
PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS – PARALELO ENTRE O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E O NORTE-AMERICANO

*ADMINISTRATIVE LAW CREATED BY REGULATORY AGENCIES –
ANALYSIS OF BRAZILIAN AND AMERICAN LAW SYSTEMS*

Renata Beckert Isfer

Procuradora Federal

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba

Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito de Curitiba

SUMÁRIO: Introdução; 1 Princípios Constitucionais; 2 O regime jurídico das agências reguladoras; 3 O perfil do Regulamento; 4 Os limites do Poder Regulamentar das Agências Reguladoras; 5 Conclusões.

RESUMO: Trata-se de estudo que visa verificar as semelhanças e diferenças no que toca ao poder normativo das agências reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos. Muito embora o sistema brasileiro tenha se baseado no sistema norte-americano, cada sistema possui peculiaridades, especialmente em função da extensão do princípio da Legalidade em cada um desses ordenamentos jurídicos. Analisa-se desde os princípios que mais influenciam a matérias, o regime jurídico das agências reguladoras e a extensão do poder regulamentar em cada sistema, para se verificar, ao final, os limites que as agências reguladoras devem observar.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Agências Reguladoras. Poder Regulamentar. Princípio da Legalidade. Separação de Poderes. Segurança Jurídica. Discricionariiedade Técnica.

ABSTRACT: The focus of the present study is on the Administrative Law created by Regulatory Agencies, especially on the similarities and differences between Brazilian and American Law. Even though Brazilian legislators were inspired by the American example, there are peculiarities in each system and knowing them is essential for the correct use of the independence given to the agencies. For that matter, we will analyse some principles of Law, as Legality, Separation of Powers and Legal Security. After verifying how the agencies are ruled in each country and the grounds of Administrative Law in general, we will be able to verify the limits of Administrative Law created by Regulatory Agencies in each Legal System.

KEYWORDS: Administrative Law. Regulatory Agencies. Legality. Separation of Powers. Legal Security. Discretionary Act.

INTRODUÇÃO

As agências reguladoras foram criadas no Brasil por influência do Direito Americano e Inglês. São autarquias em regime especial com a função precípua de regular alguns setores da economia, cuja origem está na necessidade de controle estatal sobre as atividades em que impera o interesse público e que foram transferidas para a iniciativa privada.

Muito embora as agências reguladoras americanas e inglesas tenham sido a inspiração do legislador brasileiro, o fato é que elas assumem características bastante distintas em cada regime jurídico, devido às suas particularidades. Nas palavras de MARÇAL JUSTEN FILHO, “*A adoção de um modelo estrangeiro exige sua adaptação aos princípios e regras que estruturam o direito nacional. Logo, as agências brasileiras não podem ser idênticas às norte-americanas!*”.

Especialmente no que toca ao poder regulamentar desses órgãos, verifica-se que as regras são bastante diferentes em amplitude, devido à dimensão dada ao Princípio da Legalidade em cada um desses países.

Como já noticiado pelo jurista espanhol EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA “*la preocupación por el uso sistemático y masificado del poder normativo por la Administración contemporánea [...] y, en segundo lugar, la conciencia de [...] un embridamiento de esse poder mortífero y, no obstante, ya trivializado*”.² Isso se deve, como já assinalava MONTESQUIEU a seu tempo, ao fato de que “*é uma experiência eterna a de que todo homem que tem poder é levado a abusar dele, ele vai até que encontre limites*.”³

Com o aparecimento das agências reguladoras, a necessidade de se estudar os limites do poder regulamentar ganhou força. MARÇAL JUSTEN FILHO corrobora esta constatação, afirmando, especificamente sobre a existência dos regulamentos autônomos, que “*a instalação de agências reguladoras propiciou a renovação do debate*.”⁴ Isso porque, como

1 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 582.

2 ENTERRÍA, Eduardo García. *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*. 2.ed. Madrid: Tecnos, 1981. p. XV. Tradução livre: “a preocupação pelo uso sistemático e massificado do poder normativo pela Administração contemporânea [...] e, em segundo lugar, a consciência de [...] uma dominação desse poder mortífero e, não obstante, já banalizado”.

3 Passagem citada por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em sua obra *Curso de Direito Administrativo*, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 313, retirada da obra *De l'Esprit des Lois*, Paris, Garnier Frères, Libraires Éditeurs, 1869. p. 142/143.

4 JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 492.

bem sentença JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO⁵, a atividade normativa das agências reguladoras é irrecusavelmente problemática.

Assim sendo, é fundamental o estudo do alcance do Poder Regulamentar das Agências Reguladoras no Brasil, diferenciando-o do sistema americano, para evitar futuras ilegalidades e, também, o travamento do Executivo nas matérias em que lhe compete atuar.

1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Existem alguns princípios e conceitos cuja compreensão é indispensável para o desenvolvimento do presente estudo, de forma que iniciaremos nosso trabalho a partir deles. São os princípios da Separação de Poderes, Legalidade e Segurança Jurídica.

Obviamente existem outros princípios que exercem influência sobre a matéria, mas dada a extensão do presente trabalho, optamos por selecionar aqueles cujo reflexo é mais evidente. Além disso, essa seleção é possível devido à existência, no Brasil, de uma “*hierarquia entre os princípios constitucionais, que privilegia aqueles que não podem ser tocados até mesmo por uma reforma constitucional*”, como bem ensina o professor JOSÉ ROBERTO VIEIRA.⁶

De fato, conforme o art. 60, §4º da Constituição da República de 1988 é absolutamente vedado ao Congresso Nacional deliberar a respeito de qualquer proposta de emenda constitucional tendente a abolir o Princípio da Federação (inciso I), Princípios da República e da Democracia (inciso II), Princípio da Separação das Funções (inciso III) e Princípios dos Direitos e Garantias Individuais, previstos principalmente no art. 5º, dentre os quais se encontram o Princípio da Legalidade e da Segurança Jurídica. São as chamadas cláusulas pétreas de nosso sistema, que conferem estabilidade ao nosso Direito.

Assim, primeiramente passamos a uma análise do princípio da Separação de Poderes, cuja relevância para o presente estudo chega a ser óbvia, na medida em que o poder normativo é atividade típica do poder legislativo e a edição de regulamentos também se enquadra na categoria dos atos normativos, eis que prescreve condutas de caráter geral e abstrato, mas é exercida pelo poder Executivo.

5 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 838.

6 VIEIRA, José Roberto. *Medidas Provisórias em Matéria Tributária: As Catilnárias Brasileiras*. São Paulo: 1999. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p. 47.

Todavia, muito embora não seja uma atividade típica do Executivo, não há qualquer violação ao princípio da Tripartição das Funções, senão vejamos.

A idéia de separação dos poderes foi originalmente concebida por Aristóteles e aperfeiçoada durante o Iluminismo por Montesquieu⁷. Por essa concepção, aquele que faz as leis não as executa ou as julga; o que as julga não as faz ou executa; e os que as executa não as julga ou faz. É um sistema de pesos e contrapesos em que o “*poder controla o próprio poder*”.⁸

Entretanto, como bem esclarece DIÓGENES GASPARINI⁹, “*verificou-se que não podia o Legislativo só legislar, o Executivo só administrar e o Judiciário apenas julgar*” pois, na lição de MARÇAL JUSTEN FILHO¹⁰, *não há meio prático de impor que cada poder (conjunto de órgãos) exercite um tipo único de função*”. Assim, cada um dos Poderes passou a deter, além de suas funções tradicionais, determinadas competências atípicas.

Com o passar do tempo, a idéia de Tripartição de Poderes foi se adequando às novas realidades mundiais, e assumindo feição mais aberta a mudanças, pois se verificou a impossibilidade e a inconveniência da não atribuição de competências atípicas a cada um dos Poderes, especialmente pelo “*progressivo esbatimento de fronteiras entre as diversas funções do Estado e a fluidez e relatividade dos critérios de caracterização entre elas*”.¹¹

Por essa razão, assevera CLÊMERTON MERLIN CLÈVE: “*A missão atual dos juristas é a de adaptar a idéia de Montesquieu à realidade constitucional de nosso tempo*”¹².

Especificamente sobre a função normativa, VICTOR UCKMAR, em sua consagrada obra “Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário”, que sentencia: “*a experiência demonstra que os Parlamentos não têm a possibilidade [...] de exercer por inteiro a função legislativa, que,*

7 DIÓGENES GASPARINI ressalta também a influência exercida por Harrington, Locke e Bollingbroke para a idéia da Separação de Poderes surgida na Idade Contemporânea. (*Poder Regulamentar*. 2.ed. São Paulo: RT, 1982 p. 125).

8 JUSTEN FILHO, op. cit., 25.

9 GASPARINI, op. cit., p. 125.

10 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 26.

11 PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional: Um Contributo para o Estudo das suas Origens e Evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 264.

12 CLÈVE, Clèmerton Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2.ed. São Paulo: RT, 2000. p. 44.

*portanto, vai sendo confiada, sempre com maior frequência e amplitude, ao Executivo”.*¹³

Contudo, buscou-se sempre restringir a criação de deveres e obrigações, bem como a interferência na liberdade e propriedade das pessoas, à atuação do Poder Legislativo. Isso porque, como já se disse, o Homem sempre será tendente a abusar dos poderes que lhe são conferidos, sendo necessária uma limitação efetiva que, no âmbito do Estado de Direito, se dá pelo Princípio da Tripartição dos Poderes.

O Princípio da Separação dos Poderes está previsto na Constituição Brasileira em seu art. 2º e na Constituição Americana nos artigos 1º, 2º, e 3º.

Passo adiante, adentramos no princípio da Legalidade, o qual representa “*a resposta concreta às exigências da representatividade republicano-democrática do nosso Estatuto Superior*”¹⁴. Nesse mesmo sentido, complementa GERALDO ATALIBA: “*O apanágio do cidadão, no regime republicano, está exatamente na circunstância de de só obedecer-se a si mesmo, pelos preceitos que seus representantes, em seu nome, hajam consagrado formalmente em lei.*”¹⁵

A quase totalidade das Constituições atuais traz o Princípio da Legalidade em seu bojo. No Texto Constitucional Americano, está previsto no artigo I, seção I e na 5ª Emenda¹⁶.

A Carta Magna Brasileira estabeleceu o Princípio da Legalidade como um dos seus cânones basilares. No âmbito da Administração Pública, ele adquire ainda maior relevância, como se percebe pela simples leitura do Texto Constitucional. O constituinte se preocupou em reiterar insistentemente a total subordinação da Administração à Lei, utilizando-se de diversos dispositivos, como o art. 5º, II, art. 37, art. 49 e art. 84, IV da CF/88.¹⁷

13 UCKMAR, Victor. *Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário*. trad. Marco Aurélio Greco, 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 39.

14 VIEIRA, op. cit., p. 85.

15 ATALIBA, op. cit., p. 99.

16 Article I. Section I. – All legislative powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and a House of Representatives.
Amendment 5 - ...nor shall any person be ... deprived of life, liberty, or property, without the due process of Law.”

17 Esses artigos estão assim redigidos na Constituição Federal:

“*Art. 5º [...] II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.*

Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...];

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

Essa insistência pode parecer exagerada num primeiro olhar, mas ao vislumbrar-se a História Brasileira verifica-se a ocorrência de reiterados arbítrios pelo Poder Executivo, sempre buscando sobrepujar-se à lei, sem que tenha sido imposta de qualquer sanção. Assim, resta claro que o constituinte provavelmente agiu dessa forma na esperança de que a repetição estimulasse a aplicação de medidas mais rígidas aos excessos do Executivo. Esse também é o entendimento de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

É que o Executivo, no Brasil, abomina a legalidade e tem o costumeiro hábito de afrontá-la, sem nisto ser coartado, como devido. Daí a insistência constitucional, possivelmente na expectativa de que suas dicções tão claras e repetidas ad nauseam encorajem o Judiciário a reprimir os desmandos do Executivo.¹⁸

Costuma-se atribuir a primeira afirmação do princípio da legalidade à Carta Magna, editada pelos barões ingleses no reinado de João Sem-Terra, porém mesmo antes desse acontecimento histórico já se verificava a aplicação do referido princípio na Inglaterra e mesmo em outros países europeus.

O reconhecimento constitucional do Princípio da Legalidade se deu com a Revolução Francesa e com a Independência Americana. A partir dessas Constituições – a Declaração de Direitos de 1789 e a “*Bill of Rights*” – que os outros países, dentre eles o Brasil, se inspiraram e, então, introduziram em sua respectiva Constituições esse princípio tão importante.

A nossa Constituição não aceita, em regra, que qualquer norma inaugural, seja ela de direito privado ou até de direito administrativo, seja expedida pelo Executivo, pois esta função foi reservada ao Poder Legislativo. Exceção feita às Leis Delegadas e às Medidas Provisórias, que, ressalte-se, somente podem ser editadas se obedecidos os requisitos estabelecidos pela própria Carta Magna.

Nenhuma pessoa ou sujeito de direito poderá sofrer qualquer restrição de liberdade ou propriedade por norma que não tenha sido determinada por lei. Qualquer obrigação deve sempre nascer

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

O artigo 84, IV já está transcrito na Introdução.

18 MELLO, op. cit., p. 317/318.

da lei, senão ela é inexistente em nosso ordenamento, por óbvia inconstitucionalidade¹⁹.

Especificamente no plano da Administração Pública, além da não proibição por lei de determinada conduta, como ocorre no Direito Privado, é necessário um permissivo legal que determine ou faculte a atuação do Estado. Refraseando, no âmbito do Direito Público, vigora o preceito de que o que não está expressa e antecipadamente permitido para a Administração, está, de fato, proibido. Na lição de HELY LOPES MEIRELLES “*enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza*”.²⁰

Por conseguinte, não pode o regulamento, no ordenamento jurídico brasileiro, inovar originariamente na ordem jurídica, mas apenas de modo derivado, limitado, subordinado à lei. Ele não pode entrar no âmbito das matérias *sob reserva de lei*, deve apenas configurar o modo de execução de lei preexistente, à qual está subordinado, estabelecendo normas em consonância e em estrita obediência ao texto legislativo.

Para finalizar, vale relembrar a lição de PONTES DE MIRANDA, em comentário à dispositivo equivalente ao atual, na vigência da Constituição de 1967:

Onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos – há abuso do poder regulamentar, invasão da competência administrativa. O regulamento não é mais do que auxiliar das leis, auxiliar que sói pretender, não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se e lograr que o elevem à categoria de lei.²¹

19 Essa idéia é rebatida por DIÓGENES GASPARINI, que afirmou que a legalidade não pode “*ser levada a categoria de superprincípio ou de supernorma, capaz de sobrepor a outros ou de derrogar ditames constitucionais*”. (*Poder...* p. 149). De fato, o princípio da legalidade deve conviver em harmonia com os demais princípios constitucionais, sem afrontá-los. Todavia, não resta dúvida de que esse princípio é a pedra de toque do Direito Constitucional Brasileiro, devendo ser observada sob quaisquer circunstâncias, desde que não implique em violação de outros princípios constitucionais.

20 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 86. Interessante conferir a lição de ALBERTO XAVIER (*Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação*. São Paulo: RT, 1978. p. 17/18) sobre o tema. Segundo ensina o autor, “*O Direito Administrativo brasileiro apenas parece exigir uma reserva de lei no que diga respeito à criação de deveres [...] donde se pode inferir que também entre nós a atividade normativa que na criação de limites à liberdade pessoal ou patrimonial dos subditos apenas se encontra submetida à regra da preeminência de lei.*”

21 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários à Constituição de 1967 em a Emenda nº 1 de 1969*. 2. ed. t. III, São Paulo: RT, 1970. p. 314.

Por último, mas não menos importante, passamos ao estudo do princípio da segurança jurídica, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Brasileira, na condição de direito fundamental. Ele está arrolado no *caput* do artigo que prevê os direitos e garantias individuais, influenciando todos e, na lição de JOSÉ ROBERTO VIEIRA, existe justamente para dar segurança jurídica às pessoas.²²

Aliás, não só o art. 5º existe para dar segurança jurídica às pessoas, como todo o Direito existe para essa finalidade, como bem explica ROQUE ANTONIO CARRAZZA: *De fato, como o Direito visa à obtenção da res justa, de que nos falavam os antigos romanos, todas as normas jurídicas, especialmente as que dão efetividade às garantias constitucionais, devem procurar tornar segura a vida das pessoas e das instituições*.²³

A ideia de segurança jurídica geralmente é ligada à noção de certeza do direito. Muito embora os conceitos não se confundam, na verdade verifica-se que a certeza do direito é um dos componentes da segurança jurídica, a qual também exige a previsibilidade da atuação estatal. Expliquemos.

A certeza do direito está presente quando a esfera jurídica dos administrados entre si e nas suas relações com a Administração Pública estão bem delimitadas, na lição de GERALDO ATALIBA.²⁴ É a ideia de previsão normativa clara e bem definida.

A previsibilidade da atuação estatal afasta “*as surpresas que repugnam ao nosso ordenamento jurídico*”, no sentido de proteção ao princípio da confiança e da boa-fé.²⁵

2 O REGIME JURÍDICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras são fruto das necessidades criadas com o aparecimento do Estado Democrático de Direito. No século XIX, vivemos o típico Estado Liberal de Direito, que privilegiava a

22 VIEIRA. *Medidas Provisórias...* p. 57.

23 CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 380/381. *O autor complementa: Com efeito, uma das funções mais relevantes do Direito é “conferir certeza “incerteza das relações sociais”(Becker), subtraindo do campo de atuação do Estado e dos particulares qualquer resquício de arbítrio. Como o Direito é a “imputação de efeitos a determinados fatos”(Kelsen), cada pessoa tem elementos para conhecer previamente as conseqüências de seus atos.*

24 ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. Atualiz. Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 184.

25 VIEIRA, José Roberto. *Medidas Provisórias Tributárias e Segurança Jurídica: A Insólita Opção Estatal pelo “Viver Perigosamente”* In: BARRETO, Aires Fernandino, et al. *Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito*. São Paulo: Noeses, 2005. p. 318-326.

proteção dos direitos de liberdade e propriedade, exigindo uma conduta de abstenção do Estado. No século seguinte, passamos a vivenciar o Estado Social de Direito, que exigia a crescente atuação do Estado na proteção dos direitos sociais do cidadão. Como ensina JOSÉ ROBERTO VIEIRA, “*O primeiro teria sido o momento da tese, o segundo o da antítese. Vivemos hoje o tempo da síntese, consubstanciando no Estado Democrático de Direito*”.²⁶

Assim, na década de 1920 nos Estados Unidos e de 1990 no Brasil verificou-se que o modelo de Estado adotado não era suficiente para suprir às expectativas da população. Assim, na lição de LUCAS DA ROCHA FURTADO:

Dentro do modelo de reforma proposto, o Estado assume novo papel, e, não obstante conserve a titularidade para o exercício de inúmeras atividades e potestades públicas, ele perde a primazia na prestação de inúmeros serviços, ainda que, como se disse, conserve a titularidade desses serviços.²⁷

Diante disso, o “*Estado passa a ter uma “administração pública gerencial”, baseada em conceitos de administração e eficiência, advindos do direito privado*”²⁸.

Contudo, como bem ensina MARÇAL JUSTEN FILHO:

Não é possível, sob a bandeira da “eficiência”, afastar o regime de direito público. A Administração Pública desempenha função, o que significa ausência de titularidade sobre os interesses envolvidos. Não é possível gerir a coisa pública tal como um particular gere seu próprio patrimônio.²⁹

As agências reguladoras, portanto, devem buscar um maior grau de eficiência, o que possível principalmente em função de sua especialidade técnica. Todavia, jamais pode ser olvidado que ainda devem agir de acordo com o regime jurídico administrativo, respeitando todos os seus princípios e as garantias dadas por ele aos cidadãos.

²⁶ VIEIRA. *Medidas Provisórias*. p. 120.

²⁷ FURTADO, Lucas da Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 185.

²⁸ MELLO, Vanessa Vieira de. *Regime Jurídico da Competência Regulamentar*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 89

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comissões de Serviços Públicos (Comentários às Leis n.s 8.987 e 9.047, de 1995*. p. 9, apud VIEIRA. *Medidas Provisórias*.... p. 123..

A primeira agência reguladora norte-americana foi criada pelo Congresso Nacional no ano de 1887, a *Interstate Commerce Commission*. Todavia, foi na década de 1930, durante o governo de Franklin Delano Roosevelt, que as agências reguladoras ganharam força. Durante o seu governo foram criadas diversas agências reguladoras com o objetivo de ajudar as vítimas da Grande Depressão de 1929. Além disso, essas agências receberam vasto poder normativo, o que foi considerado o começo de uma era de transformação do Estado, que passou a ser chamado de “*the administrative state*”.³⁰

O crescimento das agências reguladoras foi tão grande e seus poderes tão amplos que, em 1937, foi elaborado um parecer pela Comissão de Gerência Administrativa da Presidência da República afirmando que elas se tornaram um quarto ramo do governo, que culminou em uma investigação e na criação de uma lei limitando esses poderes, a APA – *Administrative Procedures Act*.³¹

No Brasil, já existiam desde a década de 1910 entidades com funções regulatórias, mas elas não eram denominadas agências. É o caso do Comissariado de Alimentação Pública, criado em 1918, do Instituto de Defesa Permanente do Café, de 1923, do Instituto do Açúcar e do Alcool, de 1933, dentre outros.

A primeira agência reguladora a ser criada já com essa denominação foi a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, veiculada pela Lei 9.427/1996, que botou em prática o Plano de Reforma de Estado elaborado pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso, que tinha como objetivo trazer “*mecanismos de diminuição do tamanho do Estado com o crescimento do instituto da delegação de tarefas anteriormente estatais a entes privados*.”³²

Foram criadas também agências reguladoras no setor de telecomunicações (Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel), de petróleo e gás (Agência Nacional do Petróleo – ANP) e, no âmbito estadual, a Comissão de Serviços Públicos de Energia – CSPE, no Estado de São Paulo.

Não existe, na Constituição Americana de 1787, qualquer previsão ou menção a agências administrativas.

30 BURNHAM, William. *Introduction to the Law and Legal System of the United States*. 4. ed. St. Paul: Thomson, 2006. p. 15.

31 PRESIDENT’S COMMISSION ON ADMINISTRATIVE MANAGEMENT. *Report with Special Studies*. 1937, apud BURNHAM, *Introduction...* p. 196.

32 VANESSA, op. cit., p. 89.

Nos Estados Unidos, o conceito de agência é trazido pela Lei de Procedimentos Administrativos (*Administrative Procedures Act – APA*), abrangendo qualquer autoridade não militar do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, com exceção do Congresso e dos Tribunais.

Como se vê, trata-se de conceito bastante amplo, que inclui basicamente todas as autoridades públicas, com exceção apenas da Presidência da República, do Congresso Nacional, do Poder Judiciário e da Força Militar.

Verifica-se que no Brasil as agências reguladoras possuem perfil diverso, muito embora tenham sido inspiradas nas norte-americanas. Utilizando-se a definição de MARÇAL JUSTEN FILHO, pode-se dizer que “*Agência reguladora independente é uma autarquia federal especial, sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração direta e investida de competência para a regulação setorial*”.³³

O autor ainda traz a seguinte advertência: “*A compreensão da figura da agência pressupõe pelo menos duas cautelas fundamentais. A primeira envolve a ausência de um perfil jurídico único para as agências. A segunda se vincula à necessidade de submissão das agências ao sistema jurídico pátrio*”.³⁴

De fato, não existe uma regra única para a criação das agências reguladoras. Elas estão sendo criadas por lei esparsas, que definem sua estrutura, função e regime jurídico. Como exemplo, podemos citar a Lei 9.427/96 que criou a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, a Lei 9.478/97, que criou a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações e a Lei 9.478/97, que criou a ANP – Agência Nacional de Petróleo.

Como ensina MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “*Embora não haja disciplina legal única, a instituição dessas agências vem obedecendo mais ou menos ao mesmo padrão, o que não impede que outros modelos sejam idealizados posteriormente*”.³⁵

No Direito Norte-Americano existe uma classificação tradicional das agências, distinguindo *regulatory agency* de *non regulatory agency*. A característica que as diferencia é justamente a delegação, pelo Congresso, de poder normativo para editar regras gerais e abstratas que atingem a esfera particular dos cidadãos, especialmente seus direitos, liberdade e propriedade.

33 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 584.

34 Idem, p. 582.

35 DI PIETRO, op. cit., p. 468.

As agências também são divididas em executivas ou independentes, de acordo com a existência de submissão a controle e supervisão do Presidente da República. As agências independentes são criadas geralmente naqueles casos em que se verifica uma necessidade maior de continuidade da administração e distanciamento de controle político.

Outra classificação bastante comum dá-se entre as agências reguladoras e as agências de bem-estar social, dentre as quais se encontra a Previdência Social (*Social Security Administration*).

No Brasil, a única divisão feita pela doutrina ocorre entre as agências executivas e as agências reguladoras. Agências executivas seriam aquelas autarquias ou fundações que celebram contratos de gestão com o órgão da Administração Pública Direta a que se acha vinculada e que busca aumentar a sua eficiência e reduzir dos custos. Diferentemente das agências reguladoras, não possuem autonomia e não buscam regular determinado setor da economia.

No que toca ao regime jurídico das agências reguladoras, analisando-se as leis que criaram as agências reguladoras atualmente existentes, verifica-se que elas nasceram como autarquias em regime especial. Assim sendo, elas submetem-se às normas constitucionais que disciplinam essas entidades da Administração Indireta, sendo que a lei que as criou estabelece o que seria esse “regime especial”.

O regime especial, via de regra, visa dar maior autonomia a esses órgãos em relação à Administração Pública Direta. Assim, diz respeito, via de regra, ao o regime especial de investidura e demissão dos administradores, ausência de subordinação hierárquica à Administração Direta e autonomia econômico-financeira.

Com relação ao regime de investidura de seus administradores, verifica-se que a Lei 9.986/2000 estabelece que eles terão mandato fixo, com prazo certo. Assim, somente haverá perda do mandato em caso de renúncia, sentença judicial transitada em julgado ou processo disciplinar.³⁶

Originalmente, o regime jurídico aplicado aos servidores das agências reguladoras era o do emprego público, regido pela CLT, nos termos da Lei 9.986/2000, salvo algumas exceções. Todavia, esse diploma legal foi revogado pela Lei 10.871/2004, que instituiu o regime estatutário para os servidores dessas autarquias.

Nos Estados Unidos as agências possuem autonomia ainda maior, com a possibilidade de edição de regulamentos autônomos,

³⁶ BANDEIRA DE MELLO, ., op. cit., p. 175.

de investigação e imposição de suas normas, além de uma corte administrativa para resolver as disputas que surgirem, as quais podem ser submetidas ao crivo do Judiciário. Ressalta-se que, ao contrário do que acontece no Brasil, exige-se, no sistema norte-americano, o exaurimento das vias administrativas como condição para revisão da decisão junto ao Poder Judiciário.³⁷

3 O PERFIL DO REGULAMENTO

No Brasil, a possibilidade de edição de regulamentos pelo chefe do Poder Executivo está previstos no art. 84, IV e VI, da Constituição da República de 1988. Nos Estados Unidos da América, as normas que disciplinam a edição de regulamentos estão previstas na APA – *Administrative Procedures Act*.

O regulamento, no sistema jurídico brasileiro, pode ser definido como ato administrativo normativo, composto por regras de caráter geral e abstrato, expedido pelo Chefe do Poder Executivo ou por seus auxiliares imediatos (Ministros de Estado, Secretários de Estado, do Distrito Federal ou do Município), que tem por finalidade dispor sobre a organização, funcionamento e a atividade da Administração Pública, de forma a garantir a uniforme e fiel execução de lei administrativa, cuja execução lhe seja incumbida.

Nos Estados Unidos, existe a possibilidade de expedição de regulamentos autônomos. Nesses casos, existem dois procedimentos possíveis para a sua edição, formal e informal, sendo este último o mais comum.

No procedimento informal, a agência primeiramente publica uma proposta de regulamento no “Federal Register”, a qual deve conter razões e detalhes suficientes para que os interessados apresentem comentários. Após, os comentários recebidos devem ser considerados e discutidos, com as justificativas para a redação final da norma. Por fim, o regulamento deve ser aprovado por uma corte revisional, no que toca à interpretação dada pela agência das leis que a precederam.³⁸

O procedimento formal de edição de regulamentos autônomos é determinado pelo Congresso em determinados casos, como para a fixação de preços, e é exigido que sejam formalizadas oitivas de testemunhas e outras provas que se fizerem necessárias.

37 BURNHAM, op. cit., p. 207.

38 Idem, p. 197.

Existem casos em que, por justa causa, é dispensado o procedimento de publicação da proposta e comentários (*notice and comment procedures*). Esses casos estão previstos na APA e ocorrem quando esse procedimento é desnecessário, impraticável ou contrário ao interesse público.

No caso dos regulamentos executivos, chamados “*interpretative rules*”, eles são apenas publicados a mesma forma das leis em sentido formal ou podem ser ainda mais informais, em formato de pergunta e resposta.

No sistema jurídico brasileiro, os regulamentos podem ter 4 (quatro) funções. A primeira delas é a decomposição analítica dos conceitos sintéticos dispostos em lei. Trata-se de função tradicionalmente reconhecida pela doutrina, na qual o Poder Executivo vai destrinçar os conceitos estabelecidos em lei de forma sintética, explicar didaticamente os termos legais, esclarecer o conteúdo previamente disciplinado na legislação. Nesse caso, não há inovação da ordem jurídica sequer em caráter secundário.

A ausência de “inovação” não torna essa espécie de regulamento inútil pois, além de permitir a fiel execução da lei, disciplinada pelo artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal, ele irá prestigiar igualmente o Princípio da Eficiência Administrativa (artigo 37, *caput*).³⁹

A doutrina tradicional ainda reconhece uma segunda função, a de determinação dos procedimentos a serem seguidos pela Administração Pública, dentro de seu âmbito de atuação, nas relações com seus administrados.

Como já se teve oportunidade de expor em outra ocasião, nesses casos:

[...] o Poder Executivo, por meio de seu chefe, reduz ou elimina a discricionariedade administrativa deixada pela norma legal, seja, no primeiro caso, restringindo as opções para a escolha concreta do meio de execução da lei, seja, no último, decidindo antecipadamente qual o procedimento mais adequado para tal execução.⁴⁰

39 Sobre a questão da inutilidade dos regulamentos não inovadores da ordem jurídica, ROQUE ANTONIO CARRAZZA (*Curso...* p. 328), esclarece que “os que entendem o contrário, data venia, desenvolvem o raciocínio de certo califá que, tendo conquistado cidade famosa, mandou incendiar sua esplêndida biblioteca, a pretexto de que os livros que a compunham, de duas, uma: ou repetiam o Alcorão, e, portanto, eram inúteis, ou o contradiziam, e, assim, eram prejudiciais. Não pensamos deste modo. O regulamento válido, por esclarecer a lei, deve ser conservado e tem sua utilidade no sistema jurídico.”

40 CAVALI, Marcelo Costenaro, ISFER, Renata Beckert; LESSNAU, Faio Alessandro Fressato, *et alii*. Perfil Constitucional do Regulamento e Alguns Reflexos Tributários. *Revista da Academia Brasileira de*

A justificativa para a sua existência foi bem explanada por SÉRGIO FERRAZ: “aquilo que o órgão administrativo pode ordenar ou proibir em um caso isolado, pode ordenar ou proibir de forma geral, para todos os demais casos similares”.⁴¹

Uma terceira função que pode ser atribuída aos regulamentos é a de reduzir a ambiguidade ou vaguidade legal. Ela é necessária quando a lei possui disposições ambíguas, podendo “designar dois ou mais seres em virtude da pluralidade de significados”, ou vagas, caso contenha termos imprecisos “em face da indeterminada extensão do seu significado”, que é único, apesar de abrangente.⁴²

Essa função é típica naquelas situações em que a norma legal demanda ulterior averiguação ou operacionalização técnica, aplicando regras de outros ramos do saber, como a economia ou a medicina, por exemplo.⁴³ É aqui que se insere a tão discutida figura da discricionariedade técnica, muito presente na atividade das agências reguladoras.

Se não existisse o regulamento, a lei permitiria ao juiz o exercício de uma atividade “discricionária”, pois “nos casos de penumbra, onde nossas convenções lingüísticas ainda não estão solidificadas ou determinadas, o juiz deve eleger entre os possíveis significados dos termos gerais antes de realizar a subsunção.”⁴⁴ Assim, o regulamento exerce essa função antes das decisões do Poder Judiciário no caso concreto, visando assegurar a melhor aplicação da lei. O campo decisório do juiz, a moldura em que se deve enquadrar a sua decisão, fica mais restrita do que originalmente, quando existia somente a lei.⁴⁵

A quarta e última função dos regulamentos é a de disciplinar a estruturação, as atribuições e o funcionamento dos órgãos da Administração Pública, típica dos regulamentos orgânicos. Diferenciam-se dos regulamentos executivos por não se destinarem a facilitar a fiel e uniforme aplicação da lei ao caso concreto, o que também os distingue das três funções anteriormente descritas.

Direito Constitucional, vol. 3, 2003. p. 199. Orient. José Roberto Vieira. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional,

41 FERRAZ, Sérgio. *3 Estudos de Direito*. São Paulo: RT, 1994. p. 107.

42 VIEIRA, José Roberto. *Reforma Tributária: de Salomão a Souto, Uma Armadilha*. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, n. 72, p. 113, 1999.

43 Sobre o tema, confira-se: BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 329/330.

44 STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem: Uma Análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 124.

45 CAVALI, op. cit., p. 201.

No sistema jurídico americano encontramos uma quinta função para os regulamentos, que seria justamente a inovação do ordenamento jurídico, criando normas dentro dos limites estabelecidos pela lei que delegou o poder normativo para a respectiva agência reguladora.

Tema controverso é a possibilidade de edição, pelo Executivo, de regulamentos autônomos. Até o advento da Emenda Constitucional n. 32/2001, a doutrina e a jurisprudência eram pacíficas no sentido de que no Brasil somente poderiam ser criados regulamentos executivos.

A EC 32/2001 exclui o termo “na forma de lei” da redação do inciso VI do artigo 84, referente aos regulamentos autônomos. Assim, muitos doutrinadores passaram a entender que seria possível, ao Executivo emanar regulamentos autônomos sem lei precedente, conforme já se mencionou acima. O E. Supremo Tribunal Federal também já se posicionou sobre o tema, concluindo que são admitidos no ordenamento jurídico brasileiro, os regulamentos autônomos.

Não obstante, entende-se que toda interpretação da Constituição Federal deve ser feita de forma sistemática. Sendo o princípio da legalidade pedra de toque do nosso sistema constitucional, não se pode, simplesmente, afastá-lo em virtude de emenda constitucional, especialmente porque se trata de cláusula pétreia, que não pode ser suprimida da Constituição nem por emenda constitucional.

A interpretação sistemática que confirma a impossibilidade de ação desenfreada do Poder Executivo ainda abrange o Princípio da Legalidade da Administração (art. 37, *caput*), ao artigo 48, X, que outorga competência para o Congresso Nacional legislar sobre a criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, “*observado o que estabelece o art. 84, VI, ‘b’*”, e ao artigo 84, XXV, que estabelece a competência do Presidente da República de prover e extinguir os cargos públicos federais, “*na forma de lei*”.

Além disso, como bem esclarece JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO:

Atos dessa natureza não podem existir em nosso ordenamento porque a tanto se opõe o art. 5º, II, da CF, que fixa o postulado da reserva legal para a exigibilidade de obrigações. Para que fossem admitidos, seria impositivo que a Constituição deixasse clara, nítida, indubitável, a viabilidade jurídica de sua edição por agentes da Administração, como o fez, por exemplo, ao atribuir ao Presidente da República o poder constitucional de legislar através de medidas provisórias (art. 62, CF). Aqui, sim, o poder legiferante é direto e primário, mas os atos são efetivamente legislativos, e não

regulamentares. Ao contrário, decretos e regulamentos autônomos estampariam poder legiferante indireto e simulado, e este não encontra suporte na Constituição.⁴⁶

A possibilidade de delegação da competência regulamentar a outros órgãos da Administração Pública pelo chefe do Poder Executivo, por seus auxiliares imediatos ou pela própria lei é bastante controversa. Após a criação das agências reguladoras, a discussão tomou novo fôlego e, contudo, a adoção de posicionamentos contrários se revelou ainda mais constante.

Enquanto alguns autores entendem que tal possibilidade é absolutamente vedada pela Constituição Federal, face ao disposto pelo artigo 84 e seu parágrafo único, outros defendem a delegação da competência regulamentar. Argumentam que é ela conveniente porque esses órgãos seriam mais aptos por se acharem em contato imediato com a matéria regulada ou disporem de maior rapidez de decisão⁴⁷, ou porque não se justificaria que a Constituição permitisse a delegação de competência legiferante e vedasse a delegação de competência regulamentar, uma vez que a primeira implica em exceção ao princípio da Tripartição de Poderes, enquanto a segunda envolve meros poderes políticos e jurídicos de menor relevo.⁴⁸ MARÇAL JUSTEN FILHO afirma, inclusive, que “*o elenco do parágrafo único [do artigo 84] não pode ser interpretado como exaustivo, sob pena de produzir efeitos abstrusos*” [complementamos], e exemplifica com a competência presidencial para conferir condecorações e distinções honoríficas.

Adotamos a posição da primeira corrente quanto à delegabilidade dos regulamentos executivos. De fato, o artigo 84 do Texto Maior é claro em suas disposições; já em seu *caput* estabelece que é função privativa do Presidente da República a realização das funções elencadas em seus incisos. Isso implica na impossibilidade de sua realização por qualquer outro órgão ou poder. Note-se que não houve estabelecimento de simples competência, mas de competência privativa, exclusiva do Presidente da República. As únicas exceções podem ser encontradas somente no corpo da própria Constituição Federal; o que não está ali

46 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 60.

47 DANTAS, San Tiago. Poder regulamentar das autarquias, *Problemas de Direito Positivo*. Rio de Janeiro: Forense, 1953. p. 203-204.

48 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 519.

previsto como ressalva ao dispositivo geral não pode ser considerado como tal, mesmo sob a alegação de que o rol ali previsto não é taxativo.

Ademais, a própria Carta Magna designou as exceções possíveis quanto à delegação de competência. No parágrafo único do mesmo artigo 84, estabeleceu quais das funções constantes de seus incisos podem ser delegadas a outros órgãos. Se não fosse a intenção do constituinte de que apenas aqueles dispositivos pudessem ser delegados, ele não teria gastado seu tempo adicionando este parágrafo único, claramente inútil se adotada aquela concepção. Ressalte-se que pelo artigo 68 da Constituição se pode inferir que é vedada a delegação de poderes legislativos ao Executivo. Essa norma deve incidir com maior evidência quando se trata de delegação a favor de órgãos de posição jurídica inferior à do Presidente da República, que constituem atos de qualificação menor.⁴⁹

Veja-se que as alegações expendidas por aqueles que defendem a delegabilidade dos regulamentos são baseadas em meras questões de fato. Ao se dizer que não seria conveniente a regulamentação pelo chefe do Executivo, ou que não se justificaria face à possibilidade de delegação legiferante ou, ainda, que algumas das competências outorgadas pelo artigo 84 não precisariam ser necessariamente realizadas pelo Presidente da República, não se está fundamentando com base nas disposições constitucionais, mas em simples suposições ou alegações do que seria ideal na concepção desses juristas.

Ocorre que o constituinte não pensou da mesma forma ao elaborar a nossa Lei Maior, e não cabe a ela se adaptar ao pensamento daqueles que a estudam. Pelo contrário, os estudiosos do Direito devem buscar a melhor interpretação da norma constitucional, do que está efetivamente consagrado na Constituição, sem apenas tentar encontrar uma forma de desvirtuar o seu significado para atender a um preceito por eles criado.

Todavia, isso não significa que os demais órgãos da Administração Pública estão impedidos de editar quaisquer atos administrativos normativos de caráter geral e abstrato. Conforme ensina CLÉMERTON MERLIN CLÈVE, *“tais atos podem, impropriamente, ser considerados regulamentares (já que regulamentam algo); porém, não constituem, sob o prisma constitucional, verdadeiros regulamentos.”*⁵⁰ É que, mesmo quando

49 Sobre o tema, veja-se: BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 337/338. O parágrafo único do artigo 84 da CF/88 está assim redigido: *“O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República, ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.”*

50 CLÈVE, op. cit., p. 278.

válidos, eles serão hierarquicamente inferiores aos regulamentos editados pelo chefe do Poder Executivo ou por seus auxiliares imediatos. Em outras palavras, a norma infra-regulamentar deverá estar em conformidade não apenas com a Constituição e com a lei, mas também com o regulamento. Justificamos tal afirmativa reforçados na lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

É que, na pirâmide jurídica, [as portarias, resoluções, ou quaisquer outros atos normativos editados pelo Executivo] alojam-se em nível inferior ao próprio regulamento. Enquanto este é ato do Chefe do Poder Executivo, os demais assistem a autoridades de escalão mais baixo e, de conseguinte, investidas de poderes menores.⁵¹ [complementamos].

Todas as ponderações acima feitas, ressalte-se, dizem respeito à delegação da competência para baixar regulamentos executivos. Com relação aos regulamentos orgânicos, previstos pelo art. 84, VI, não há qualquer dúvida com relação a sua delegabilidade, eis que o parágrafo único do artigo em epígrafe previu essa possibilidade de forma clara e imune a qualquer discussão.

Outra questão de extrema importância para o presente trabalho é verificar a possibilidade de atribuição de efeitos externos ao regulamento. Parte da doutrina entende que os regulamentos somente podem ter eficácia interna, ou seja, que não produzem efeitos perante terceiros, que não a Administração, asseverando que os administrados devem obediência somente à lei, devido ao princípio da Legalidade. Nesse sentido, os regulamentos somente os atingiriam por via reflexa, quando estes comparecessem a uma repartição pública e interagissem com seus agentes, “*na medida em que os agentes públicos – pela subordinação hierárquica – são constrangidos por essas regras, o terceiro que com eles trate a elas se deve conformar*”.⁵²

Todavia, não compartilhamos desse entendimento e nos filiamos à corrente que identifica a existência de regulamentos internos e externos. Isso porque não há qualquer disposição constitucional que vede a vinculação de terceiros às normas regulamentares. A Constituição atribuiu limites bastante severos de atuação ao regulamento, o qual não pode inovar originariamente o sistema jurídico ou criar obrigações para os administrados. Não obstante, atuando dentro dessas prerrogativas,

51 BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 337.

52 ATALIBA, op. cit., p. 140.

nada impede que ele exerça sua eficácia sobre terceiros, que não a Administração Pública.⁵³

Como já se teve oportunidade de verificar:

o regulamento, da mesma forma que as leis, ocupa um lugar determinado na pirâmide normativa que representa o ordenamento jurídico nacional. Cada qual tem suas funções, sendo certo que a margem de atuação das leis é infinitamente maior do que a dos regulamentos. Isso, porém, não significa que os regulamentos possam ser ignorados pelos particulares, sob o argumento de que só produzem efeitos internos. Tampouco pode o Poder Judiciário ignorar a definição mais precisa, trazida por disposições regulamentares, dos termos legais vagos e ambíguos.⁵⁴

4 OS LIMITES DO PODER REGULAMENTAR DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Estabelecidas as características das agências nos sistemas jurídicos norte-americano e brasileiro e o regime jurídico dos regulamentos, passamos ao principal ponto do presente estudo, a análise dos limites do poder regulamentar das agências reguladoras.

CELSO ANTONIO BRANDEIRA DE MELLO vai ao cerne da questão ao afirmar que *“O verdadeiro problema com as agências reguladoras é o de se saber o que e até onde podem regular algo sem estar, com isto, invadindo competência legislativa.”*

Nos Estados Unidos a competência regulamentar das agências reguladoras é bem mais ampla do que no Brasil. Naquele país, admite-se a delegação pelo Congresso para o Executivo de poderes para inovar originariamente o ordenamento jurídico. O limite para a atuação normativa das agências reguladoras vem descrito na própria lei que delegou esse poder.

Vale lembrar que não há, na Constituição Americana, qualquer previsão normativa para a edição de normas pelo Executivo, de forma que a sua competência deriva exclusivamente de delegação legislativa. Mesmo assim, atualmente existem mais leis emanadas pelas agências reguladoras do que pelo próprio Congresso Nacional Americano.⁵⁵

53 CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 46.

54 CAVALI, , op. cit., p. 207. Sobre a redução da vaguidade e/ou da ambigüidade legal, veja-se o item 4.3.

55 BURNHAM. *Introdução...* p. 15.

Justamente por esse fato, concluiu MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO: “*Quanto ao poder regulamentar, não constitui uma atribuição inerente à Administração Pública, pois depende de delegação expressa em cada caso; além disso, as normas regulamentares tem a mesma força de lei [...]*”.⁵⁶

Como ressalta MARCELO FIGUEIREDO, “*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*”.⁵⁷

Assim, no Brasil, verifica-se que as agências reguladoras não podem emitir regulamentos, no sentido técnico da palavra, devido à sua indelegabilidade, já mencionada no tópico anterior. Todavia, pode criar outros atos administrativos normativos, de caráter geral e abstrato, afinal, como leciona MARÇAL JUSTEN FILHO:

Acolher o argumento da impossibilidade de atribuição de competências normativas abstratas para outras autoridades administrativas acarretaria um verdadeiro caos para a atividade administrativa do Estado, pois seria impossível que o Presidente da República concentrasse em suas mãos a competência para editar todos os regulamentos administrativos.⁵⁸

Esses atos normativos, no entanto, devem estar em consonância com a Constituição, com a lei e eventual regulamento preexistente, face ao princípio da legalidade e à já mencionada indelegabilidade da competência regulamentar *stricto sensu*.

A primeira consequência desse fato é que elas são hierarquicamente inferiores às normas regulamentares expedidas pelo chefe do Executivo e estão a elas vinculadas. Como leciona LUCAS DA ROCHA FURTADO,

[...] não se pode confundir o poder normativo de algumas agências, o poder de regular determinados segmentos, com a competência do Poder Executivo para regulamentar a lei mediante a edição de decreto. [...] [O art. 94, IV, CF/88] impede qualquer agência de editar norma que possa se sobrepor à lei ou ao respectivo e eventual decreto editado pelo chefe do Executivo.⁵⁹ [complementamos]

56 DI PIETRO, op. cit., p. 19.

57 FIGUEIREDO, Marcelo. *As Agências Reguladoras – O Estado de Direito Democrático no Brasil e sua atividade normativa*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 174.

58 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 587.

59 FURTADO, op. cit., p. 189.

Consideradas todas as limitações e as características das agências reguladoras, verifica-se que seu poder regulamentar tem como objetivo principal cumprir a terceira função acima elencada, a de reduzir a ambiguidade ou vaguidade legal, ou seja, exercer a discricionariedade técnica atribuída pelo legislador ao administrador. Como esclarece LUCAS DA ROCHA FURTADO:

A rigor, o termo discricionariedade técnica – tão importante para o tema que ora examinamos – foi utilizado pela primeira vez na Áustria, e a sua justificativa está justamente relacionada à necessidade de que certas decisões administrativas devem considerar tal nível de especialização que somente aquele órgão ou entidade teria elementos necessários para a valoração da melhor solução a ser adotada.⁶⁰

Nesses casos, resta claro que as agências reguladoras poderão inovar o ordenamento jurídico. Na ausência na norma regulatória, a lei permitiria ao juiz o exercício de uma atividade “discricionária”, pois *“nos casos de penumbra, onde nossas convenções lingüísticas ainda não estão solidificadas ou determinadas, o juiz deve eleger entre os possíveis significados dos termos gerais antes de realizar a subsunção.”*⁶¹

Nada obsta, e até se exige, que as agências reguladoras exerçam essa função antes das decisões do Poder Judiciário no caso concreto. O campo decisório do juiz, a moldura em que se deve enquadrar a sua decisão, fica mais restrita do que originalmente, quando existia somente a lei.⁶²

Veja-se que se não existisse a norma regulatória, os agentes e órgãos administrativos poderiam atuar de maneiras distintas em face da mesma situação concreta, pela utilização da margem de discricionariedade deixada pela lei e aplicando interpretações diversas do mesmo texto legal. Tal situação acarretaria gravíssimas conseqüências para toda a sociedade brasileira, por não oferecer a segurança jurídica a que ela faz jus, além de ferir o princípio da isonomia.⁶³

60 FURTADO, op. cit., p. 190.

61 STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem: Uma Análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 124.

62 CAVALI, op. cit., p. 201.

63 Nesse sentido, complementa CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO: *“Ditos regulamentos cumprem a imprescindível função de, balizando o comportamento dos múltiplos órgãos e agentes aos quais incumbe fazer observar a lei, de um lado, oferecer segurança jurídica aos administrados sobre o que deve ser considerado proibido ou exigido pela lei (e, ipso facto, excluído do campo da livre autonomia de vontade), e, de outro lado, garantir a aplicação isonômica da lei, pois, se não existisse essa normação infralegal, alguns servidores públicos, em um*

A discricionariedade técnica, ao contrário do que pode parecer, não afasta a possibilidade de apreciações subjetivas às agências reguladoras ao desenvolver o conteúdo dos comandos legais. Pelo contrário, existem incontáveis situações de ordem técnica que não envolvem certezas, mas simples probabilidades. Somente uma concepção positivista da ciência poderia levar à conclusão de que é possível uma decisão exclusivamente técnica, condutora de uma solução única e correta.

Como ensina MARÇAL JUSTEN FILHO:

[...]o conhecimento técnico poderá funcionar como instrumento de delimitação das alternativas disponíveis, mas dificilmente eliminará a pluralidade de alternativas. Haverá uma margem de escolhas, a qual propiciará um juízo de conveniência e oportunidade por parte da autoridade encarregada de promover a aplicação da norma geral.⁶⁴

Em outras palavras, a análise técnico-científica dos critérios legais pode eliminar soluções incompatíveis com os postulados das ciências não-jurídicas relacionadas a ele, reduzindo as chances de desvios ou abusos de poder. Entretanto, a opção entre as hipóteses cientificamente admissíveis fica a critério de um juízo discricionário da agência reguladora.

Esses regulamentos têm como fundamento normas legais que não podem, ou devem, fazer além de estabelecer conceitos que somente serão precisos após a devida averiguação técnica, pois as mudanças e a evolução da tecnologia e ciência tornariam impraticável a promulgação de lei minuciosa o suficiente, que não se tornasse obsoleta em pouquíssimo tempo. Ademais, muitas vezes a realidade dos fatos demanda grau de exigências administrativas diferentes em dado tempo e lugar, para que não se fuja à finalidade da lei, sem prejudicar outros interesses por ela também tutelados.

Ressalte-se que não se trata de norma interpretativa – atividade intelectual do jurista – mas de um juízo discricionário, em que a Administração Pública irá escolher, entre as opções permitidas pela lei, aquela que melhor atenderá ao interesse público.

Podemos citar o exemplo trazido por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, no qual a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que tem competência para estabelecer normas e padrões

dado caso, entenderiam perigosa, insalubre ou insegura dada situação, ao passo que outros, em casos iguais, dispensariam soluções diferentes.” Curso... p. 330.

64 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 528.

sobre “limites de contaminantes, resíduos tóxicos, desinfetantes, metais pesados e outros que envolvam risco à saúde”(art. 7º, IV, Lei 9.782/99), pode definir, através de instrumento normativo, o que seriam “contaminantes”, “resíduos tóxicos”, “desinfetantes”, etc.⁶⁵

Nunca é demais ressaltar que inclusive nos casos de discricionariedade técnica, o ato normativo não pode ir contra lei ou princípios jurídicos vigentes em nosso sistema.

Além disso, as agências reguladoras não podem entrar na esfera das decisões políticas, como bem ensina LUCAS DA ROCHA FURTADO:

Devem as agências regular os setores sob sua responsabilidade; não devem elas, todavia, desempenhar a função de Poder Central de formular políticas públicas, função que deve ser exercida em nível ministerial, com a efetiva participação do chefe do Executivo e do respectivo Poder Legislativo.⁶⁶

Verifica-se, portanto, grande diferença de amplitude no poder normativo das agências reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos. Utilizar os mesmos limites das agências norte-americanas às agências reguladoras brasileiras significaria afrontar os princípios basilares de nosso ordenamento jurídico. Assim sendo, deve-se sempre, em primeiro lugar, verificar se determinada norma se encontra de acordo com o princípio da Legalidade, o qual, como já se viu, sobrepairá sobre todo o nosso ordenamento jurídico.

5 CONCLUSÕES

Buscamos, no decorrer do presente estudo, verificar os limites de atuação dos atos normativos expedidos pelas agências reguladoras no sistema jurídico brasileiro e no sistema jurídico norte-americano.

Para tanto, verificou-se que alguns princípios e garantias constitucionais são fundamentais para o entendimento da matéria, em especial o Princípio da Tripartição dos Poderes, o Princípio da Legalidade e o Princípio da Segurança Jurídica.

As agências reguladoras surgiram como uma resposta à dificuldades encontradas pela sociedade tanto no Estado Liberal quanto no Estado Social de Direito. Verificou-se que ao Estado não bastava

65 DI PIETRO, op. cit., p. 471.

66 FURTADO, op. cit., p. 190.

eximir-se de interferir na esfera pessoal, mas que também não era possível que realizasse todas as atividades ligadas ao interesse público.

Assim, o Estado passou a ter um caráter mais gerencial e foram criadas agências com o objetivo de regular as atividades econômicas que passaram a ser exercidas por particulares, muito embora sejam de interesse público.

Buscando evitar interferências políticas e maior agilidade e eficiências, foram criadas agências independentes para a regulação de alguns desses setores.

Nos Estados Unidos, todos os órgãos não militares e não vinculados à Presidência da República, ao Congresso ou ao Poder Judiciário são considerados agências. Seriam reguladoras especificamente aquelas às quais o legislador concedeu poderes para editar normas, fiscalizar sua execução e aplicar sanções pelo seu não cumprimento.

No Brasil, agências reguladoras são autarquias em regime especial. A especialidade é relacionada também à atribuição de maior autonomia com relação à Administração Direta, em especial ao regime diferenciado de investidura e demissão de seus dirigentes, ausência de submissão hierárquica em relação à Administração Direta e à autonomia econômico-financeira.

Os regulamentos não estão previstos na Constituição Americana. O Congresso Americano delega, através de lei, a edição de normas de caráter geral e abstrato ao Executivo. No Brasil, a edição de regulamentos está prevista pelo art. 84, IV e VI da Constituição da República de 1988.

Em nosso ordenamento jurídico encontramos 04 (quatro) funções para os regulamentos: (i) a decomposição analítica dos conceitos sintéticos dispostos em lei; (ii) o estabelecimento de regras orgânicas e processuais a serem obedecidas pela Administração Pública em suas relações com os particulares, reduzindo ou eliminando a possibilidade de tratamento diferenciado entre cidadão na execução da lei; (iii) a redução da ambigüidade e da vaguidade legal, optando por uma das possibilidades por ela admitidas; e (iv) organizar o funcionamento da Administração Pública.

Nos Estados Unidos existe ainda uma quinta função, que é a de inovar originariamente o ordenamento jurídico, criando direitos e obrigações para os particulares.

No que toca à eficácia do regulamento, filiamo-nos à corrente doutrinária que afirma que ele pode exercer efeitos externos e vincular terceiros, além da Administração Pública. Isso porque não há qualquer disposição constitucional que disponha em sentido contrário. Ademais,

o regulamento tem limites bastante severos de atuação, não podendo inovar originariamente o sistema jurídico ou criar obrigações para os administrados. Porém, atuando dentro dessas prerrogativas, nada impede que ele exerça sua eficácia sobre terceiros, que não a Administração Pública.

A competência para editar regulamentos executivos não é delegável no sistema jurídico brasileiro. O artigo 84 da Constituição Federal foi claro ao atribuir ao Presidente da República competência privativa, exclusiva para as funções elencadas em seus incisos. Ademais, a própria Carta Magna estabeleceu no parágrafo único do referido dispositivo constitucional as exceções a esta regra, dentre as quais não se encontra a edição de regulamento executivo.

No que toca aos regulamentos orgânicos, o Texto Constitucional foi claro ao permitir a sua delegação, uma vez que incluiu essa possibilidade nas exceções à exclusividade das funções do Presidente da República, elencadas no parágrafo único do artigo 84.

Nada obsta, no entanto, que as agências reguladoras emanem atos administrativos normativos, de caráter geral e abstrato. Todavia, esses atos devem estar em conformidade não somente com a Constituição e com a lei, mas também com eventual regulamento que o preceda.

A atividade normativa das agências reguladoras no Brasil encontra sua relevância e utilidade, principalmente, no que toca ao exercício da terceira função dos regulamentos, a de redução da ambigüidade e da vaguidade legal, optando por uma das possibilidades por ela admitidas. Assim, as agências reguladoras, fazendo uso de sua discricionariedade técnica, vão definir qual a melhor forma de cumprir o interesse público, dentre as opções deixadas em aberto pela lei em sentido formal.

Nos Estados Unidos, tendo em vista a admissibilidade de edição de regulamentos independentes em seu sistema, o poder normativo das agências reguladoras encontra seu limite na própria lei que a instituiu, a qual deve trazer os *standarts* e limites de sua atuação.

Verifica-se, portanto, que não se pode simplesmente “importar” institutos do direito alienígena, sendo sempre necessário um minucioso confronto de suas características com os princípios vigentes em nosso ordenamento jurídico, para saber-se exatamente os contornos que esse instituto poderá adquirir no Brasil. Idéias novas são sempre bem-vindas, mas devem ser adaptadas ao nosso Direito, que nunca é idêntico ao Direito Comparado.

