, que em certa medida, acredito que até extravasa a figura do regulamento clássico.

Ou seja, com a função suprema de conferir maior eficiência às atividades públicas é que as Agências Reguladoras foram criadas. Assim, o poder regulamentar se coaduna com os ditames do Princípio da Eficiência. Para JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO⁸⁵

A EC nº 19/1998, que guindou ao plano constitucional as regras relativas ao projeto de reforma do Estado, acrescentou, ao *caput* do art. 37, outro princípio: o da eficiência (denominado de “qualidade do serviço prestado” no projeto de Emenda).

Com a inclusão, pretendeu o Governo conferir direitos aos usuários dos diversos serviços prestados pela Administração ou por seus delegados e estabelecer obrigações efetivas aos prestadores. Não é

⁸⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição, pg. 437.

⁸⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo, Editora Atlas S.A., 2015, 28ª Edição, pg. 30 e 31.

difícil perceber que a inserção desse princípio revela o descontentamento da sociedade diante de sua antiga impotência para lutar contra a deficiente prestação de tantos serviços públicos, que incontáveis prejuízos já causou aos usuários. De fato, sendo tais serviços prestados pelo Estado ou por delegados seus sempre ficaram inacessíveis para os usuários os meios definitivos para assegurar seus direitos. Os poucos meios existentes se revelaram insuficientes ou inócuos para sanar as irregularidades cometidas pelo Poder Público na execução desses serviços.

(...).

O núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional. Há vários aspectos a serem considerados dentro do princípio, com a produtividade e economicidade, qualidade, celeridade e presteza e desburocratização e flexibilidade.

Assim, é nesse contexto de busca pela maior eficiência possível que o Poder Normativo das Agência Reguladoras deve ser entendido e legitimado.

IV.4 – A questão do déficit democrático

Um dos questionamentos mais relevantes trazidos pela doutrina é a questão referente ao déficit democrático existente nos procedimentos de edição dos regulamentos expedidos pelas Agências Reguladoras. O principal problema que esse questionamento traz, segundo LUIZ EDUARDO DINIZ ARAÚJO⁸⁶ é que a *“autonomia e independência representariam ameaça ao interesse público na medida em que agentes não eleitos tomam decisões relevantes para a sociedade”*.

Assim, para o autor mencionado⁸⁷, *“o controle da atividade das agências se destina a conferir legitimidade democrática à atuação de e agentes não eleitos pelo povo. Em sentido oposto, a ausência de controle retira a legitimidade da atuação das agências”*.

⁸⁶ ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. **Controle da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Synergia Editora, 2013, pg. 89.

⁸⁷ ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. **Controle da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Synergia Editora, 2013, pg. 89.

Embora algumas das leis instituidoras das Agências Reguladoras prevejam a realização de audiências e consultas públicas prévias às edições das normas, na prática, tais condutas não têm significado a real participação dos cidadãos no processo regulatório. Segundo as estatísticas⁸⁸, quem de fato participa das audiências são os grupos econômicos interessados no setor, *“que aportam investimentos nessa atividade a fim de conquistar proveitos”*.

A fim de mitigar tal déficit democrático, a doutrina tem se debruçado sobre algumas alternativas. Dentre elas⁸⁹:

Os mecanismos fundamentais seriam os seguintes: objetivos estatutários claros e limitados; exigências de fundamentação de decisões para facilitar o exame judicial; disposições relativas ao devido processo legal para assegurar a participação pública e o equilíbrio entre ganhadores e perdedores de decisões reguladoras; profissionalismo para resistir à interferência externa.

A nova legitimação das agências, ao não derivar da democracia política, poderia ser encontrada na chamada democracia procedimental. O procedimento, ao garantir o contraditório, a transparência, as formas de controle e a participação de todos os interesses envolvidos, ofereceria a alternativa para a legitimação das agências.

Por fim, ainda há a ressalva feita pelo autor⁹⁰, no sentido de que as Agências Reguladoras deveriam estar *“submetidas a formas de responsabilidades múltiplas e convergentes, de forma que casos de violações legais ou de inadequada satisfação de suas finalidades sejam adequadamente identificados e sancionados”*.

Dessa forma, verifica-se que a questão do déficit democrático ainda está a desafiar solução adequada. De todo modo, passaremos, a seguir, a discorrer sobre qual seria, de fato, o real problema presente na atividade normativa das Agências Reguladoras.

⁸⁸ ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. **Controle da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Synergia Editora, 2013, pg. 97.

⁸⁹ ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. **Controle da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Synergia Editora, 2013, pg. 95.

⁹⁰ ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. **Controle da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Synergia Editora, 2013, pg. 96.

IV.6 – O real problema do Poder Normativo das Agências Reguladoras

Vimos acima acirrada discussão doutrinária a respeito da natureza jurídica e legitimidade dos Poderes Normativos conferidos às Agências Reguladoras. E concluímos, em conjunto com renomada parte da doutrina brasileira, que o Poder Normativo está, amplamente, respaldado pelos ditames constitucionais, podendo inclusive ser considerado como contido em uma nova função estatal, a ser, futuramente, melhor estudada e, quiçás, incluída em nosso ordenamento jurídico.

Contudo, o real problema quanto aos Poderes Normativos conferidos às Agências Reguladoras reside na forma de controlá-los. Da forma como os regulamentos estão sendo efetivados pelas inúmeras Agências Reguladoras, no âmbito Federal, Estadual, Distrital e Municipal, sem qualquer controle por parte de qualquer um dos órgãos legitimados, acabam por acarretar elevada insegurança jurídica para os setores regulados.

Conforme dito, o excesso de expedição de normas regulamentares – estudos mostram que a produção normativa dessas entidades especiais suplanta em demasia a própria produção do Poder Legislativo⁹¹ - pode acarretar problemas, que a princípio as ditas Agências Reguladoras foram criadas para solucionar.

Dessa forma, o fenômeno da juridificação precisa ser controlado de perto por diversas entidades e setores, residindo aí, o grande problema do Poder Normativo das Agências Reguladoras, qual seja: a falta de controle.

Em resumo, embora se admitida a legitimidade dos Poderes Normativos das Agências Reguladoras, conforme explicado por LUIZ EDUARDO DINIZ ARAÚJO⁹², o procedimento adotado para elaboração das normas regulamentares das Agências Reguladoras – embora muitas vezes presentes a realização de consultas e audiências públicas inseridas nas leis instituidoras de cada entidade – não pode ser o bastante para conferir o controle necessário às Agências Reguladoras. De modo a prestigiar a eficiência a elas atribuídas, necessita-se de

⁹¹ ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. **Controle da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Synergia Editora, 2013, pg. 47.

⁹² ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. **Controle da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Synergia Editora, 2013, pg. 85.

outros métodos de contenção do Poder Normativo das Agências Reguladoras, os quais veremos mais detalhadamente em tópico abaixo.

V – Formas de Controle do Poder Normativo das Agências Reguladoras

V.1 – O controle por meio do Poder Executivo

No que se refere ao controle a ser exercido sobre as Agências Reguladoras, um dos mais importantes é a contenção exercida por meio do Poder Executivo. Ou seja, nesse ponto, o controle efetiva-se em função da prerrogativa inerente ao mencionado Poder em nomear os dirigentes das Agências Reguladoras.

Segundo entende a autora LEILA CUÉLLAR⁹³,

as leis brasileiras preveem que os diretores das agências serão nomeados mediante a indicação do Chefe do Poder Executivo e aprovação pelo Poder Legislativo. Logo, uma primeira forma de fiscalização da atuação das agências ocorre *ex ante*, no momento da definição da composição do órgão de direção do ente.

Em razão da natureza jurídica das agências brasileiras, que são autarquias especiais, elas não se submetem a controle direto por parte do Poder Executivo Central. Vinculam-se, todavia, a algumas formas de controle previstas para as autarquias em geral: político (através da nomeação de seus dirigentes pelo Chefe do Poder Executivo) e financeiro (em sua modalidade externa, visto que a execução orçamentária é submetida ao Tribunal de Contas, de acordo com o que estatui o artigo 70 da Constituição Federal).

No entanto, conforme vimos em tópico acima, existe a ausência de controle hierárquico sobre as Agências Reguladoras, mas isso não significa que não exista influência do Poder Executivo sobre tais entidades especiais. Mencionamos anteriormente, o controle indireto exercido pelo contingenciamento de recursos, no intuito de “sufocar” determinada Agência Reguladora, do ponto de vista orçamentário.

Segundo o entendimento de LUIZ EDUARDO DINIZ ARAÚJO⁹⁴,

a exemplo do controle que é exercido pelo Poder Legislativo sobre as agências, o controle por parte do Poder Executivo atualmente não dispõe de ritos e estruturas definidos e sua realização tem sido absolutamente assistemática e oculta aos demais controles públicos,

⁹³ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2008, pg. 104.

⁹⁴ ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. **Controle da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Synergia Editora, 2013, pg. 113 e 116.

já que se expressa principalmente por meio de pressões sobre os dirigentes das agências.

(...)

Apesar de polêmico na doutrina, em razão do risco de captura política pelo governo, o controle exercido a partir do Poder Executivo sobre a atividade normativa das agências reguladoras, quando considerado complementar aos controles exercidos pelos Poderes Legislativo e Judiciário, apresenta-se como necessário.

No entanto, esse tipo de controle deve ser o mais amplo possível, incidindo sobre a generalidade da produção normativa e sobre os procedimentos prévios à sua elaboração.

Passo importante a ser dado pelo Poder Executivo brasileiro no controle da atividade das agências ocorreria no estabelecimento de metas normativas a serem alcançadas, bem como servindo de foro adequado para a harmonização das regulações dos diferentes setores econômicos.

Vale a pena incluir na discussão o posicionamento exarado por SÉRGIO VARELLA BRUNA⁹⁵, para quem

o controle exercido pelo próprio Executivo é o chamado *controle administrativo*, o qual, segundo a doutrina, tem seu fundamento nos princípios da legalidade e da proeminência do interesse público. No que diz respeito à Administração direta, trata-se de um controle abrangente, que pode compreender tanto aspectos de *legalidade* quando de *mérito* (oportunidade e conveniência), sendo exercido *ex officio* ou mediante provocação dos interessados, normalmente de forma associada ao poder hierárquico. Já no que concerne à Administração indireta, essa modalidade de controle possui caráter mais restrito, conformando-se aos limites expressamente estabelecidos em lei, em cada caso.

Portanto, o Poder Executivo acaba por realizar o controle das Agências Reguladoras de forma indireta, com a nomeação de seus dirigentes, com a definição de quais políticas públicas deverão ser efetivadas pela Agência Reguladora e, ainda, de forma não muito usual, por meio de contingenciamento de recursos, a depender da conjuntura política da época. Por fim, o gerenciamento efetivado pelo Poder Executivo ainda precisa ser melhor explorado e delineado por meio de alterações legislativas nas leis instituidoras das Agências Reguladoras.

⁹⁵ BRUNA, Sérgio Varella. **Agências Reguladoras. Poder Normativo. Consulta Pública. Revisão Judicial**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003, pg. 255.

V.2 – O Controle por meio do Congresso Nacional

No que se refere ao controle das normas regulamentares expedidas pelas Agências Reguladoras, o Poder Legislativo exerce elevado grau de controle. Isso porque, segundo bem analisou LUIZ EDUARDO DINIZ ARAÚJO⁹⁶,

nos termos do art. 49, V, X e XI, da Constituição Federal de 1988, compete ao Congresso Nacional “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”; “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta; e “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes”.

Nesse sentido, SÉRGIO VARELLA BRUNA⁹⁷ aponta ainda como forma de controle do Congresso Nacional,

a competência conferida ao Senado Federal (CF, art. 52, III, f) de aprovar indicações do Presidente da República para provimento de cargos que a lei determinar, cuja utilização tornou-se comum no que diz respeito às “agências independentes”. Conquanto seja da competência exclusiva do Chefe do Executivo prover os cargos públicos federais, na forma da lei, faculta-se ao legislador exigir, para certas funções, prévia aprovação senatorial dos nomes indicados pelo Presidente para provimento dos cargos. Desse modo, o Legislativo, embora não tenha poderes para indicar quem deva ocupar os cargos de direção das agências reguladoras, pode, através do Senado, controlar as nomeações realizadas pelo Presidente da República, vetando os nomes indicados, quando houver por bem fazê-lo.

Cumprido frisar, ademais, que as normas emitidas pelas Agências Reguladoras não são, obrigatoriamente, analisadas de antemão pelo Poder Legislativo, não havendo que se falar em qualquer fiscalização prévia por parte do Congresso Nacional.

Assim, apenas posteriormente à edição das normas regulamentares é que o Poder Legislativo poderia exercer seu controle mais efetivo. Entretanto, as

⁹⁶ ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. **Controle da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Synergia Editora, 2013, pg. 124.

⁹⁷ BRUNA, Sérgio Varella. **Agências Reguladoras. Poder Normativo. Consulta Pública. Revisão Judicial**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003, pg. 258.

normas já se encontram em vigor. De todo modo, nos dizeres de LUIZ EDUARDO DINIZ ARAÚJO⁹⁸,

quanto aos mecanismos de controle *a posteriori*, o Congresso Nacional brasileiro possui competência de sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (CF/1988, art. 49,V) e de zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros poderes (CF/1988, art. 49, X).

(...)

No entanto, na prática não se tem observado, o exercício desse controle *a posteriori* pelo Parlamento, o que pode ter duas causas.

Em primeiro, o Congresso Nacional ainda não possui rotina institucional de análise de normas regulatórias. Não existe obrigatoriedade de a agência reguladora apresentar, antes ou depois de sua edição, o texto da norma acompanhado dos estudos que a fundamenta, análise de custo-benefício, manifestações das partes interessadas no curso do processo administrativo, etc.

(...)

Em segundo, diferentemente do Congresso dos Estados Unidos da América, o Congresso Nacional não dispõe de aparato técnico de suporte aos parlamentares na análise dessas normas.

Ainda, vale a pena mencionar a forma de atuação no controle exercido nas Agências Reguladoras pelo Poder Legislativo, na visão de LEILA CUÉLLAR. Para a autora:

As comissões parlamentares de inquérito (da Câmara e Senado Federal) podem solicitar que membros das agências prestem depoimentos, forneçam informações e documentos etc. Está-se aqui diante de uma forma de controle legislativo indireto sobre a atuação das agências.

Além disso, sabe-se que o Poder Legislativo poderá legislar a respeito dos entes reguladores, criando agências reguladoras, alterando dispositivos a elas relativos ou até mesmo as extinguindo. O diploma legislativo pode, então, ser utilizado como mecanismo de controle em relação às agências reguladoras. Assim, uma lei poderá ser promulgada no sentido de impor um regime específico, uniforme às agências (como a Lei nº 9.986/00, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos nas agências reguladoras) ou para conter eventuais abusos no exercício da função reguladora.⁹⁹

⁹⁸ ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. **Controle da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Synergia Editora, 2013, pg. 125.

⁹⁹ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2008, pg. 105 e 106.

V.3 - O Controle por meio dos Tribunais de Contas

Além do controle exercido pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, ainda podemos mencionar a atuação dos Tribunais de Contas na fiscalização das atividades normativas das Agências Reguladoras. Segundo ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO¹⁰⁰,

o Tribunal de Contas pode realmente controlar tais atos de regulação, uma vez que, imediata ou mediamente, os atos de regulação e de fiscalização sobre os concessionários de serviços públicos se refletem sobre o Erário. Por exemplo, uma fiscalização equivocada pode levar à não aplicação de uma multa; a autorização indevida de um aumento de tarifa leva ao desequilíbrio econômico-financeiro favorável à empresa, o que, entre outras alternativas, deveria acarretar na sua recomposição pela majoração do valor da outorga devida ao Poder Público.

No mesmo sentido, LUIZ EDUARDO DINIZ ARAÚJO¹⁰¹ entende que o Tribunal de Contas da União, *“tem sido bastante atuante na fiscalização da atividade normativa das agências, o que tem sido realizado por meio das assim chamadas audiências operacionais”*.

A título de exemplo, o referido autor mencionou a atuação do Tribunal de Contas da União no caso em que determinou ao Ministério de Minas e Energia, bem como à Agência Nacional de Energia Elétrica que corrigissem a regulamentação no que se refere aos critérios adotados para instituição da tarifa de energia social, prevista na Lei nº 10.438/2002.

Segundo LUIZ EDUARDO DINIZ ARAÚJO¹⁰²,

em vez de atuar em coordenação com o Parlamento, que teria a competência constitucional de sustar o ato regulamentar em descompasso com a legislação, o TCU tem, diretamente, exarado determinações aos reguladores para efetuar correções nas normas infralegais.

¹⁰⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição, pg. 364.

¹⁰¹ ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. **Controle da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Synergia Editora, 2013, pg. 126.

¹⁰² ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. **Controle da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Synergia Editora, 2013, pg. 127.

V.4 – O Controle por meio do Poder Judiciário

A Constituição Federal, por meio do inciso XXXV, do artigo 5º, determinou que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Essa garantia da inafastabilidade de jurisdição pode ser traduzida por meio do Princípio da Jurisdição Una, adotado no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, todo aquele que tiver seus direitos violados por atos da Administração Pública poderá impugná-los perante o Poder Judiciário.

Segundo LUIZ EDUARDO DINIZ ARAÚJO¹⁰³,

é importante registrar que, à falta de um controle do exercício da atividade normativa pelas agências reguladoras, seja pelo Poder Executivo, seja pelo Poder Legislativo, o Poder Judiciário, no Brasil, tem sido um os últimos mecanismos à disposição da sociedade para se fazer o controle das agências.

E ainda, o mesmo autor, assim aponta:

O sentimento predominante era de que as agências precisavam ser fiscalizadas de perto exatamente em função de seu profundo conhecimento técnico do setor regulado, já que dentro desse conhecimento técnico, não necessariamente objetivo, poderiam estar inseridas preferências pessoais não facilmente identificáveis pelos leigos.¹⁰⁴

O grande problema que se verifica da atuação do Poder Judiciário na contenção e fiscalização das normas expedidas pelas Agências Reguladoras está justamente no fato de que tal controle seria adstrito à legalidade. LUIZ EDUARDO DINIZ ARAÚJO¹⁰⁵ registra que “*se o controle judicial é amplo, mas os juízes conhecem apenas vícios formais, haverá controle sobre as agências, mas não sobre o mérito técnico das decisões*”.

¹⁰³ ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. **Controle da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Synergia Editora, 2013, pg. 138.

¹⁰⁴ ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. **Controle da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Synergia Editora, 2013, pg. 140.

¹⁰⁵ ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. **Controle da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Synergia Editora, 2013, pg. 150.

No mesmo sentido, ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO¹⁰⁶ entende que

logicamente que sempre será possível o acionamento do Judiciário contra as decisões das agências reguladoras. Todavia, em razão da ampla discricionariedade conferida pela lei e ao caráter técnico-especializado do seu exercício, prevalece, na dúvida e desde que seja razoável, a decisão do órgão ou entidade reguladora, até porque, pela natureza da matéria, ela acabaria deixando de ser decidida pela agência para, na prática, passar a ser decidida pelo perito técnico do Judiciário.

(...)

O Poder Judiciário acaba, portanto, não tendo grande ingerência material nas decisões das agências, limitando-se, na maioria das vezes, como imposição do Estado de Direito, aos aspectos procedimentais assecuratórios do devido processo legal, e da participação direta ou indiretamente dos interessados no objeto da regulação, e à manutenção da razoabilidade/proporcionalidade das decisões da agência reguladora.

(...)

Malgrado a existência de respeitáveis opiniões no sentido da impossibilidade *tout court* de substituição judicial das decisões discricionárias da Administração Pública – cabendo ao poder judiciário apenas anular as decisões que chegarem a violar o âmbito de apreciação deixado pela lei – entendemos que em casos concretos nos quais os autos e a norma discricionária a ser aplicada ofereçam elementos suficientes para que seja cabível apenas uma solução razoável, o Poder Judiciário não deverá se furtar em aplicá-la. Noutras palavras, o Poder Judiciário só poderá suprir (em caso de omissão) ou substituir (no caso de anulação) o exercício da atividade discricionária da Administração Pública nos casos concretos em que existirem elementos objetivos suficientes para que, do conjunto dos dados normativos e fáticos disponíveis, se possa extrair uma – e apenas uma – solução legítima.

Para LEILA CUÉLLAR¹⁰⁷, também, a análise do Poder Judiciário sobre as normas expedidas pelas Agências Reguladoras deve ficar restrita a uma verificação da legalidade do ato, inclusive sobre questões de aplicação das penalidades aplicadas. Vejamos.

¹⁰⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição, pg. 375, 376 e 379.

¹⁰⁷ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2008, pg. 69.

Sempre que possível recorrer ao Poder Judiciário para a apreciação da legalidade dos atos praticados pelas agências reguladoras, aí incluídos os atos referentes à aplicação de sanções. Claro que não se está a defender um controle do mérito da decisão sancionatória – o que ingressaria no debate a propósito da qualificação e quantificação discricionária da sanção administrativa – mas uma verificação de legalidade estrita, que fica mais nítida se cogitada no que diz respeito à tipologia normativa correlacionada à aplicação da sanção, bem como quanto ao procedimento a ser obedecido por ela.

No entanto, a mesma autora pondera a possibilidade de ingerência do Poder Judiciário na discricionariedade administrativa. Nesse sentido,

adotando as lições de Marçal Justen Filho, é admissível o controle jurisdicional de políticas públicas adotadas pelas agências, bem como dos atos administrativos abstratos e concretos. É preciso notar, inclusive, que mesmo em relação à discricionariedade é possível o controle jurisdicional:

“(...) O controle jurisdicional não pode invadir aquele núcleo de autonomia decisória inerente à discricionariedade. Mas o respeito a esse núcleo de mérito não significa sequer impossibilidade de questionamento e exame. O Judiciário pode verificar se a autoridade administrativa adotou todas as providências necessárias ao desempenho satisfatório de uma competência discricionária (JUSTEN FILHO, 2002, p. 590)”.

No mesmo sentido, conclui Luís Roberto Barroso que a doutrina tradicional relativa ao controle dos atos administrativos sofre algumas importantes exceções:

“(...) no tocante às decisões das agências reguladoras, a posição do Judiciário deve ser de relativa autocontenção, somente devendo invalidá-las quando não possam resistir aos testes constitucionalmente qualificados, como os da razoabilidade ou moralidade, já mencionados, ou outros, como os da isonomia e mesmo o da dignidade da pessoa humana. Notadamente no que diz respeito a decisões informadas por critérios técnicos, deverá agir com parcimônia, sob pena de se cair no domínio da incerteza e do subjetivismo. (2202, p. 306)”.

De todo modo e de acordo com os posicionamentos apontados acima, não haveria grande margem de alteração das normas exaradas pelas Agências Reguladoras por meio da atuação do Poder Judiciário, uma vez que ele estaria sempre restrito à análise da legalidade da norma. Mesmo que possa haver ligeira análise do mérito administrativo, por meio da constatação de sua congruência com princípios e normas constitucionais e, também, a verificação de sua compatibilidade com as políticas públicas adotadas pela lei instituidora da Agência Reguladora, ainda assim,

não haveria um controle total e irrestrito do Poder Judiciário quanto às questões discricionárias da Administração.

Assim, LUIZ EDUARDO DINIZ ARAÚJO¹⁰⁸ faz interessante questionamento a esse respeito:

O que fazer, portanto, para se controlar as opções tomadas pelas agências em questões que não possuem uma referência direta à legalidade? Ou seja, questões cuja solução não se encontra em nenhum diploma legal, mas que foram alcançadas, como já falado, por meio de processo legitimatório e no exercício da discricionariedade técnica as agências.

Essas opções das agências, por haverem obedecido ao processo legitimatório e por se fundamentarem no exercício de sua discricionariedade técnica, não seria objeto de controle?

(...).

A questão que surge, então, é quem tem capacidade de verificar a higidez da discricionariedade técnica das agências e quais os parâmetros que devem utilizar nessa atividade.

Dois comportamentos podem surgir, assim, da parte do Poder Judiciário frente à discricionariedade técnica das agências.

O primeiro comportamento é a aferição, pelo Poder Judiciário, apenas de questões de legalidade, respeitando-se as decisões discricionárias tomadas pelas agências. Afinal, as agências são formadas por especialistas na matéria decidida. Seria, assim, a deferência judicial face à *expertise* do regulador.

O segundo comportamento seria uma atuação invasiva por parte do Poder Judiciário, promovendo a substituição da discricionariedade técnica das agências pela do juiz.

Ambos os comportamentos, porém, são insatisfatórios.

Dessa forma, não haveria uma solução ótima para o controle do Poder Judiciário em face das normas estabelecidas pelas Agências Reguladoras. Idealmente, a melhor saída seria que tais normas fossem controladas por órgãos igualmente técnicos, sob pena de apenas trocar a discricionariedade das agências pela dos juízes.

¹⁰⁸ ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. **Controle da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Synergia Editora, 2013, pg. 152 e 153.

Assim, para que o controle seja efetivo por parte do Poder Judiciário, deve-se esperar que tal órgão possua capacidade técnica ou seja assessorado por técnicos especializados para a análise das normas regulamentares.

V.5 – O Controle por meio da Sociedade

Por fim, as normas expedidas pelas Agências Reguladoras ainda podem sofrer o chamado controle social, tendo em vista a necessária manutenção do ideal Democrático, além de proceder a gradual redução do problema do déficit democrático encontrado nos procedimentos adotados pelas Agências Reguladoras.

Assim, para RODRIGO SANTOS NEVES¹⁰⁹,

a democratização da administração pública é um processo que está afeto, também, à regulação estatal. Assim, com uma aproximação cada vez maior entre Estado e sociedade, percebe-se uma aplicação mais sólidas do princípio da publicidade, consagrado pelo caput do art. 37 e seu § 3º, além do princípio democrático, parágrafo único do art. 1º todos da CF.

Os mecanismos da audiência pública e consulta pública também são utilizados como forma de participação popular na atividade regulatória, em que, no primeiro caso, a sociedade e representantes de classe comparecem à audiência e formulam críticas e sugestões para o incremento da política econômica anteriormente formulada. Já na consulta pública, a sociedade e entidades de classe, representando consumidores e agentes econômicos, participam dando suas contribuições formalmente, até determinado prazo. Nos casos as sugestões recolhidas serão avaliadas e, sendo ou não acolhidas, haverá motivação da decisão em acolher ou rejeitar tal ou qual sugestão.

Do mesmo modo, o controle social exercido nas Agências Reguladoras, na visão de LEILA CUÉLLAR¹¹⁰,

consiste nos mecanismos que permitem aos particulares a participação efetiva dentro de órgãos das agências ou participação indireta, influenciando a atuação das agências.

(...)

¹⁰⁹ NEVES, Rodrigo Santos. **Função Normativa e Agências Reguladoras. Uma Contribuição da Teoria dos Sistemas à Regulação Jurídica da Economia**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2009, pg.155.

¹¹⁰ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2008, pg.107.

O controle social é utilizado como forma de permitir a participação popular na Administração Pública. Dentre as garantias de participação pública, pode-se destacar a instituição de Ouvidorias, às quais compete receber e analisar as reclamações e sugestões formuladas por agentes regulados e usuários ou consumidores, bem como propor medidas para atender a tais reclamos.

O controle efetuado pela sociedade também se verifica com a participação de representantes da sociedade em conselhos consultivos das agências.

Assim, em respeito ao Princípio Democrático, verificamos diversos mecanismos de controle social das regras expedidas pelas Agências Reguladoras a disposição da sociedade, dentre eles: as consultas e audiências públicas; as ouvidorias e, também, a possibilidade de representantes da sociedade participarem dos Conselhos Consultivos das Agências Reguladoras.

VI – Considerações sobre a Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras

Diante de todo o exposto e embora existam diversos meios de controle das normas reguladoras, o Poder que emana das Agências Reguladoras é de elevada relevância. Assim, em havendo danos causados pelas atuações de tais entes especiais, deverá haver a correspondente responsabilização civil.

Segundo o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal, os danos que as pessoas jurídicas de direito público causarem a terceiros deverão ser reparados por seus agentes, assegurado eventual direito de regresso.

Assim, sem maiores delongas, caberá a responsabilidade civil perante atos danosos causados a terceiros por meio da atuação normativa das Agências Reguladoras. De modo a melhor expor a hipótese, levamos em consideração os ensinamentos de FLÁVIO DE ARAÚJO WILLEMANN¹¹¹, para quem

a responsabilidade civil é instituto por meio do qual se busca restabelecer um dever jurídico violado, em regra, com o pagamento de uma indenização em dinheiro.

Para que haja o dever estatal de indenizar, três são os elementos necessários e indispensáveis, que devem ser comprovados pelos lesados ao pretenderem sua reparação: i) um ato ou uma omissão (específica) voluntária por parte do Poder Público; ii) um dano indenizável; e iii) o direto e imediato nexo de causalidade entre o ato e o dano.

Dessa forma, em havendo a possibilidade de reparação de danos causados especificamente pela atuação das Agências Reguladoras, veremos, especificadamente, nesse momento, a questão da responsabilidade civil por atos de regulação normativa.

Em resumo, haverá a possibilidade de responsabilização das Agências Reguladoras por atos normativos que causem danos a terceiros, desde que,

¹¹¹ WILLEMANN, Flávio de Araújo. **Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2015, 3ª Edição, pg. 79.

na visão de FLÁVIO DE ARAÚJO WILLEMANN¹¹² o ato regulatório normativo seja praticado

sem o respeito ao procedimento traçado pela lei que criou e disciplinou a agência reguladora ou sem a observância da análise de impacto regulatório e da consulta popular (por meio de audiências públicas ou outras formas de discussões), estará eivado do vício de nulidade, tendo em vista que a ele faltará legitimidade na atuação regulatória, mormente para identificar os interesses a serem tecnicamente ponderados. Obviamente, se desse ato resultar dano, patente será o dever de indenizar da agência, bem como a responsabilidade administrativa de seus diretores.

Dessa forma, verifica-se a possibilidade de responsabilização civil por (i) atos de regulação lícitos e ilícitos; (ii) por omissão de regulação normativa; e (iii) por ordem regulatória de polícia administrativa. Em síntese, FLÁVIO DE ARAÚJO WILLEMANN¹¹³ conclui as possibilidades mencionadas da seguinte maneira:

À agência reguladora incumbirá o dever de indenizar sempre que restarem comprovados danos oriundos de atos regulatórios normativos declarados nulos pelo Poder Judiciário ou pela própria agência (...).

Também responderá civilmente a agência reguladora pela edição de ato regulatório normativo que, embora lícito, imponha a uma parcela do segmento regulado um ônus extraordinário. Pondera-se, nesse caso, o princípio da igualdade com o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Em casos de omissão regulatória normativa, entendemos que, em regra, inexistirá o dever de indenizar da agência reguladora quando em causa estiver a regulação de atividade econômica em sentido estrito, tendo em vista que a ausência de regulação implica opção pela manutenção da liberdade econômica, e o dano daí advindo deve ser atribuído à própria deformação do mercado regulado.

Porém, quando se estiver tratando de regulação de serviço público, a omissão regulatória normativa renderá ensejo ao dever de indenizar da agência reguladora, se se verificarem danos oriundos de sua omissão irrazoável ou quando o dever de agir estiver expresso em lei.

(...)

Caso fique comprovado por parte de qualquer lesado que a ordem de polícia regulatória foi praticada com desvio de finalidade ou com abuso de poder, poderá restar caracterizada a captura da agência reguladora

¹¹² WILLEMANN, Flávio de Araújo. **Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2015, 3ª Edição, pg. 174.

¹¹³ WILLEMANN, Flávio de Araújo. **Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2015, 3ª Edição, pg. 186 e 187.

– quer pelo segmento regulado, quer pelo Poder Executivo Central -, situação que fará exsurgir o seu dever de indenizar, nos termos do artigo 37, § 6º, da CRFB/88.

Por fim, tendo em vista o todo exposto, em que pese a existência de demasiado poder conferido às Agências Reguladoras para consecução de seus fins, consubstanciando-se em entidades especiais, que possuem prerrogativas tanto de independência funcional e de administração, como possuem autonomia financeira, além das competências de normatização, fiscalização, de julgamento e sancionatória, se as formas de controle acima demonstradas não forem suficientes para mitigação desse poder excessivo, restará ainda como lenitivo a possibilidade de responsabilização civil pela edição de atos normativos emitidos pelas Agências Reguladoras, incompatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro ora vigente.

VII – Conclusão

Diante do exposto, verificamos que as entidades independentes denominadas Agências Reguladoras possuem diversas características especiais que as diferem do restante das autarquias.

Foram introduzidas em nosso ordenamento jurídico nos idos dos anos 90, tomando por base o instituto presente na legislação norte-americana. A necessária descentralização do Estado, buscando-se a maior eficiência possível, foi o pano de fundo para a edição de diversas leis infraconstitucionais instituidoras das Agências Reguladoras, tanto na esfera Federal, Estadual, como na esfera Municipal.

E com base nas diversas leis instituidoras puderam ser diagnosticadas diversas características comuns a todas elas, quais sejam: sua autonomia administrativa, financeira, orgânica, ausência de subordinação hierárquica, competência técnica especializada, competência normativa, competência fiscalizatória, competência julgadora e sancionatória e competência para composição de conflitos.

Dentre tantas características especiais distinguimos como a mais relevante e a que mais enseja dúvidas o Poder Normativo das Agências Reguladoras. Da análise dos ensinamentos dos mais renomados doutrinadores compreendemos que o Poder Normativo das Agências Reguladoras, em linhas gerais, não decorre de qualquer delegação legislativa, devendo ser considerado como uma função típica do Poder Executivo. Tais Agências Reguladoras não legislam, apenas normatizam os setores que necessitam da promoção da devida regulação.

De outra banda, as Agências Reguladoras também não promovem a expedição de regulamentos do ponto de vista daqueles constantes do artigo 84 da Constituição Federal, pois tal Poder Regulamentar é privativo do Chefe do Poder Executivo. E tais matérias, atribuídas ao Presidente, são indelegáveis.

Assim, não há que se falar em qualquer usurpação de Poder, nem Legislativo, nem Executivo, caso contrário o Poder Normativo das Agências Reguladoras estaria em dissonância com o ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa maneira, faz-se imperiosa uma interpretação sistemática da própria Constituição Federal, a qual traz, de fato, a legitimidade suficiente para a prática de normatização das Agências Reguladoras.

Percebemos que as normas que podem ser baixadas pelas Agências Reguladoras estão adstritas apenas ao quanto disposto em suas leis instituidoras, ou seja, as Agências Reguladoras podem regular sua própria atividade, conceituar e explicitar termos jurídicos indeterminados, sem inovar na ordem jurídica. Assim estão proibidas de contrariar a lei e o direito, bem como desrespeitar o princípio da tipicidade ou impor restrições à liberdade, igualdade e propriedade.

Em que pese termos visto que não há conflito com os princípios constitucionais da Separação dos Poderes e da Legalidade, deve-se ter toda a cautela possível para com o dito Poder Normativo das Agências Reguladoras.

Como vimos, o real problema presente na atividade das Agências Reguladoras é a forma como o Poder Normativo pode ser controlado, a fim de se evitar excessos e inconstitucionalidades.

Dessa forma, observamos que o Poder Normativo emanado das Agências Reguladoras é plenamente legítimo e constitucional. Todavia, devemos tomar cuidado com o seu alcance. Assim é que existem formas de controle do mencionado Poder, dentre elas: o controle por meio do Poder Executivo, do Poder do Congresso Nacional, dos Tribunais de Contas, do Poder Judiciário e da Sociedade.

Ainda, se não bastassem todas essas formas de controle, em havendo atos normativos emanados das Agência Reguladoras que causem danos a usuários ou terceiros, verificamos a possibilidade de responsabilização civil, tanto por atos lícitos e ilícitos, como por omissão normativa e por ordem regulatória de polícia administrativa.

De fato, o assunto é árduo. Existem diversos posicionamentos doutrinários a respeito da legitimidade ou ilegitimidade do Poder Normativo das Agências Reguladoras. De toda forma, mesmo como certas incongruências e dúvidas, a realidade é que tais entidades já estão impostas no seio da sociedade. Existem diversas Agências Reguladoras, tanto da esfera Federal, Estadual e Município, demandando atenção da sociedade quanto ao teor de seus atos normativos. A

atividade normativa das Agências Reguladoras, de há muito, já suplantou a produção do próprio Poder Normativo. Dessa forma, é que se mostra imperioso o controle das atividades normativas das Agências reguladoras, sob pena, de fato, de se constatar usurpação do Poder Legislativo e Executivo, contrariando os ditames constitucionais.

Por isso que ora se indaga: diante de tantas características especiais conferidas às Agências Reguladoras, é de se pensar se não estaríamos diante de uma nova função estatal¹¹⁴. Isso porque tais autarquias especiais são dotadas, atualmente, de um complexo de funções estatais, dentre elas poderes de execução, persecutórios, jurisdicionais e legislativos, fugindo à regra tradicionalmente conhecida como das funções típicas do Estado.

Contudo, como analisamos, a Constituição Federal dá, por meio de uma interpretação sistemática, balizas para que os poderes conferidos as Agências Reguladoras sejam legitimamente aceitos.

Por fim, cumpre frisar que para dirimir quaisquer dúvidas a respeito da legitimidade, constitucionalidade de alcance do Poder Normativo das Agências Reguladoras seria, imprescindível que fosse editada Lei Geral, contendo, pormenorizadamente, a forma de implantação e conteúdo dos atos normativos emanados, bem como medidas mais efetivas de controle e de responsabilização quanto a usurpação de tal Poder.

Curiosamente, existia na Câmara dos Deputados, Projeto de Lei nº 3337, em trâmite desde 2004, o qual propunha sobre a edição de Lei Geral das Agências Reguladoras, dispondo sobre sua gestão, organização e controle social. Contudo, em 13 de março de 2013, os membros do Congresso Nacional solicitaram a retirada de tramitação do Projeto de Lei referido.

Dessa forma, a fim de evitar a perpetuação dos conflitos doutrinários e o excesso normativo das Agências Reguladoras, e muitas vezes, até mesmo, a invasão da seara dos Poderes típicos do Legislativo e do Executivo, é que se faz necessária a edição de Lei Geral das Agências Reguladoras. Enquanto isso não

¹¹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição, pg. 405

ocorre temos como meio de defesa os controles mencionados acima e a possibilidade de responsabilização civil por atos normativos danosos.

III – Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, 3ª Edição.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10, maio/junho¹julho, 2007.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011, 2ª Edição.

ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. **Controle da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Synergia Editora, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo. Malheiros Editores, 2014, 32ª Edição.

BINENBOJM, Gustavo. **Relações entre a Advocacia-Geral da União e as agências reguladoras federais**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, out/dez. 2009.

BRUNA, Sérgio Varella. **Agências Reguladoras. Poder Normativo. Consulta Pública. Revisão Judicial**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo, Editora Atlas S.A, 2015, 28ª Edição.

CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2008.

DALLARI, Adilson Abreu. **Controle Político das Agências Reguladores**. Interesse Público – IP Belo Horizonte, n.18, ano 5 Março/Abril 2003 Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.apsx?pdiCntd=51029>.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2017. 30ª Edição.

FRANÇA, Phillip Gil. **Fundamentos Constitucionais do Controle da Regulação Econômica**. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção de grau de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Orientador: Prof. Dr. Juarez Freitas-2007.

MORAES GODOY, Arnaldo Sampaio de. **Agências reguladoras: origens, fundamentos, direito comparado, poder de regulação e futuro**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 13, n. 150, pf. 16-22, jun. 2014.

MOREIRA, Egon Bockman; CAGGIANO, Heloisa Conrado. **O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudências do STF: mutação constitucional do princípio da legalidade?** Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, pg. 35-57, jul/set. 2013.

NEVES, Rodrigo Santos. **Função Normativa e Agência Reguladoras. Uma Contribuição da Teoria dos Sistemas à Regulação Jurídica da Economia**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2009.

WILLEMAN, Flávio de Araújo. **Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras**. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2015, 3ª Edição.