
DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS COMO FORMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

*THE REGULATORY POWER OF REGULATORY AGENCIES AS A WAY
TO IMPLEMENT PUBLIC POLICIES*

Luciana Chaves Freire Félix

Procuradora Federal em Brasília-DF

*Pós-Graduada em Direito Público, em Direito Processual Civil e em Direito
Administrativo*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da origem do poder normativo das Agências Reguladoras; 2 Das teorias que buscam legitimar o poder normativo das Agências Reguladoras; 3 Do poder normativo das Agências Reguladoras como forma de implementação de políticas públicas; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este trabalho aborda o poder normativo das agências reguladoras como forma de implementação de políticas públicas. Assim é que o presente estudo, sem a pretensão de esgotar o assunto, discorre sobre as principais teorias que buscam legitimar o poder normativo. Por fim, é ressaltada a importância do poder normativo das agências reguladoras para efetiva implementação de políticas públicas.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Normativo. Agências Reguladoras. Políticas Públicas. Efetividade.

ABSTRACT: This article addresses the normative power of regulatory agencies as a way to implement public policies. Thus the present study, with no intention to exhaust the subject, discusses the main theories that aim to legitimize the normative power. Finally, the study emphasizes the importance of the normative power of regulatory agencies for the effective implementation of public policies.

KEYWORDS: Normative Power. Regulatory Agencies. Public Policy. Effectiveness.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca apontar a importância do poder normativo das agências reguladoras como forma de implementação de políticas públicas.

Para tanto, apresenta uma breve distinção entre o poder legiferante e o poder regulamentar e aponta a origem histórica do poder normativo e as principais teorias que buscam legitimá-lo.

Nesse ponto, o objetivo principal do presente trabalho é demonstrar que, independentemente da teoria adotada, o poder normativo das agências reguladoras é sim legítimo e, mais do que isso, é essencial para a efetiva implementação de políticas públicas.

1 DA ORIGEM DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

O artigo 2º da Constituição Federal preceitua que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Trata-se de sistema de tripartição de poderes, que devem ser independentes e harmônicos entre si. Na lição de José dos Santos Carvalho Filho, “esse é, aliás, o ponto de equilíbrio do sistema de tripartição de funções: são harmônicos, é verdade, como desenha a Constituição no art. 2º, mas são independentes”¹. Sobre a questão, ensina, ainda, o autor²:

Na verdade, sua independência vem em primeiro lugar; a harmonia – atenuada pela ideia de “interdependência”, que, segundo alguns autores, deve emanar da interpretação de “interdependência” contida no texto – vem depois, porque só admissível quando a própria Constituição o autoriza. Para as linhas que ora se apresenta, o problema central se situa na linha que distancia a lei (em sentido lato) do ato administrativo normativo, ou seja, aquele que, tanto quanto aquela, tem destinatários indeterminados em seu círculo de incidência.

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e Poder Normativo. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, fev./mar./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-JOSE%20CARVALHO.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e Poder Normativo. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-JOSE%20CARVALHO.pdf>>. Acesso em 20 abr. 2015.

De início, há de se distinguir o poder legiferante do poder regulamentar. Enquanto o poder legiferante é primário e gera a lei, o poder regulamentar é secundário e gera o regulamento. José dos Santos Carvalho Filho³ bem conceitua cada um desses poderes:

O primeiro é primário, porque se origina diretamente da Constituição na escala hierárquica dos atos normativos; o segundo é secundário, porque tem como fonte os atos derivados do poder legiferante. Portanto, como regra, afirma-se que o primeiro gera a lei (ou ato análogo com outra denominação) e o segundo o regulamento – caracterizado como ato administrativo e, frequentemente, revestido de denominações diversas (decretos, resoluções, portarias etc).

Sendo ato administrativo, o ato regulamentar é subjacente à lei e deve pautar-se pelos limites desta.

Muito embora, conceitualmente, seja possível distinguir esses dois poderes, na prática, sua distinção nem sempre é tão cristalina. A problemática é ainda maior quando se fala em poder normativo das agências reguladoras.

Nesse ponto, importa destacar que as agências reguladoras surgiram em decorrência do regime de desestatização paulatinamente implementado na Administração Pública⁴. Ou seja, implementada a desestatização, foi preciso criar mecanismos para que o Estado, que não mais prestaria serviços tidos como essenciais, ao menos exercesse controle sobre a prestação desses serviços. É o que bem leciona José dos Santos Carvalho Filho⁵:

[...] é correto admitir que o afastamento do Estado ou de suas pessoas centralizadas do âmbito de alguns serviços, agora transferidos para o setor privado, teria mesmo que provocar a criação de mecanismos estatais de controle dos novos prestadores de serviço. É que, na verdade, os serviços continuaram a ser públicos; os prestadores é que passaram a ser do setor privado.

[...]

³ CARVALHO FILHO, op. cit.

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

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

Esse novo tipo de controle influí no aprofundamento da ideia concernente a *função regulatória*, própria do Estado e voltada para os particulares responsáveis por atividades estatais. [...]

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

Com o desenvolvimento do sistema de desestatização, tais “órgãos” foram sendo criados, sob forma de autarquias de regime especial, e nominados de “*agências reguladoras*”, em virtude de sua atribuição fundamental: o exercício da função regulatória.

Como se vê, muito embora os serviços tenham passado a ser prestados pelo setor privado, não perderam a natureza pública que lhes era inerente. Em decorrência dessa evolução, foi preciso criar mecanismos que possibilitassem o efetivo controle dos prestadores de serviço.

Dessa feita, o Estado, ao privatizar a prestação de serviços, antes por ele desenvolvida, precisava, de qualquer sorte, regulá-la. A privatização e a regulação estão intimamente relacionadas. É o que ensina Paulo Roberto Ferreira Mota⁶:

Quando privatiza, terceiriza, concede, delega autoriza, desregulamenta, enfim, outorga juridicamente o exercício de uma atividade de interesse público a um determinado particular, o ente estatal se vê na contingência de

6 MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras*. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 51-52.

normatizar fortemente o exercício das atividades por parte dos particulares para outros particulares, até mesmo como forma de se legitimar perante sua população e manter a titularidade da atividade em questão.

A questão era saber como o Estado normatizaria a prestação dos serviços pelo setor privado. Nesse contexto, como já salientado, surgiram as agências reguladoras. A grande discussão, no entanto, girava em torno do poder atribuído a essas agências – o poder normativo.

Nesse sentido, o poder normativo foi atribuído às agências reguladoras para que elas editassem normas gerais atinentes ao setor sob seu controle, de modo a regulá-lo e a controlá-lo.

Nas palavras de Letícia Queiroz de Andrade, “costuma-se chamar de ‘poder normativo’ das agências reguladoras a competência a elas atribuída para expedição de normas gerais e abstratas pertinentes a sua área de atuação”⁷.

Tal competência decorre das respectivas leis de criação das agências reguladoras. É o que ensina Letícia Queiroz de Andrade⁸:

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

A título exemplificativo, cita-se as leis que criaram a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL e a Agência Nacional do Petróleo – ANP:

Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996 – institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências: Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências.

⁷ ANDRADE, Letícia Queiroz de. PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS (legitimação, extensão e controle). *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 15, ago./set./out. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008-LETICIA%20QUEIROZ.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2015>.

⁸ Ibidem

Art. 3º Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1º, compete à ANEEL: (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004) (Vide Decreto nº 6.802, de 2009).

I - implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995;

[...]

XIX - regular o serviço concedido, permitido e autorizado e fiscalizar permanentemente sua prestação. (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

Lei nº 9472, de 16 de julho de 1997 – dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995:

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, imparcialidade e publicidade, e especialmente:

I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações;

[...]

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

[...]

X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;

[...]

Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 – dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho

Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências:

Art. 8º A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe: (Redação dada pela Lei nº 11.097, de 2005)

I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis, contida na política energética nacional, nos termos do Capítulo I desta Lei, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo, gás natural e seus derivados, e de biocombustíveis, em todo o território nacional, e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos; (Redação dada pela Lei nº 11.097, de 2005)

Como se vê, todos esses dispositivos trazem expressamente a competência regulatória das respectivas agências, essencial para a implementação das políticas públicas a elas atinentes.

Nesse ponto, cumpre destacar que o poder normativo não se traduz em usurpação da função legiferante. Trata-se de poder legítimo, decorrente da reforma política implementada, e extremamente salutar para a implementação das políticas públicas pelas agências reguladoras. Não fosse esse mecanismo atribuído às agências reguladoras, sua competência de controle e de regulação do setor restaria esvaziada.

2 DAS TEORIAS QUE BUSCAM LEGITIMAR O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Na doutrina, várias são as teorias apontadas para legitimar o poder normativo das agências reguladoras. A Professora Letícia Queiroz de Andrade leciona que as principais teorias que costumam ser apontadas para legitimar o exercício do poder normativo são as seguintes: (i) a atribuição de poder normativo às agências reguladoras seria resultado de uma delegação de competências legislativas (*deslegalização* ou *delegificação*); (ii) o poder normativo atribuído às agências reguladoras tem natureza regulamentar; e (iii) o poder normativo das agências reguladoras tem por objeto a disciplina de vínculos especiais de supremacia ou sujeição estabelecidos com o Poder Público⁹.

A primeira teoria não parece ser apta a legitimar o poder normativo das agências reguladoras, na medida em que há expressa vedação contida na

⁹ ANDRADE, op. cit.

Constituição Federal de delegação de competência legislativa. Aliás, como já salientado, o poder normativo não se confunde com o poder legiferante e não se constitui, nem deve se constituir, em usurpação deste último.

A segunda teoria apontada por Letícia Queiroz de Andrade para legitimar o poder normativo das agências reguladoras é aquela segundo a qual “as respectivas leis de criação teriam lhes outorgado competência regulamentar”¹⁰.

De fato, não há dúvidas de que o poder normativo das agências reguladoras decorre de suas respectivas leis de criação. Resta indagar, no entanto, os limites dessa competência atribuída às agências e se essa teoria, por si só, seria apta a legitimá-lo.

Nesse ponto, a Professora consigna que, embora esteja de acordo com essa teoria, ela não seria suficiente para, isoladamente, legitimá-lo em todas as suas vertentes, na medida em que as regras produzidas pelas agências reguladoras não se restringem à disciplina de aspectos técnicos, editadas por meio de regulamentos de complementação – os quais, aliás, podem ser editados não só pelas agências, mas por quaisquer órgãos ou entidades tecnicamente especializados da Administração Pública¹¹.

Assim é que Letícia Queiroz de Andrade aponta a terceira teoria, que a complementaria, qual seja, a teoria que legitima o exercício do poder normativo com base nas condições relativas a vínculos de supremacia ou sujeição especial com o poder público¹²:

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

[...]

40. Ou seja: nas quatro primeiras hipóteses, *em que as agências atuem na condição de quem tem a incumbência legal de disciplinar atividades*

¹⁰ ANDRADE, op. cit..

¹¹ Ibidem.

¹² ANDRADE, Ibidem

realizadas por quem decidiu consensualmente se vincular ao Poder Público, poderão editar; se a respectiva lei de criação assim autorizar, o que se chama de regulamento administrativo, pois relativo apenas a pessoas que estão especialmente vinculadas à Administração Pública, e não à generalidade dos cidadãos.

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

(grifos acrescidos)

Elizangela Santos de Almeida e de Elton Dias Xavier também apontam três teorias utilizadas pela doutrina para justificar o poder normativo das agências reguladoras¹³.

A primeira delas seria a teoria da deslegalização, segundo a qual os atos normativos praticados pelas agências reguladoras teriam seu fundamento de validade na delegação do Poder Legislativo, e, portanto, teriam força de lei.

Os autores, no entanto, assim como Letícia Queiroz de Andrade, não concordam com essa teoria, dada a impossibilidade de o Poder Legislativo dispor das funções a ele reservadas.

Com razão os autores, como já salientado, não há de se falar em delegação de competência do Poder Legislativo, dada expressa vedação constitucional para tanto.

A segunda teoria apontada pelos citados autores é aquela segundo a qual o poder normativo das agências reguladoras seria idêntico aos poderes conferidos ao Poder Executivo pelo art. 84, IV, da Constituição Federal¹⁴.

Segundo eles, no entanto, essa teoria também não merece acolhida, na medida em que se trata de poder conferido com exclusividade ao chefe

¹³ ALMEIDA, Elizangela Santos de Almeida, e XAVIER, Elton Dias. O poder normativo e regulador das agências reguladoras federais: abrangência e limites. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11293&revista_caderno=4. Acesso em 20 de abril de 2015.

¹⁴ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

do Poder Executivo, não havendo previsão nesse sentido para órgãos da Administração Pública.

De fato, não se observa qualquer previsão constitucional apta a justificar essa teoria.

Por fim, Elizangela Santos de Almeida e Elton Dias Xavier apontam a terceira e ultima teoria que, segundo eles, seria a mais adequada ao nosso sistema. Segundo essa corrente, “as agências reguladoras expedem atos normativos técnicos, específicos em relação a determinados aspectos da atividade posta sob sua área de regulação”¹⁵.

Nesse ponto, os adeptos dessa teoria destacam que, embora os atos emanados das agências reguladoras sejam gerais e abstratos, não devem ser confundidos com o poder do chefe do poder executivo de editar normas gerais e abstratas para regulamentar as leis em relação a totalidade de determinado setor.

Assim é que os atos normativos devem “restringir-se a questões pontuais e essencialmente técnicas, e circunscreverem-se aos exatos limites da lei permissiva”¹⁶.

José dos Santos Carvalho Filho¹⁷, por sua vez, bem caracteriza o poder normativo das agências reguladoras, ao destacar a função administrativa de tal poder, sua origem como decorrência lógica e necessária da reforma administrativa do Estado, e seu fundamento nas respectivas leis de criação:

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

Não se pode negar que os fenômenos que se instalaram no mundo contemporâneo – como, por exemplo, a globalização, as novas tecnologias, os avanços da informática, a complexidade dos novos serviços públicos – não poderiam mesmo ser enfrentados com as velhas e anacrônicas munições estatais. O Estado, como bem salientava JÈZE, tem que andar lado a lado com a dinâmica da evolução social, de

¹⁵ ALMEIDA, op. cit.

¹⁶ Ibidem

¹⁷ CARVALHO FILHO, op. cit.

modo que, criadas novas realidades, deve o Estado adequar-se a elas, aparelhando-se de forma eficiente e completa para satisfazer o interesse da coletividade. Aqui o conservadorismo deve ceder lugar à inovação, dentro, é claro, dos paradigmas traçados na lei constitucional.

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

[...]

Parece, pois, que, por autorização das respectivas leis, as agências reguladoras exercem função regulamentadora, tendo por escopo estabelecer, em caráter geral, abstrato e impessoal, disciplina técnica a respeito de certos setores econômicos ou relativos à prestação de serviços públicos. (grifos acrescidos)

Mais do que isso, o autor bem destaca a relação entre o poder normativo das agências reguladoras e o princípio da efetividade. Vejamos¹⁸:

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

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

¹⁸ CARVALHO FILHO, op. cit.,

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

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

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

(grifos acrescidos)

De fato, a par das inúmeras teorias e controvérsias atinentes ao poder normativo das agências reguladoras, não há como olvidar que ele surgiu em decorrência da reforma administrativa implementada, contexto em o Estado precisava de instrumentos adequados e eficientes para atingir interesses públicos almejados.

Assim é que, criadas as agências reguladoras, a elas foi atribuído o poder normativo, como poder de regulamentação, com fundamento nas respectivas leis de criação, o qual se constitui em ferramenta fundamental para implementação das políticas públicas pelas agências reguladoras.

3 DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS COMO FORMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Diz-se que o poder normativo constitui-se em forma de implementação de políticas públicas, porque é por meio dele que elas exercem sua função não só de controle, mas também de regulação do setor que lhes é atinente.

E a regulação, por sua vez, está intimamente relacionada às políticas públicas, na medida em que, por meio delas, a Administração elege projetos importantes e regula sua forma de implementação.

É como se o Estado, para regular, fizesse, antes, um planejamento daquilo que é importante para o setor e traçasse a partir de então políticas públicas a serem implementadas. Marcio Iorio Aranha bem explica a relação entre regulação e planejamento¹⁹:

¹⁹ ARANHA, Marcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório*. Scotts Valley, CA: CreateSpace, 2013, p. 22/23.

A regulação assimila a qualidade do ‘planejamento’ estatal não como ideologia, mas como método, ou melhor ainda, como tecnologia; como forma de expressão humana criativa oriunda da relação do ser humano com a natureza. Enquanto tecnologia, a regulação é uma forma de produção da existência social dependente de um projeto humano de acompanhamento conjuntural dos sistemas sociais. Assim entendida, a regulação seria melhor definida como uma *tecnologia social de sanção aflitiva ou premial orientadora de setores relevantes via atividade contratual, ordenadora, gerencial ou fomentadora*.

Nesse sentido, o poder normativo constitui-se em importante instrumento para que as agências reguladoras alcancem a efetividade de seus projetos – é que ele possibilita que as agências alcancem efetivamente os fins para os quais foram criadas.

Assim, a implementação de políticas públicas, por meio da regulação, permite que o Estado alcance resultados eficazes, e, por via de consequência, atinja interesses públicos almejados. Nesse sentido, é a lição de Marcio Iorio Aranha²⁰:

A regulação, portanto, enquanto regime jurídico regulatório, apresenta-se como um conjunto de disposições normativas e administrativas caracterizadas por seu caráter conjuntural de influência ou controle sobre o ambiente regulado mediante batimento entre resultados esperados e resultados efetivamente alcançados. O mecanismo regulador presente na origem terminológica da regulação apresenta-se como um diferencial do regime jurídico regulatório, revelando-o como um conjunto de atuações normativas capazes de interagir *pari pasu* com rumos efetivamente detectados no ambiente regulado para redirecioná-lo aos deveres normativos de concretização dos direitos fundamentais.

Vale observar que, a bem da verdade, as políticas públicas são, em um primeiro momento, fixadas pelo Poder Público, sendo, a partir de então, executadas pelo próprio governo ou por meio de atividade regulatória atinente aos respectivos setores.

No caso de atividade regulatória, as agências reguladoras utilizam, dentre outros instrumentos que lhe são inerentes, o poder normativo como forma de obter resultados que efetivamente se traduzam no alcance de políticas públicas estabelecidas para o setor. Trata-se, portanto, de importante instrumento em prol da implementação de políticas públicas.

²⁰ ARANHA, op. cit.

Sobre a implementação de políticas públicas, por meio do poder normativo, vale citar a lição de Marcio Sampaio Mesquita Martins²¹:

A idéia central da implementação de políticas públicas através da atividade regulatória, sem perder de vista a importância das políticas aplicadas diretamente pelo poder público, consiste na transferência da responsabilidade e, conforme o caso, dos próprios custos com a implementação de dada política pública para os delegatários de serviços públicos, os quais se tornam obrigados a cumprir-las, nos termos da regulação a qual estão submetidos.

Assim, se o governo pretende implementar, por exemplo, uma política pública de inclusão digital para os menos favorecidos, poderá agir de duas formas: custear e executar diretamente as obras de infra-estrutura para atender à demanda das classes de baixa renda ou implementar uma política regulatória que repasse a responsabilidade (total ou parcial) ao segmento dos delegatários de serviços de telecomunicações. Nesta hipótese, poderia o ente regulador estabelecer, por exemplo, obrigações e metas no sentido de aumentar o fornecimento do serviço e a redução dos seus custos para a população de baixa renda. Assim, tais políticas podem ser executadas pelo setor econômico com as vantagens decorrentes da iniciativa privada, dentre elas a racionalidade, eficiência e economicidade dos seus processos produtivos.

As Agências, em função do seu poder normativo e fiscalizador, dispõem de várias ferramentas capazes de impelir o cumprimento das políticas por parte dos agentes econômicos, o que as tornam elementos eficientes para a instituição e implementação destas políticas, desde que relacionadas, naturalmente, com os ramos econômicos regulados.

Dentre estas ferramentas, as que mais se destacam são os poderes normativos, fiscalizatórios e de outorga. A regulamentação permite a criação de obrigações para os delegatários. A fiscalização assegura o cumprimento destas metas. Já as funções de outorga são úteis para direcionar a atuação dos delegatários desde o início da concessão ou autorização, de modo a afastar questionamentos tais como os relativos à eventual desequilíbrio da relação econômico-financeira.

²¹ MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. *O poder normativo das agências reguladoras como instrumento de implementação de políticas públicas*. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp143096.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

De modo a exemplificar a assertiva de que as políticas públicas podem ser alcançadas pelas agências reguladoras, por meio, dentre outros instrumentos, do poder normativo, Marcio Sampaio Mesquita Martins cita exemplos práticos e bem sucedidos de políticas públicas efetivamente implementadas por meio de regulação das agências. Nesse ponto, vale transcrever dois dos exemplos por ele citados, de modo a melhor elucidar a questão²²:

Em relação ao setor da indústria de telecomunicações, podem-se citar os exemplos das políticas de universalização dos serviços de telecomunicações e de desenvolvimento da telefonia móvel.

As metas de universalização foram tratadas pela Lei Geral de Telecomunicações com bastante detalhamento, pois eram consideradas as mais importantes na época da elaboração da lei. Ressalte-se que a LGT estabelece regras expressas sobre estas políticas, as quais devem ser elaboradas pelo Poder Executivo, por meio de Decreto, e operacionalizadas pela ANATEL, por meio da regulação, contratos de concessão e fiscalização. Consistem na estipulação de metas de atendimento da telefonia em áreas isoladas, pouco habitadas ou consideradas estratégicas para a defesa do país ou para atender a órgãos públicos. A instalação de infra-estrutura de telecomunicações (postes, cabos, centrais, antenas, transmissores, aparelhos telefônicos, etc) nestas áreas gera custos elevados para as concessionárias, custos estes que nem sempre são amortizáveis com o valor do faturamento esperado para a localidade. Entretanto, a legislação estabelece que as despesas com estes investimentos, apesar de serem encargos inerentes aos próprios concessionários, poderão ser parcialmente subsidiadas pelo poder público, por meio de recursos provenientes do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST), cuja principal receita é justamente uma contribuição incidente sobre os serviços de telecomunicações. Este subsídio normalmente se destina a cobrir (total ou parcialmente) apenas a parcela não amortizável do investimento em infra-estrutura para atender estas metas, não se destinando, assim, a cobrir integralmente tais despesas.

De se observar, portanto, a inegável função social da política em foco, a qual permite a difusão de meios de comunicação para praticamente todas as áreas habitadas do país, o que traz o mérito de tirar as regiões menos favorecidas do isolamento e abandono.

²² MARTINS, op. cit..

Em relação às políticas públicas relacionadas com a telefonia móvel, também é evidente o enorme crescimento e o barateamento deste meio de comunicação. Graças a políticas públicas bem pensadas o telefone celular deixou de ser um item de luxo e ostentação para se tornar um serviço extremamente útil e acessível, inclusive para as mais baixas camadas sociais. O barateamento decorreu da expansão do serviço, do estabelecimento de um amplo regime de concorrência, da evolução tecnológica, da criação de novos planos de serviços (inclusive os pré-pagos), dentre outros motivos. Certamente esta foi uma política regulatória bem sucedida e de amplo alcance social.

De fato, não há dúvidas de que as políticas de universalização e de desenvolvimento da telefonia móvel constituíram-se em importantes políticas públicas, implementadas por meio de regulação da ANATEL, no exercício de seu poder normativo.

4 CONCLUSÃO

Em vista do exposto neste presente trabalho, é forçoso concluir que o poder normativo das agências reguladoras é decorrência lógica e necessária da reforma administrativa do Estado, uma vez que, com a desestatização, muito embora os serviços tenham passado a ser prestados pelo setor privado, mantiveram sua essência de serviços públicos, daí a necessidade de o Estado criar mecanismos para regular e controlar a prestação desses serviços.

Nesse viés, inúmeras foram as teorias que buscaram legitimar o poder normativo. No presente trabalho, no entanto, muito embora se considere que, de fato, algumas teorias bem o legitimam, conclui-se, pelas mesmas razões apontadas pelo doutrinador José dos Santos Carvalho Filho, transcritas acima, que o poder normativo das agências reguladoras tem fundamento nas respectivas leis de criação e tem por escopo “estabelecer, em caráter geral, abstrato e impessoal, disciplina técnica a respeito de certos setores econômicos ou relativos à prestação de serviços públicos” (função regulamentadora)²³.

Dessa feita, não se vislumbra qualquer indício de que, ao exercer o poder normativo, as agências reguladoras usurpariam a função legislativa. O poder normativo das agências reguladoras é sim legítimo e tem fundamento, repita-se, nas respectivas leis de criação.

Mais do que isso, é forçoso concluir que, além de legítimo, o poder normativo das agências reguladoras é essencial para a efetiva implementação

²³ CARVALHO FILHO, op. cit.

de políticas públicas a elas atinentes. Trata-se de importante instrumento de que as agências reguladoras dispõem para que alcancem efetivamente os fins para os quais foram criadas. Não fosse esse mecanismo atribuído às agências reguladoras, sua competência de controle e de regulação do setor restaria esvaziada.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Elizangela Santos de Almeida; XAVIER, Elton Dias. *O poder normativo e regulador das agências reguladoras federais: abrangência e limites*. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11293&revista_caderno=4. Acesso em 20 de abril de 2015.

ANDRADE, Letícia Queiroz de. PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS (legitimação, extensão e controle). *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 15, ago./set./out. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008-LETICIA%20QUEIROZ.pdf>>. Acesso em 26 de abril de 2015.

ARANHA, Marcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório*. Scotts Valley, CA: CreateSpace, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e Poder Normativo. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, *Instituto Brasileiro de Direito Público*, nº 9, fev./mar./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-JOSE%20CARVALHO.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. *O poder normativo das agências reguladoras como instrumento de implementação de políticas públicas*. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp143096.pdf>>. Acesso em 20 abr. 2015.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras*. Barueri, São Paulo: Manole, 2008.