

FUNDAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL DO PODER REGULAMENTAR DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Elisabete Fernandes Baffa¹

RESUMO

O artigo tem por objetivo analisar o fundamento das normas expedidas pelas agências reguladoras. Inicia-se com abordagem de conceitos fundamentais à definição da natureza das normas expedidas, com breve análise dos dispositivos constitucionais pertinentes para, ao final, estabelecer o fundamento jurídico constitucional do poder regulamentar das agências reguladoras, a natureza dos atos normativos por elas expedidos, os limites à edição de tais atos e o controle a que estão submetidos.

Palavras-chave: agência reguladora; poder regulamentar; atos de regulação.

¹ Procuradora do Município de Diadema. Especialista em Direito Administrativo Econômico pela Universidade Mackenzie. Especialista em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	03
2. PODER REGULAMENTAR	04
3. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O REGULAMENTO.....	07
4. AGÊNCIAS REGULADORAS.....	10
4.1 Fundamento jurídico constitucional	10
4.2 Conceito e características.....	12
4.3 Atos de regulação expedidos pelas agências reguladoras	14
4.4 A expedição de regulamentos: limites	16
4.5 Controle efetuado pelo Poder Judiciário.....	18
5. CONCLUSÃO.....	24
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	25

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo analisar, à luz da Constituição Federal, a legalidade da expedição de regulamentos pelas agências reguladoras.

Para atingir a finalidade a que nos propusemos, estabeleceremos, evocando renomada doutrina pátria, o conceito de poder regulamentar e efetuaremos rápida análise dos dispositivos constitucionais relativos à expedição de regulamentos.

Fixados os conceitos sobreditos, passaremos à análise das agências reguladoras, delimitando suas características, os limites que possuem para expedição de atos de regulação e o controle a que são submetidas.

2. PODER REGULAMENTAR

Impende consignar, inicialmente, que há divergências na doutrina acerca da melhor denominação para este poder conferido à administração pública: alguns autores preferem designá-lo de poder normativo².

A partir das disposições contidas na Constituição Federal, é possível definir o poder regulamentar como a faculdade conferida ao Administrador Público para a expedição de decretos e regulamentos, a fim de possibilitar a execução das leis ou para organização da administração pública³.

O saudoso administrativista Hely Lopes Meirelles (2009, p. 129), conceitua o poder regulamentar nos seguintes termos:

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

De seu turno, a nobre jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 89), prefere utilizar a designação poder normativo, e explica:

Normalmente, fala-se em **poder regulamentar**; preferimos falar em poder normativo, já que aquele não esgota toda a competência normativa da Administração Pública; é apenas uma de suas formas de expressão, coexistindo com outras [...]. Os atos pelos quais a Administração exerce o seu poder normativo têm em comum com a lei o fato de emanarem normas, ou seja, atos com efeitos gerais e abstratos. (grifos do autor).

Merece destaque, também, as assertivas da ilustre Anna Cândida da Cunha Ferraz (1994, p.68): “Consiste o poder regulamentar num poder administrativo concretizador do exercício de uma função normativa subordinada, qualquer que seja seu objeto”.

² Cf. DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

³ Cf. art. 84, incisos IV e VI, da Constituição Federal.

Convém trazer à baila, novamente, as preciosas assertivas do festejado mestre Hely Lopes Meirelles (2008, p. 743):

O poder regulamentar é atributo do chefe do Executivo, e por isso mesmo não fica na dependência de autorização legislativa; deriva do nosso sistema constitucional, como faculdade inerente e indispensável à chefia do Executivo (CF, art. 84, II).

No mesmo diapasão são as assertivas do Professor Diogenes Gasparini (2009, p.120) que, ao dissertar acerca do poder regulamentar afirma que ele pode:

“ser definido como a atribuição privativa do Chefe do Poder Executivo para, mediante decreto, expedir atos normativos, chamados regulamentos, compatíveis com a lei e visando desenvolvê-la”.

Embora a atribuição regulamentar esteja entre as privativas do Presidente da República (art. 84, IV, da CF) e, por simetria, aos Chefes dos Executivos e dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tem-se admitido que outros agentes públicos, como são os Ministros de Estados (art. 87, II, da CF) emitam atos normativos em geral visando a execução de lei e regulamentos. Não são, no entanto, verdadeiros regulamentos. Com efeito, assevera Caio Tácito (*Temas de direito público – Estudos e Pareceres*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, v. 2, p. 1079) que “Se o poder regulamentar é em princípio e predominantemente exercido pelo Presidente da República, em razão de sua competência constitucional, nada impede – antes em determinadas circunstâncias aconselha – possa a lei habilitar outras autoridades à prática do poder normativo”. Essa atribuição normativa também é outorgada a outros entes, como as agências reguladoras a exemplo da ANATEL. (destaques do autor)

Note-se que o nobre mestre supramencionado lembra-nos que, atualmente, o poder regulamentar possui contornos mais flexíveis, haja vista a possibilidade de que outros órgãos – em especial as agências reguladoras - emitam *normas* que a todos obrigarão.

De forma a sintetizar tudo quanto foi exposto até o momento, pedimos vênias para transcrever excerto retirado de obra que trata de direitos fundamentais, de autoria do eminente Alexandre de Moraes (2000, p. 112):

O exercício do poder regulamentar do Executivo situa-se dentro da principiologia constitucional da Separação de Poderes (CF, arts. 2º; 60, § 4º, III), pois, salvo em situações de relevância e urgência (medidas provisórias), o Presidente da República não pode estabelecer normas gerais criadoras de direitos ou obrigações, por ser função do Poder Legislativo.

Ante a relevante observação do festejado mestre supracitado acerca da impossibilidade de serem criados direitos ou obrigações por intermédio de regulamentos, impende dedicarmos capítulo próprio à análise do regulamento frente ao princípio da legalidade.

3. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O REGULAMENTO

A Constituição da República de 1988 consagrou o princípio da legalidade no artigo 5º, inciso II, e no artigo 37, *caput*. O primeiro destina-se aos particulares; o segundo à administração pública direta e indireta de todos os poderes e de todas as esferas de governo.

É cediço o conteúdo de ambos: aos particulares é permitido fazer tudo aquilo que a lei permite e, também, o que ela não proíbe; a administração pública pode fazer apenas e tão-somente aquilo que está expressamente contido na lei. Este último é denominado princípio da legalidade estrita.

Oportuno colacionar as ilações do ilustre administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello (1990, p. 43), acerca do tema:

Assim, o Texto Magno de 1988, [...], estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” [...]. Note-se que aí não se diz, “em virtude de decreto, regulamento, portaria” ou quejandos, até porque, se o dissesse, o princípio da legalidade implodiria, deixando simplesmente de existir e assim se demitiria o País da condição de Estado de Direito.

De par com o artigo citado e à moda do que dispunham documentos constitucionais precedentes, a Lei Maior estatui, em seu art. 84, IV, que ao Chefe do Poder Executivo compete: “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”. Vê-se, pois, que até os atos mais conspícuos da alçada da autoridade máxima do Poder Executivo, isto é, os decretos, regulamentares ou não, são previstos apenas para execução fiel das leis, o que descarta a hipótese de imporem, por si, à liberdade dos administrados qualquer limitação que não derive de uma lei.

[...]

Acresce que, no art. 37, a atual Constituição houve por bem reforçar uma vez mais o princípio da legalidade e também o da igualdade – que já estava explícito no art. 5º, **caput** – ao estatuir que a Administração direta, indireta ou fundacional sujeitar-se-ão aos princípios da legalidade e impessoalidade (que é rotulação distinta para a igualdade), além da moralidade e publicidade.⁴

[...]

Por força do princípio da legalidade, que entre nós tem alcance extremamente vigoroso em face dos preceitos constitucionais, a

⁴ A Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, alterou a redação do artigo 37, *caput*, da Lei Fundamental, para nele incluir o **princípio da eficiência**. A omissão do Autor se deve à época em que o artigo foi publicado.

Administração, conforme a feliz expressão do eminente publicista luso Afonso Rodrigues Queiró, nada mais é que a **“longa manus do legislador”** (**Estudos de Direito Administrativo**, Coimbra, ed. Atlântida, 1968, p. 9) de tal sorte que a atividade administrativa, sempre de acordo com o alumiado mestre, “é atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais” (**Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder**, Coimbra, Coimbra ed. Ltda., 1940, p.19) (grifos do autor).

Posto o artigo cujo excerto foi colacionado retro tenha sido publicado em 1990 e, portanto, não trate da possibilidade de o Chefe do Poder Executivo expedir regulamentos autônomos, já que a emenda constitucional que alterou o inciso VI do artigo 84 da Constituição Federal data de 11 de setembro de 2001, ele pode ser aplicado com inteireza aos dias de hoje.

Destarte, não podemos nos olvidar que atualmente, segundo a mais abalizada doutrina, é defeso ao regulamento inovar a ordem jurídica. O contorno para expedição de regulamentos com fundamento no inciso IV do artigo 84 da Constituição da República permanece inalterado.

É fato que houve modificação do texto constitucional, modificação essa que passou a admitir a expedição de decretos autônomos. Todavia, mesmo nas hipóteses previstas no inciso VI do artigo 84 da Constituição Federal, será impossível contrariar a legislação ou inovar a ordem jurídica vigente, já que eles possuem por escopo a ordenação da administração pública.⁵

Portanto, abstraído a existência das agências reguladoras, podemos afirmar que os regulamentos expedidos pelo Chefe do Poder Executivo de qualquer das esferas de governo, visam única e exclusivamente a facilitar o processo de execução das leis, traçando normas complementares de caráter meramente procedimental e que não possuem o condão de criar obrigações para os administrados.

Nessa esteira são as assertivas do ilustre jurista Alexandre de Moraes (2000, p. 112-113). Após afirmar que “o regulamento não poderá alterar

⁵ As hipóteses tratadas nas alíneas *a* e *b* do inciso VI do artigo 84 da Lei Maior permitem a expedição de decretos para organização e funcionamento da administração federal, desde que isso não gere aumento de despesa nem criação ou extinção de cargo público, e para a extinção de funções ou cargos públicos, quando estes estiverem vagos.

disposição legal, tampouco criar obrigações diversas das previstas em *disposição legislativa*”, acrescenta o autor:

Essa vedação não significa que o regulamento deva reproduzir literalmente o texto da lei, pois seria de flagrante inutilidade. O poder regulamentar somente será exercido quando alguns aspectos da aplicabilidade da lei são conferidos ao Poder Executivo que deverá evidenciar e explicitar todas as previsões legais, decidindo a melhor forma de executá-la e, eventualmente, inclusive, suprimindo suas lacunas de ordem prática ou técnica.

Mais uma vez, invocamos os abalizados ensinamentos do conspícuo mestre Celso Antônio Bandeira de Mello (1990, p. 44). Segundo o autor, a lei não precisa pormenorizar tudo que eventualmente seja necessário à sua aplicação, e complementa:

[...] cabe à Administração Pública, através de providência regulamentar, dispor complementarmente sobre a matéria, contanto que não introduza restrições ou imponha obrigações alheias ao que já estava implicitamente comportado na lei aplicanda. Por meio de regulamentos [...] confere-se um nível de maior precisão aos comandos legais, o que, em certos casos é indispensável para que estes possam ser executados [...].

Não obstante os princípios aqui tratados possuam conteúdo de incontestável conhecimento dos administradores públicos, vezes há em que nos deparamos com regulamentos que exorbitaram de suas competências, restando aos cidadãos a árdua tarefa de combatê-los.

Nesse diapasão, é possível definir o poder regulamentar, a partir das disposições contidas na Constituição Federal, como a faculdade conferida ao Administrador Público para a expedição de decretos e regulamentos, a fim de possibilitar a execução das leis ou para organização da administração pública⁶.

Contudo, com o advento da Emenda Constitucional nº 08/1995 e 09/1995, houve substancial alteração no ordenamento jurídico no que concerne à expedição de atos regulamentares, haja vista que elas outorgaram competência regulatória às agências reguladoras, objeto de análise a seguir.

⁶ Cf. art. 84, incisos IV e VI, da Constituição Federal.

4. AGÊNCIAS REGULADORAS

4.1 Fundamento jurídico constitucional

Consoante restou demonstrado anteriormente, a Constituição da República atribuiu o poder regulamentar, privativamente, ao Presidente da República, de acordo com os parâmetros descritos no inciso IV do artigo 84, e, em meados da década de noventa, concedeu competência regulatória às agências reguladoras.

Destarte, as agências reguladoras foram previstas somente com o advento das Emendas Constitucionais nº 08/1995 e 09/1995, que modificaram, respectivamente, os artigos 21, inciso XI, e 177, § 2º, da Lei Maior.

Reproduzimos, a seguir, a título ilustrativo, o estatuído nos dispositivos sobreditos:

Art. 21. Compete à União:

[...]

XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do inciso XXIII do **caput** do art. 21 desta Constituição Federal.

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

...

III – a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.

Portanto, a Constituição Federal definiu as balizas da Agência Nacional de Telecomunicações (art. 21, XI) e a Agência Nacional do Petróleo (art. 177, § 2º, III), a elas se referindo como “órgão regulador”.

A administração pública indireta, cujos contornos jurídico-constitucionais encontram-se no inciso XIX do artigo 37 da Lei Fundamental⁷, é composta por autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações e, a partir de 1995, por agências reguladoras – que nada mais são que autarquias especiais⁸.

O artigo 41 do Código Civil vigente descreve quais são as pessoas jurídicas de direito público interno, contemplando, nos três primeiros incisos aquelas que compõem a administração pública direta e, no inciso IV, ente da administração pública indireta:

Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:
I – a União;
II – os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;
III – os Municípios;
IV – as autarquias;
V – as demais entidades de caráter público criadas por lei.

A administração pública direta, portanto, é representada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, enquanto a administração indireta é composta pelas autarquias e outros entes criados por lei.

De se ressaltar a perfeita harmonia entre as disposições contidas no Código Civil e a Constituição da República vigente, haja vista que, nos termos do artigo 37, inciso XIX, somente por lei poderão ser instituídos entes da administração indireta.

⁷ Art. 37 [...]

[...]

XIX - Somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.

⁸ As agências reguladoras serão analisadas com maior detença posteriormente.

4.2 Conceito e características

As agências reguladoras, segundo a mais abalizada doutrina, são autarquias de natureza especial.

Decorre daí, a inarredável conclusão de que elas são, juntamente com as autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, entes integrantes da administração pública indireta.

Não obstante elas integrem a administração pública, fato é que possuem atribuições diversas daquelas destinadas à administração pública direta, assim como, posto sejam autarquias, nem por isso têm a mesma finalidade delas, já que são autarquias especiais.

Impende, inicialmente, lembrarmos os principais caracteres das autarquias: elas são entes públicos criados por lei específica, com personalidade jurídica de direito público interno, patrimônio próprio e atribuições estatais específicas. Destinam-se à prestação de serviços públicos típicos e possuem autonomia administrativa e capacidade de autoadministração.

Por sua vez, as agências reguladoras também são autarquias, às quais se atribuiu regime especial. Esse regime especial é extraído da análise da lei instituidora da agência reguladora, haja vista a ausência de legislação específica disciplinando-as.

A ilustre administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 468) ao discorrer acerca das características das agências reguladoras afirma que:

Elas estão sendo criadas como **autarquias de regime especial**; sendo autarquias, sujeitam-se às normas constitucionais que disciplinam esse tipo de entidade; o **regime especial** vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra, à maior autonomia em relação à Administração direta; à estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo, que eles somente podem perder nas hipóteses expressamente previstas, afastada a possibilidade de exoneração *ad nutum*; ao caráter final de suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública. (grifos do autor)

Ao estabelecer as características das agências reguladoras, o ilustre Antônio Carlos Cintra do Amaral (2003, p. 01), após clarificar que elas são autarquias, assevera que:

As agências reguladoras de serviço público, como autarquias (especiais) que são, caracterizam-se pela autonomia administrativa e financeira, que exclui a subordinação hierárquica, e pelo mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes (o que talvez justifique sua tipificação como “especial”). Mas essas características não lhes retiram a qualidade de **órgãos personalizados do Poder Executivo**. (grifos do autor)

Panorama amplo sobre as agências reguladoras nos é fornecido pelo nobre jurista Alexandre de Moraes (2002, p. 24-26), cuja redação colacionamos:

[...] as Agências Reguladoras foram constituídas como *autarquias de regime especial* integrantes da administração indireta, vinculadas ao Ministério competente para tratar da respectiva atividade, apesar de caracterizadas pela independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade; ausência de possibilidade de demissão *ad nutum* de seus dirigentes e autonomia financeira.

[...]

A grande novidade das Agências Reguladoras consiste em sua maior independência em relação ao Poder Executivo, apesar de fazer parte da Administração Pública indireta.

[...]

A independência funcional e financeira deverá ser assegurada pela disponibilidade de recursos humanos e infraestrutura material fixadas em lei, além da previsão de dotações consignadas no orçamento geral da União, créditos especiais, transferências e repasses que lhe forem conferidos.

[...]

A previsão de mandato certo também parece garantia de independência e será mais completa se sua duração não coincidir com a duração do mandato presidencial. (grifos do autor)

De se consignar, por fim, que as agências reguladoras – autarquias de regime especial – não estão imunes a controle: estão sujeitas aos controles interno e externo, este último realizado pelos Poderes Legislativo e Judiciário, em decorrência do sistema de freios e contrapesos.

4.3 Atos de regulação expedidos pelas agências reguladoras

Consoante restou demonstrado linhas atrás, existem atos normativos do Poder Executivo cuja competência para expedição não é inerente a sua Chefia, assim como outros há que são expedidos por entes integrantes da administração indireta, as agências reguladoras.

No tocante às agências reguladoras, é certo que a delegação de competência para que elas expeçam atos regulatórios não se encontra inserta no artigo 84 da Constituição Federal, pois, a possibilidade de o Chefe do Poder Executivo delegar essa atribuição é delimitada pelo parágrafo único do artigo sobredito, vale dizer: somente os Ministros de Estado, o Procurador Geral da República e o Advogado Geral da União poderão fazê-lo, nos estritos limites da delegação e nas hipóteses ali descritas, hipóteses essas que, por óbvio são restritas.

O fundamento da regulação atribuída às agências reguladoras, conforme já sedimentado alhures, encontra-se inscrito nos artigos 21, inciso XI, e 177, § 2º, inciso III, ambos da Constituição Federal, com a redação que lhes deu a Emenda Constitucional nº 8/95 e 9/95, respectivamente.

Em síntese, algumas espécies normativas devem ser expedidas apenas pelo Chefe do Poder Executivo; algumas podem ser por ele delegadas; outras são de competência de outros agentes públicos e, por fim, outras competem à administração indireta.

Impende considerarmos, primeiramente, que as agências reguladoras expedem normas no exercício do poder de regulamentar determinada matéria, e não com fundamento no poder regulamentar.

Destarte, de acordo com as precisas assertivas da eminente mestra Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 188), para definir a competência regulatória das agências reguladoras, é necessário, de início, distinguir regulação e regulamentação, *in verbis*:

Os vocábulos “**regulação**” e “**regulamentação**”, especialmente no direito brasileiro, não têm o mesmo significado. *Regulação* é vocábulo equívoco, porque tem diferentes significados. (...)

No Brasil, o vocábulo, no âmbito jurídico, é de uso bem mais recente, surgindo, no âmbito constitucional, com a Constituição de 1988, com a menção ao Estado Regulador (art. 174), para definir o papel do Estado no domínio econômico, em substituição ao Estado Providência. Seu uso intensificou-se com a criação das agências reguladoras.

Como todo vocábulo novo, seu significado provocou incertezas. Na realidade, ele encerra vários sentidos, sendo o mais frequente o que o aproxima do vocábulo *regulamentação* ou *formulação de regras*. Assim é que, na 4ª edição deste livro, foi dito que “regular” significa estabelecer regras, independentemente de quem as dite, seja o Legislativo ou o Executivo, ainda que por meio de órgãos da Administração direta ou indireta. Nesse sentido amplo, a regulação é gênero de que a regulamentação é espécie; ou seja, a regulação abrange, inclusive, a regulamentação, como ato normativo de competência exclusiva do Chefe do Executivo.

De se ressaltar que encontramos a mesma distinção no livro organizado por Alexandre de Moraes (2002, p. 40-41), em artigo de autoria de Edmir Netto de Araujo. Considerando-se a relevância da matéria, pedimos *venia* para reproduzir as conclusões do ilustre autor:

Regular é termo mais genérico, que abrange *regulamentar*. No Direito brasileiro, porém, têm significados específicos, sendo *regular* o ato de sujeitar a **regras em geral**, mais aproximado do sentido de **normatizar**, e *regulamentar* o ato de sujeitar a **regulamentos**, especificamente, cuja edição é da competência privativa dos Chefes de Executivo, mediante seu ato administrativo característico, que é o Decreto.

[...] Assim, o *Poder Normativo* das agências *reguladoras* (não *regulamentadoras*) vincula-se às normas legais pertinentes, sem inovar na ordem jurídica, e não é o de **regulamentar** leis e muito menos situações jurídicas autônomas (leis em sentido material) que criem direitos, deveres ou penalidades. Não é por outra razão que a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso II, garante que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. (grifos do autor)

Inarredável, assim, a conclusão que a competência para expedir normas que regulem a área de sua atuação não pertence à Chefia do Poder Executivo, haja vista que as agências reguladoras atuam no exercício de função regulatória, nos exatos termos definidos na lei que as tenha instituído.

Passamos, a seguir, à análise dos limites impostos às agências reguladoras, órgãos integrantes da administração pública indireta, para expedição de regulamentos.

4.4 A expedição de regulamentos: limites

Dos órgãos integrantes da administração pública indireta, somente as agências reguladoras possuem competência para expedir atos normativos.

Consoante tivemos oportunidade de verificar anteriormente, as agências reguladoras possuem função normativa distinta daquela exercida pela administração pública direta, pois, na qualidade de autarquias de regime especial, elas são entes integrantes da administração pública indireta.

Não obstante os regulamentos expedidos pelas agências reguladoras não se destinem à regulamentação da lei, eles também devem estrita observância aos princípios da separação de poderes e da legalidade, ambos com assento constitucional.

Demais disso, as agências reguladoras também sofrem limitações de acordo com as disposições contidas nas leis que dispuserem sobre suas criações.

Nessa mesma esteira é o pensamento exteriorizado pela eminente administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 471). Após esclarecer que somente a Agência Nacional de Telecomunicações e a Agência Nacional de Petróleo possuem fundamento constitucional, afirma a autora:

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** qualquer 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 [...].

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 a ordem jurídica.

Convém, ainda, trazermos à baila os ensinamentos contidos na obra organizada por Alexandre de Moraes (2002, p. 55) acerca do poder normativo das agências reguladoras:

[...] o *poder normativo* das agências reguladoras não abrange o poder de regulamentar leis e, especialmente, não pode inovar na ordem jurídica ou contrariá-la. Em outras palavras, inovar significaria legislar, e isso fere os princípios da legalidade (art. 5º, II, das CF) e da separação de poderes (CF, art. 2º). (grifos do autor)

Em síntese, podemos afirmar que os limites impostos às agências reguladoras são distintos daqueles impostos ao Chefe do Poder Executivo, já que aquelas não poderão regulamentar leis, aliás, consoante já restou assentado, elas não regulamentam, elas apenas **regulam** determinado setor da economia.

Por derradeiro, imperioso apreciarmos o controle efetuado pelo Legislativo sobre os atos das agências reguladoras que possuem caráter regulador.

Convém lembrarmos, de início, que as agências reguladoras são autarquias de regime especial, portanto, integram a administração pública indireta, fato esse que, por si só, é suficiente para justificar a existência de controle sobre elas.

A ilustre Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2004, p. 88), sintetizou, com maestria, o controle parlamentar exercido sobre as agências:

A agência reguladora é necessariamente submetida aos controles parlamentar e judicial.

Com efeito, sujeitam-se ao controle pelo Congresso Nacional, previsto no art. 49, inciso X⁹, da Constituição Federal, e ao controle financeiro, contábil e orçamentário exercido pelo

⁹ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

X – fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.

Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas, nos termos do art. 70 e seguintes da Constituição [..].

De se ressaltar que o nobre Alexandre de Moraes (2002, p. 29), ao discorrer sobre o controle das agências reguladoras, assinala, além daquele citado retro, outros fundamentos para o exercício do controle realizado pelo Poder Legislativo, *in verbis*:

Entende-se que, apesar de sua independência, as Agências Reguladoras devem sofrer controle dos Poderes constituídos, em face da necessária manutenção do sistema de freios e contrapesos caracterizador da ideia de separação de poderes e da manutenção da *centralização governamental*.

[...]

Em relação ao *Poder Legislativo*, o desrespeito aos parâmetros básicos estabelecidos na delegação legislativa poderá acarretar a sustação desses atos normativos, com base no art. 49, V¹⁰, da Constituição Federal.

O art. 49, V, da Constituição Federal [...], tradicionalmente utilizado para leis delegadas, deverá, a partir da incorporação das Agências Reguladoras em nosso ordenamento jurídico, servir de mecanismo de controle legislativo ao eventual exagero das Agências no exercício de seu poder normativo, pois a Carta Magna fala em controle dos “limites da delegação legislativa”. Trata-se da possibilidade de controle da *descentralização administrativa* pela *centralização governamental*. (grifos do autor)

Importa restar incontroverso, no que toca às agências reguladoras, que o fato de elas possuírem autonomia não conduz à impossibilidade de fiscalização pelos Poderes constituídos.

4.5 Controle efetuado pelo Poder Judiciário

O controle dos regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, sejam eles provenientes de ato do Chefe do Poder Executivo, sejam provenientes das agências reguladoras, também é exercido pelo Poder Judiciário.

¹⁰ Art. 49. É da competência do Congresso Nacional:

[...]

V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

Nem poderia ser de forma diversa, haja vista a impossibilidade de qualquer ato normativo excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.¹¹

Destarte, o Poder Judiciário poderá, desde que provocado – em razão do princípio da inércia da jurisdição¹² -, declarar a ilegalidade ou inconstitucionalidade do regulamento, conforme a natureza do vício que o atinja.

Nesse diapasão são os ensinamentos de Sérgio de Andréa Ferreira (1988, p. 531). Posto o artigo tenha sido redigido antes do advento da nova ordem constitucional, seu conteúdo permanece inalterado. Afirma o autor:

13.3. A contrariedade da norma regulamentar em relação às normas legais não-constitucionais não caracteriza, todavia, *inconstitucionalidade*, mas sim *ilegalidade*, não incidindo, pois, o disposto nos arts. 116 e 119, I, I, da Constituição Federal. (grifos do autor)

Destarte, a Constituição da República promulgada em 05 de outubro de 1988, estatui, na Seção II do Capítulo III, a competência do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I – processar e julgar, originariamente:
a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

A hipótese supramencionada tem por escopo o controle de constitucionalidade em tese, isto é, o controle concentrado de constitucionalidade ou via de ação direta, cuja competência é exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Todavia, não podemos nos olvidar que a constitucionalidade também pode ser declarada pela via difusa, isto é, o controle de constitucionalidade pode ser exercido quando submetido ao Poder Judiciário a

¹¹ Cf. art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988.

¹² Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais. (art. 2º do Código de Processo Civil)

apreciação de um caso concreto. Esta hipótese é denominada pela doutrina de controle difuso ou controle por via de exceção ou defesa.¹³

Porém, de acordo com os ensinamentos do ilustre Sérgio de Andréa Ferreira (1988, p. 531), não são apenas vícios de inconstitucionalidade que podem atingir os regulamentos, mas, também, vícios de ilegalidade e, nesta hipótese, caberá àquele que se sentir lesado ou ameaçado de sofrer lesão a direito em virtude da expedição de determinado regulamento recorrer ao Poder Judiciário para que este declare sua legalidade ou ilegalidade.

Portanto, no tocante aos regulamentos, não restam dúvidas acerca do controle exercido pelo Poder Judiciário, haja vista não somente o sistema de freios e contrapesos, mas também o direito assegurado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual ninguém será impedido de recorrer àquele Poder quando sofrer ou for ameaçado de sofrer lesão a direito.

Questão que poderia gerar polêmica refere-se à possibilidade de o Poder Judiciário controlar os atos de regulação expedidos pelas agências reguladoras, haja vista que, consoante verificamos anteriormente, elas possuem autonomia financeira e independência administrativa. Todavia, a independência que elas possuem não deve ser considerada absoluta.

Ademais, já restou sedimentado anteriormente que as agências reguladoras, posto possuam independência, são controladas pelos poderes constituídos.

De acordo com os ensinamentos da ilustre mestra Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2004, p.88), as agências reguladoras são submetidas ao controle judicial, “[...] tendo em vista a norma do art. 5º. XXXV, da Constituição, segundo a qual ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’.”

Nesse mesmo diapasão são os ensinamentos do ilustre Alexandre de Moraes (2002, p.30-33):

¹³ Cf. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

Em relação ao *Poder Judiciário*, entende-se que a instituição de Agências Reguladoras em nada alterou a possibilidade de controle judicial da Administração Pública, consagrada em nosso ordenamento jurídico pátrio.

[...]

[...], a inafastabilidade do controle judicial, consagrada constitucionalmente, aplica-se integralmente às Agências Reguladoras, pois a Administração Pública Direta ou Indireta deve, como todos os administrados, total obediência ao primado da Constituição e à legalidade, pois *discricionariedade administrativa não se confunde com arbitrariedade administrativa*. (grifos do autor)

Não obstante seja incontroverso que as agências reguladoras não estão imunes ao controle do Poder Judiciário, o eminente jurista Alexandre de Moraes (2002, p. 34) adverte que:

[...] não haverá, em regra, a possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade pelo STF dos atos normativos editados pelas Agências Reguladoras, pois haveria a necessidade de analisar sua compatibilidade com os modelos genéricos – *standards* – previstos na lei, para concluir-se pela constitucionalidade ou não da norma secundária. Nesses casos, a jurisprudência da Corte Suprema é clara ao proclamar que subordinação normativa à lei, escapam do objeto previsto pela Constituição.

Não ficará, todavia, afastada a via do controle difuso de constitucionalidade, tampouco a possibilidade de eventual arguição de descumprimento de preceito fundamental, desde que a conduta da Agência Reguladora desrespeite qualquer preceito fundamental.

Por sua vez, Sebastião Botto de Barros Tojal, *in* Agências Reguladoras, organizado por Alexandre de Moraes (2002, p. 162-163), sustenta, no tocante ao controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos normativos emanados das agências reguladoras, que:

Diante da constatação de uma nova categoria de atos administrativos – aqui denominados atos administrativos de regulação ou atos administrativos regulatórios – oriundos do poder normativo das agências reguladoras, saltam aos olhos duas indagações fundamentais e interligadas: esses atos administrativos de regulação podem ser objeto de controle pelo Poder Judiciário? E, em caso positivo, quais aspectos desses atos poderão sofrer apreciação judicial?

A resposta à primeira indagação é indubitavelmente afirmativa.

É inadmissível em um Estado de Direito a existência de atos praticados pelo Poder Executivo que não possam ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário – expressão do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) consagrado desde os primórdios do século XIX, sob inspiração de Montesquieu.

Acresça-se a isso que o princípio da inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário está insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Portanto, os atos administrativos de regulação, como quaisquer outros atos administrativos emanados pelos entes da administração indireta (como as agências reguladoras), podem ser objeto de controle e de contraste pelo Poder Judiciário).

Posteriormente, o mesmo autor (2002, p. 166-170) salienta a necessidade de uma nova teoria de revisão judicial dos atos administrativos de regulação, *in verbis*:

[...] o controle jurisdicional deve incidir sobre a apreciação da consonância do agir das agências reguladoras (mediante a edição de atos administrativos de regulação), portanto, da adequação da racionalidade material do direito regulatório que expressa essa atividade normativa com o sistema constitucional.

[...]

Ao baixarem seus atos administrativos de regulação, as agências reguladoras devem respeitar os princípios da legalidade, igualdade, moralidade, publicidade e eficiência consagrados pelo art. 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como os princípios da finalidade, da motivação, da razoabilidade e da proporcionalidade [...]

Portanto, reitere-se, as agências reguladoras estão adstritas também ao dever de motivação de seus atos, bem como à obediência à finalidade para a qual foram instituídas.

Assim, desde que provocado (princípio da inércia jurisdicional), o Poder Judiciário poderá examinar todos esses aspectos dos atos administrativos de regulação, apreciando desde os elementos formais como competência, forma e procedimento, até a subsunção aos princípios constitucionais e legais e, sobretudo, a correlação do ato praticado com a atividade-fim da agência reguladora.

[...]

[...] a revisão judicial dos atos administrativos de regulação está a exigir a sistematização de uma nova compreensão da própria teoria dos atos administrativos, de um lado, à luz da emergência do paradigma do direito regulatório, e, de outro, requer ela, também, um esforço jurisprudencial que, reconhecendo a minimização da discricionariedade administrativa em matérias como tais, avance sobre os limites do controle de constitucionalidade da lei e dos atos do Poder Público para alcançar o conteúdo desses mesmos dispositivos, sempre reconhecendo que a única inteligência do art. 5º, inciso II, da

Constituição Federal, capaz de não jogá-lo no plano da retórica, é reconhecer que a única fonte de deveres e obrigações é a capacidade normativa do Estado, venha ela veiculada exclusivamente por lei, em seu sentido formal, ou na forma de um direito regulatório, que não tem na lei seu exclusivo veículo de revelação.

De todo o exposto, inarredável a conclusão de que assim como os atos normativos expedidos pela administração direta são submetidos à apreciação do Poder Judiciário, a mesma sorte é reservada aos atos de regulação emanados das agências reguladoras, pois, somente assim estarão sendo assegurados os preceitos contidos na Constituição Federal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, das considerações tecidas no presente artigo, que as agências reguladoras, autarquias de regime especial, editam normas no exercício do poder de regulamentar determinada matéria, e não com fundamento no poder regulamentar.

Não obstante possuam função normativa distinta daquela exercida pela administração pública direta, os atos de regulação por elas expedidos devem estrita observância aos princípios da separação de poderes e da legalidade, sem prejuízo de observância aos demais princípios constitucionais que regem a administração pública.

Restou definido, ainda, que apenas a Agência Nacional de Telecomunicações e a Agência Nacional de Petróleo possuem fundamento constitucional, enquanto as demais agências reguladoras exercem função normativa com fundamento na delegação que lhes é conferida pela lei que as institui, por isso os limites à atividade normativa destas últimas é mais amplo.

Em síntese, podemos afirmar que a função normativa a elas delegada, seja pela Constituição Federal, seja pela lei que as institui, é distinta daquela exercida pela administração pública direta, pois elas regulam apenas determinado setor da economia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *As Agências Reguladoras de Serviço Público Devem Ser Extintas?* Disponível em < <http://www.celc.com.br/comentarios/82.html> >. Acesso em 07 mar. 2014.

CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *Agências Reguladoras de Serviços Públicos*. Disponível em < <http://www.celc.com.br/comentarios/47.html> >. Acesso em 07 mar. 2014.

CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *Regime Jurídico das Agências Reguladoras de Serviço Público*. Disponível em < <http://www.celc.com.br/comentarios/78.html> >. Acesso em 07 mar. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *As Agências Reguladoras*. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo de Campo*. São Bernardo do Campo, São Paulo: ano 8, n. 10, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. Atualizado por Márcio Schneider Reis e Edgard Neves da Silva. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regulamento e Princípio da Legalidade*. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 96, out./dez. 1990.

MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Do Poder Regulamentar*. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 65, jan./mar. 1983.