

**BREVES APONTAMENTOS SOBRE A FUNÇÃO NORMATIVA DAS
AGÊNCIAS REGULADORAS.**

**BRIEF NOTES ON THE NORMATIVE FUNCTION OF THE REGULATORY
AGENCIES.**

Ariane Shermam Morais Vieira

Rosana Ribeiro Felisberto

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo desenvolver considerações acerca do exercício de função normativa pelas agências reguladoras, assunto bastante discutido - e sobre o qual ainda não se chegou a consenso - por autores dos mais diversos ramos do Direito, em especial do Direito Administrativo. Com efeito, desde seu surgimento, em meio ao contexto de Reforma do Estado no Brasil, as agências reguladoras despertam debates na doutrina e jurisprudência pátrias. Tais debates giram em torno, principalmente, sobre a configuração jurídica das agências e sobre sua inserção na estrutura administrativa brasileira. Nesse sentido, surge a discussão sobre o exercício de função normativa pelas agências reguladoras. Entendida por muitos autores como meio indispensável à consecução das atribuições das agências, a função de emanar normas gerais e abstratas (e, para alguns, inovadoras da ordem jurídica) ainda não teve seu fundamento jurídico explicitado em face à Constituição da República de 1988. O mesmo pode ser dito sobre a extensão dessa função normativa, quanto à possibilidade de, por meio dela, as agências criarem direitos e obrigações para os cidadãos. O presente artigo, nesse contexto de discussões, busca apontar as principais vozes da doutrina sobre tema complexo e atual.

Palavras-chave: Agências reguladoras. Função normativa. Reforma do Estado

ABSTRACT

This article aims to develop considerations about the exercise of normative function by regulatory agencies, subject much discussed - and over which have not yet reached consensus - by authors from many different areas of law, especially of Administrative Law. Indeed, since its emergence, amid the backdrop of the State Reform in Brazil, the regulatory agencies arouse debates in doctrine and in the Judiciary. These debates revolve around, mainly, about the legal structure of the agencies and also about its inclusion in the administrative structure in Brazil. In this sense, the debate arises on the exercise of normative function by regulatory agencies. Seen by many authors as an indispensable vehicle for achieving the assignments of the agencies, the function to issue general and abstract rules (and, for some, to innovate the legal order) still has no explicit legal basis in view of the Constitution of 1988. The same can be said about the extent of this regulatory function, as to whether, through it, the agencies are able to establish rights and obligations to citizens. This article, in this context of discussions, seeks to identify the main voices of the doctrine about this complex and current issue.

Key words: Regulatory agencies. Normative function. State Reform

1. Introdução e colocação do problema.

Desde seu surgimento, em meio ao contexto da Reforma do Estado no Brasil, na década de 90, as agências reguladoras têm sido cercadas de intensos debates. Sob o risco síntese excessiva, é possível dizer que as discussões – pelo menos no âmbito do Direito Administrativo- acerca das agências giram basicamente em torno de sua configuração jurídica e de sua inserção na estrutura de Poder do Estado.

Esclarece-se. O modelo de agências reguladoras adotado no Brasil possui clara inspiração nas “agências” norte-americanas. Nos Estados Unidos, como nos informa Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011), não há estrutura administrativa complexa como a existente no Brasil. Nesse país, a Administração Pública diversa do Poder Central é composta basicamente pelas agências (*agencies* ou *comissions*), que desempenham uma variada gama

de funções, dentre elas administrativas e legislativas (por delegação do Poder Legislativo). Devido à peculiar organização administrativa norte-americana, as agências são dotadas de considerável autonomia¹, inclusive no que tange à disciplina normativa de matérias afetas à sua competência.

Foi este modelo de agência que o Brasil “importou”, no contexto da Reforma do Estado. De fato, a Constituição da República de 1988, no *caput* de seu artigo 174, prevê o Estado como agente normativo e regulador.

Estado Regulador é aquele que, em meio à crise do paradigma do Estado de Bem-Estar Social, que sucedeu ao Estado Liberal, se afasta da intervenção direta no domínio econômico, como empresário, assim como da prestação direta de serviços públicos, abrindo espaço para exercício de tais atividades pelos agentes privados. Nesse contexto, cabe ao Estado, precipuamente, disciplinar e fiscalizar o exercício de atividades particulares de especial relevância para os interesses da coletividade. Assim, “entram em cena” as agências reguladoras, entes administrativos dotados de significativa autonomia² em relação ao Poder Central do Estado. A Constituição da República, por sua vez, previu a criação das agências ANATEL (regula serviços de telecomunicação); ANP (regula a exploração do petróleo) e ANEEL (regula serviços de energia elétrica), o que mais tarde se concretizou por meio de leis específicas, quais sejam, respectivamente: Lei 9.472/97; Lei 9.478/97 e Lei 9.427/96.

Para concretizar sua função reguladora, as agências são dotadas de uma série de competências. Em conformidade com os ensinamentos de Luís Roberto Barroso (2002) e Tércio Sampaio Ferraz Jr.(2002) cabe dizer que as agências exercem um misto de atribuições de natureza quase legislativas, quase judiciais e quase executivas. Como expõe Tércio Sampaio Ferraz Jr (2002), o misto de atribuições exercidas pelas agências é o que dificulta seu enquadramento na tradicional organização administrativa brasileira, realidade que atrai críticas de autores como Celso Antônio Bandeira de Mello (2011) e Marçal Justen Filho (2002), para os quais o implemento das agências reguladoras no Brasil não foi acompanhado do necessário redesenho institucional, que as situasse em meio aos demais órgãos e entes da Administração Pública, o que comprometeria a clássica divisão dos poderes estatais.

¹ Como nos informa Luís Roberto Barroso (2002), o modelo de agências dotadas de grande autonomia, inclusive para emanar normas pertinentes a seu campo de atuação, por delegação legislativa, vem passando por transformações nos Estados Unidos, no sentido de uma maior vinculação desses entes aos ditames do Poder Central. Ou seja, o Brasil importou um modelo de agência obsoleto.

² São caracterizadas como autarquias especiais, dotadas de relevante parcela de autonomia em relação ao Poder Central, o que decorre, em grande parte, do fato de seus dirigentes serem dotados de mandato fixo e de não poderem ser destituídos de seus cargos por meras conveniências políticas.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003) aponta que, dentre as funções reconhecidas às agências, a função normativa é a que suscita mais questionamentos e polêmica, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

De fato, as agências, segundo entendimento encontrado na doutrina, são dotadas de função normativa para disciplinar seus respectivos setores de atuação de maneira mais célere, eficiente e condizente com a consecução dos interesses públicos. Segundo Eros Grau (2005), Luís Roberto Barroso (2002) e Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003) tal competência – a normativa - abarcaria inclusive a possibilidade de as agências criarem direitos e obrigações para os administrados, inovando a ordem jurídica. Para esses estudiosos, o reconhecimento de tamanha autonomia às agências relaciona-se, dentre outras causas, ao fato de sua atuação pautar-se preponderantemente em critérios técnicos e de seus dirigentes, devido a sua maior autonomia em face da máquina administrativa central, afastarem-se de lutas de divergências políticas inerentes ao Legislativo.

Nesse ponto, as divergências se iniciam já quanto à terminologia: as agências são dotadas de poder normativo, função normativa ou competência normativa? É o que se procura responder no tópico a seguir. Ademais, qual o conteúdo dessa função normativa? Para Eros Grau (2005), seria o poder de emanar preceitos primários, abstratos, gerais e obrigatórios, em decorrência de poder originário ou derivado para tanto. No mesmo sentido, Marçal Justen Filho (2002) trata da competência normativa das agências, suprimindo, entretanto, a menção à primariedade. Em ambos os autores, verifica-se que função normativa se refere à atribuição genérica de emanar normas, abarcando, deste modo, a função legislativa.

Além disso: para tratar da função normativa os autores se valem de noções e conceitos da Teoria Geral do Direito, especialmente no que tange às Teorias da Norma e do Ordenamento Jurídico. Tais noções são “sacadas” para explicar a natureza dos atos normativos emanados pelas agências e, principalmente, para subsidiar a compreensão sobre a possibilidade de tais atos inovarem ou não o ordenamento jurídico, criando, sem fundamento em lei anterior, direitos e obrigações para os administrados.

Além da polêmica envolvendo o enquadramento das agências no esquema da clássica divisão de poderes do Estado, o exercício da função normativa por tais entes administrativos também suscita debates sobre a vinculação da Administração Pública ao princípio da legalidade, bem como sobre a atual configuração e tal princípio e sua extensão.

Em apertada síntese, buscou-se realizar resumo introdutório deste tema complexo, reservando-se os tópicos seguintes para desenvolvimento das questões mais polêmicas que o cercam.

2. Poder, função ou competência normativa?

Quando se fala sobre a capacidade de as agências reguladoras expedirem normas gerais, abstratas e, para alguns, inovadoras da ordem jurídica, os diversos estudiosos que abordam o tema, sejam eles do Direito Administrativo ou não, costuma usar as expressões competência, função ou poder, às vezes, indistintamente.

Nesse trabalho, até mesmo para propiciar compreensão e facilitar a sistematização do tema, busca-se utilizar só uma das expressões comumente adotadas. Com efeito, o termo “poder”, segundo entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2011) faz sobressair, ainda que involuntariamente, o caráter autoritário da atuação administrativa. Com efeito, deve ser ressaltado que às prerrogativas as quais faz jus a Administração Pública corresponde o dever de bem atender ao interesse público. Daí porque o autor utiliza a expressão dever-poder, e não poder-dever, como parcela da doutrina, para se referir às atribuições da Administração Pública.

O termo “competência”, por sua vez, ressalta o plexo de atribuições outorgadas à Administração Pública. No entanto, como explana Marçal Justen Filho (2002), trata-se de expressão genérica, que não expressa claramente as atribuições (em especial a de emanar normas gerais e abstratas) exercidas por entes ou órgãos da Administração Pública, neste caso, as agências reguladoras.

Por sua vez, o termo “função”, ainda que genérico, é o mais adequado, visto que designa plexo de atribuições bem delimitadas, no caso, a função normativa, que possui conteúdo certo, qual seja, de emanar normas gerais, abstratas, provenientes de poder originário ou derivado para tanto. Nessa perspectiva é que autores como Eros Grau (2005) e Marçal Justen Filho (2002) explicitam que função normativa é termo genérico que engloba a função legislativa e, de outro lado, função de emanar normas titularizada por outros Poderes do Estado, quais sejam: Executivo (aqui, englobando a Administração Pública) e Judiciário.

3. Questões sobre o fundamento da função normativa das agências reguladoras.

Conforme foi dito nos parágrafos anteriores, dentre as atribuições reconhecidas às agências reguladoras, a função normativa é a que desperta mais divergências.

Isso porque, para consecução dos objetivos que lhe são cominados, as agências devem emanar normas nas quais o aspecto técnico sobressai, tendo ainda em vista metas de eficiência e celeridade, de modo a disciplinar adequadamente os setores de atividade econômica (ou outra atividade atinente aos interesses públicos) que exigem dinamismo e flexibilidade³.

De fato, enquanto entes administrativos autônomos em relação ao aparelho administrativo central do Estado e mais capacitados para decidir e concretizar suas funções com base em critérios preponderantemente técnicos, as agências reguladoras são dotadas da capacidade de emanar normas para disciplinar os setores econômicos sujeitos às suas respectivas competências.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003) e Alexandre Santos Aragão (2002) mencionam a complexidade e dinamismo da sociedade moderna, que exigem a atuação célere e eficiente do Estado, no sentido de disciplinar adequadamente os setores nos quais não mais exerce diretamente atividade econômica ou não mais presta diretamente serviços públicos. Nesse contexto é que surgem as agências reguladoras, dotadas de autonomia em face ao aparelho administrativo central do Estado e competentes para emanar normas vinculantes para os atores econômicos sujeitos ao seu ramo de atuação.

Necessário ressaltar que o termo “regulação”, muitas vezes identificado com a função normativa, não se resume à competência para expedir normas jurídicas. Abarca, assim, a competência para solucionar conflitos de interesses, implementar políticas públicas, impor sanções quando necessário, fiscalizar a atuação dos agentes econômicos.

Quando se fala em função normativa das agências há referência a seu poder-dever (ou dever-poder) de emanar normas gerais e abstratas para disciplinar os setores econômicos sujeitos a sua atuação. Os problemas que se colocam quanto a essa função normativa versam

³ É isto o que Eros Grau (2005) denomina capacidade normativa de conjuntura, para explicitar os fundamentos da competência normativa reconhecida às agências.

basicamente sobre sua origem (ou seja, qual o fundamento jurídico para o reconhecimento de competência normativa às agências) e sua extensão (no exercício da função normativa, as agências podem criar direitos e obrigações para os administrados, inovando, portanto, a ordem jurídica?).

Quanto à origem, conforme ensina Sérgio Guerra (2011), são relacionados, por vários autores, uma série de fundamentos para a função normativa das agências reguladoras: delegação legislativa; deslegalização; regulamento delegado; regulamento autônomo; reserva do Poder Executivo.

Nesse ponto, há estudiosos que consideram problemático o reconhecimento de função normativa originariamente às agências⁴. Outros autores consideram impróprio o exercício de função normativa pelas agências por delegação legislativa, visto que tal atribuição do Legislativo às agências configuraria ofensa à Constituição da República, que elenca expressamente as hipóteses de exercício da competência legiferante⁵ pelo Poder Executivo⁶. Há ainda a vertente doutrinária que sustenta que a competência normativa das agências deriva de fenômeno denominado “deslegalização”⁷, no qual o Poder Legislativo retira a disciplina de determinadas matérias de seu âmbito de atuação e outorga essa mesma disciplina a entidades administrativas (Poder Executivo)⁸.

Devido à complexidade do assunto, não serão abordadas os demais fundamentos doutrinários elencados para explicar a função normativa das agências. No entanto, é possível sustentar que as tentativas de fundamentação da competência normativa visam compatibilizá-la com a disciplina constitucional da divisão dos Poderes do Estado, ao mesmo tempo em que almejam equalizá-las com as mudanças sociais que demandam atuação cada vez eficiente, dinâmica e eficaz do Estado.

⁴ É o caso de Tércio Sampaio Ferraz Jr (2002). e de Marçal Justen Filho (2002).

⁵ Cumpre ressaltar que, nos termos do artigo 84, inciso IV, da Constituição da República, é da competência do Chefe do Poder Executivo expedir regulamentos para fiel execução das leis. Ou seja, cumpre ao Chefe do Executivo expedir atos normativos **complementares às leis**, de modo a propiciar seu adequado cumprimento, desenvolvendo e explicitando seu conteúdo.

⁶ Esse é o pensamento, por exemplo, de Paulo Roberto Ferreira Motta (2005). Há que se considerar ainda, neste ponto, o disposto no artigo 25 do ADCT, que proíbe delegação de função do Legislativo ao Executivo, fora dos casos constitucionalmente previstos.

⁷ É a posição sustentada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003), por exemplo.

⁸ Esse expediente se aproxima do que José Gomes Canotilho (2003) denomina de “rebaixamento do grau hierárquico”. Questiona-se na doutrina se a deslegalização, ou delegificação, não seria o mesmo que uma delegação legislativa travestida e, portanto, inconstitucional.

Afora o problema do fundamento jurídico para o exercício da função normativa pelas agências reguladoras coloca-se o questionamento sobre a extensão da função normativa que lhes é reconhecida, uma vez que há embates entre autores que entendem que tais entidades podem inovar a ordem jurídica quando do exercício de sua competência e os que defendem que a função normativa só deve ser exercida estritamente para complementar comandos legais.

De fato, há quem defenda a possibilidade de as agências disciplinarem matérias afetas às suas respectivas áreas de atuação, inovando a ordem jurídica. Esta é a posição sustentada por Eros Roberto Grau (2005), para quem a função normativa das agências retira seu fundamento diretamente da Constituição da República. O ponto diferencial do pensamento deste autor é que ele defende a existência de fundamento constitucional implícito para o exercício desse poder normativo⁹. Ou seja: para exercício da função normativa, as agências prescindiriam até mesmo de disciplina legal prévia, que balizasse os contornos de sua atuação¹⁰.

Por outro lado, há quem negue a possibilidade de as agências agirem, no que tange ao exercício de função normativa, desprovidas de fundamento legal. Esta é a posição de Fabrício Motta (2007), por exemplo. Indo mais adiante, Celso Antônio Bandeira de Mello (2011), além de criticar a instituição de agências reguladoras no Brasil, defende que a atuação delas deve cingir-se, assim como exercício de poder normativo pela Administração Pública em geral, à complementação de leis.

4. Propostas para o exercício legítimo da função normativa das agências reguladoras.

No contexto de busca pelo fundamento constitucional para a função normativa exercida pelas agências reguladoras¹¹, o que se relaciona ao problema da definição dos

⁹ Segundo o pensamento do autor, verifica-se fundamento constitucional implícito para o exercício da função normativa por agência no artigo 21 da Constituição da República, que trata da regulação dos serviços de telecomunicação.

¹⁰ Deve ser ressaltado que o mesmo autor, apesar de defender a existência de fundamento constitucional implícito para atuação das agências, sustenta que tais entes administrativos devem atuar pautados em autorização (habilitação) legislativa.

¹¹ Há autores que, conforme foi dito, negam a existência de um poder normativo genérico outorgado às agências. Nesse sentido, Marçal Justen Filho (2002) defende que a competência normativa exercida pelas agências provém de uma espécie de delegação do Poder Executivo, titular da função regulamentar.

contornos para exercício dessa competência normativa, especialmente quanto a sua extensão, tenta-se encontrar parâmetros que delineiem o exercício legítimo de tal competência.

De fato, em conformidade com o entendimento de Marçal Justen Filho (2002), a introdução das agências reguladoras na estrutura administrativa brasileira aconteceu desacompanhada de uma reforma constitucional mais profunda, de modo a comportar as atribuições reconhecidas a tais entes administrativos, que não se enquadram na clássica divisão de poderes do Estado entre os Poderes instituídos.

Nesse sentido é que se mostra necessário encontrar o fundamento constitucional para exercício legal e legítimo da função normativa pelas agências reguladoras¹². Encontrar esse fundamento relaciona-se estreitamente com a tarefa de compreender o espaço reconhecido às agências dentro da estrutura administrativa brasileira. Ademais, busca-se também conformar a atuação das agências reguladoras aos ditames do princípio da legalidade¹³, que norteia a conduta da Administração Pública, nos termos do *caput* do artigo 37 da Constituição da República.

Os questionamentos expostos no parágrafo anterior dizem respeito ao tema do controle da atuação das agências reguladoras brasileiras, que, como não poderia deixar de ser, estão sujeitas ao princípio da legalidade. Assim, sua conduta está sujeita a correções e fiscalizações, que podem ser exercidas por outros órgãos da própria Administração Pública, pela população em geral, diretamente, pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário¹⁴.

Mais do que controle (entendido como atividade de corrigir ou fiscalizar comportamentos da Administração Pública, no sentido de conformá-las ao interesse público), há, no que tange ao tema das agências reguladoras, interesse em proporcionar maior participação social em suas tomadas de decisão, inclusive no que concerne à expedição de atos normativos gerais e abstratos, no sentido de tornar sua conduta mais legítima.

¹² Há que se questionar se as discussões sobre a função normativa das agências, na verdade, buscam compatibilizar uma realidade fático-jurídica já posta com o ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

¹³ Deve ser feita a ressalva, neste ponto, que o princípio da legalidade, hoje, segundo entendimento de parte da doutrina, implica mais do que a observância das leis em sentido formal, para abarcar a obediência a todo o ordenamento jurídico, razão pela qual passa a ser denominado, conforme nos informa Fabrício Motta (2007), citando Carmen Lúcia Antunes Rocha e Juarez de Freitas, respectivamente: de princípio da juridicidade ou princípio da constitucionalidade.

¹⁴ Ressalta-se que cabe ao Poder Judiciário resolver com caráter de definitividade as controvérsias que são levadas ao seu conhecimento. No Brasil vige, portanto, o sistema de jurisdição una, onde cabe ao Judiciário manifestar-se, resolvendo com caráter de definitividade, inclusive as controvérsias que envolvam a Administração Pública, diferentemente do que ocorre em países como a França, por exemplo, que adota a dupla jurisdição.

Com efeito, as agências reguladoras foram concebidas para atuar de maneira célere, eficiente e eficaz em relação aos seus respectivos setores de atuação, seja na regulação da prestação de serviços públicos, seja na regulação de atividades econômicas. Devido ao grande dinamismo desses setores, em constante mutação, e diante da flexibilidade de atuação que se exige para regulá-los, as agências foram dotadas de peculiar autonomia em face ao aparelho administrativo central, o que se reflete sobremaneira sobre a função normativa que lhe é reconhecida.

Assim, em face da necessidade de encontrar fundamento para o exercício de função normativa pelas agências, bem como de estabelecer parâmetros para o exercício de tal função, há um maior enfoque sobre o tema do controle da Administração Pública.

Diante da existência de diversos tipos de controle, quais sejam, controle legislativo, jurisdicional, controle realizado pela própria Administração Pública, controle social, busca-se privilegiar, neste trabalho, um tipo de controle em ascensão no Brasil pós Constituição da República de 1988. Trata-se do controle social, aquele exercido pelos membros da sociedade diretamente sobre a Administração Pública.

O tema do controle social tem ganhado relevância com os debates acerca da participação dos administrados¹⁵ na Administração Pública. Essa participação pode se dar, por exemplo, através da implementação de canais de comunicação diretos entre os cidadãos e os administradores públicos, de modo a aperfeiçoar o exercício da função administrativa.

No que concerne às agências reguladoras e, mais especificamente, ao exercício de função normativa por tais entidades, sobressai a previsão legal de mecanismos como audiências públicas e consultas públicas que devem preceder a edição de atos normativos¹⁶.

A previsão das consultas e audiências públicas, mais do que possibilitar o controle da atuação da Administração Pública através da ação das agências, constitui verdadeiro mecanismo de participação dos administrados na “definição dos rumos” da Administração Pública.

¹⁵ O termo “administrado” é de uso comum por estudiosos do Direito Administrativo. No entanto, o termo “cidadão” é mais adequado para demonstrar relação não pautada em laços de autoridade, mas sim, como se preza atualmente na doutrina administrativista, em relações em que sobressalta a consensualidade e a participação dos interessados no processo de tomada de decisões da Administração Pública.

¹⁶ A lei da ANATEL (Lei 9.472/97), por exemplo, é uma das que prevê o mecanismo da consulta pública, que deve preceder a edição de atos normativos por tal entidade, como modo de aproximar suas decisões dos agentes diretamente afetados em seu ramo de atuação.

Com efeito, por meios das audiências e consultas permite-se que cidadãos e agentes econômicos diretamente interessados participem do processo de decisão das agências. Essa participação se mostra mais relevante quando de enfoca a possibilidade de as agências emanarem normas gerais e abstratas para disciplinar os respectivos setores de atuação sob sua competência. Mais relevante ainda, quando, de acordo com o entendimento de parcela da doutrina administrativista, as agências podem emanar normas gerais, abstratas e inovadoras da ordem jurídica.

A participação dos administrados, neste contexto, seria uma maneira de minimizar o “déficit democrático” de que padecem as agências reguladoras e que constitui os dos principais pontos de crítica levantados por seus detratores. De fato, parte da doutrina critica a extensão que é reconhecida, por certos autores, à função normativa das agências, aduzindo que tais entes não poderiam expedir normas gerais, abstratas e inovadoras da ordem jurídica, já que tal função cabe primordialmente ao Poder Legislativo, composto pelos representantes eleitos pelo povo, de acordo com processo constitucionalmente previsto.

Assim, os canais de comunicação direta com as Agências também trazem possibilidades de maior e efetiva participação do cidadão, em especial o usuário dos serviços cuja regulação se encontra sob a égide de uma Agência, no sentido de aumentar a fiscalização e melhorar a qualidade da prestação do serviço. Esse aspecto, embora não possa ser associado diretamente ao caráter legiferante, traz ainda uma contribuição para a minoração das críticas relacionadas ao "déficit democrático", eis que proporciona uma atuação direcionada à resolução dos problemas apontados com maior veemência pelos cidadãos que utilizam os serviços.

Além da participação dos administrados por meio de consultas e audiências públicas, há outros parâmetros que propiciam o controle mais efetivo da atuação das agências reguladoras, possibilitando, ao mesmo tempo, uma maior compreensão sobre seu espaço na estrutura administrativa brasileira e de sua vinculação ao princípio da legalidade.

Os mencionados parâmetros são: procedimentalização do agir das agências, o que se relaciona intimamente à previsão de consultas e audiências públicas; enfoque na publicidade das decisões das agências reguladoras; motivação das decisões das agências, como modo de aperfeiçoamento de seu atuar. Nesse contexto de evidência do controle e da participação dos administrados deve sobressair o exercício do controle *a priori*, exercido antes da concretização das decisões da Administração Pública, corporificada nas agências reguladoras.

5. Conclusão.

Desde seu surgimento no Brasil, as agências reguladoras tem sido cercadas de intensos debates. Conforme o que foi dito anteriormente, grande parte das discussões sobre as agências gira em torno de sua configuração jurídica e de sua inserção na estrutura administrativa brasileira.

Com efeito, as agências brasileiras foram criadas com inspiração no modelo norte-americano, em que tais entidades desfrutam de significativa autonomia em relação ao Poder Central do Estado. De início, a importação do modelo norte-americano, em meio ao contexto de Reforma do Estado, sofreu duras críticas, uma vez que a conformação jurídica da Administração Pública nos dois Estados é bastante distinta, e não seria possível, desse modo, implantar no Brasil uma pretensa inovação sem que fossem feitas as necessárias adaptações para compatibilizar os dois ordenamentos jurídicos, se é que isso é possível.

Além disso, conforme reconhecem alguns autores, as agências são dotadas de um misto de atribuições que abarca competências inerentes a diferentes Poderes do Estado. Assim é que Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2002) e Luís Roberto Barroso (2002) explanam que as agências são dotadas de poderes quase jurisdicionais, quase executivos e quase legislativos. Essa peculiaridade faz com que tais entidades não se enquadrem perfeitamente no “esquema” de divisão de poderes constitucionalmente previsto¹⁷.

Inserido nesse contexto de discussões está o debate acerca da função normativa das agências reguladoras. De fato, há embate doutrinário e jurisprudencial sobre o fundamento dessa função normativa, bem como sobre sua extensão. Nesse sentido, busca-se encontrar o fundamento constitucional para o exercício de função normativa pelas agências reguladoras. Com efeito, a função normativa provém de delegação legislativa? De delegação interna ao Poder Executivo? Ou do fenômeno conhecido como deslegalização? Há espaço, no

¹⁷ Claro é que “divisão de poderes” não significa repartição de competências de modo estanque. Conforme lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2011), os denominados “Poderes do Estado” apenas reúnem um plexo de atribuições, de modo predominante, o que implica sua classificação, em sentido subjetivo, como Legislativo, Executivo e Judiciário. Nada impede, dessa forma, que as agências reúnam atribuições correspondentes aos diversos Poderes, desde que haja previsão constitucional nesse sentido. A crítica que se faz à concentração de diversas atribuições correspondentes aos Poderes do Estado nas agências diz respeito ao risco de incorrer em tirania, como nos informa Celso A. B. de Mello (2011) ao citar Maquiavel.

ordenamento jurídico brasileiro, para os denominados regulamentos autônomos? O ponto crucial, aqui, é encontrar fundamento para exercício de função normativa pelas agências que se compatibilize com a ordem constitucional.

Ademais, qual a extensão dessa função normativa? Seria ela extensa o suficiente de modo a permitir que as agências emitam normas gerais, abstratas e inovadoras da ordem jurídica, conforme explanam alguns estudiosos, tanto do Direito Administrativo como de outros ramos do Direito. Nesse contexto, há autores que negam veementemente a possibilidade de as agências instituírem direitos e obrigações para os administrados, inovando, portanto, a ordem jurídica. Sua função normativa se restringiria à mera complementação de leis. Isso porque, dentre outros argumentos, o necessário respeito à divisão de Poderes do Estado e a obediência ao princípio da legalidade impõem que a função de criar direito seja exercida pelos representantes eleitos pelo Povo (Legislativo) e, apenas excepcionalmente, por outras entidades estatais expressamente designadas pela Constituição¹⁸.

De outro turno, há quem entenda que a atual realidade social e econômica demanda ações céleres e eficientes dos administradores públicos, no sentido de concretizar da maneira mais adequada os diversos interesses públicos dispostos na ordem normativa. Com efeito, vive-se em meio a uma sociedade plural e complexa, na qual não se pode falar na existência de um só interesse público (MARQUES NETO, 2002). Nesse contexto, o Estado, mais especificamente, a Administração Pública, em prestígio ao princípio da eficiência, deve escolher os meios de atuação mais consonantes com a concretização dos interesses da coletividade.

Assim é que se reconhece que as agências reguladoras, enquanto entes administrativos dotados de significativa autonomia em relação ao Poder Central do Estado, possuidoras da capacidade para tomar decisões preponderantemente técnicas, devem ser dotadas de função normativa que permita não só complementar disposições legais, mas também criar direito em setores que demandam atuação célere do Estado, devido a sua complexidade e dinamismo. Quando se menciona a celeridade que ao mesmo tempo constitui fundamento para atuação das agências e caracteriza suas ações é levado em conta que o Poder Legislativo emana leis (aqui entendidas em sentido amplo) segundo processo legislativo disciplinado pela Constituição da República. Esse processo é necessariamente moroso, em regra, para comportar o debate entre

¹⁸ *Vide*, nesse sentido, a possibilidade de o Chefe do Poder Executivo editar as chamadas Leis Delegadas.

titulares de interesses nem sempre convergentes no jogo democrático. É essa morosidade que não se coaduna com os setores sob disciplina das agências reguladoras, que demandam o domínio de matérias complexas e exigem celeridade nas decisões a serem tomadas pelo Estado.

Nesse sentido é que as agências foram previstas para normatizar esse contexto socioeconômico peculiar.

Quanto à possibilidade de as agências inovarem a ordem jurídica, criando direitos e obrigações para os administrados há sérios óbices postos por representantes da doutrina administrativista.

O primeiro deles diz respeito à vinculação das agências ao princípio da legalidade. Com efeito, nos termos do inciso II do artigo 5º da Constituição da República, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. De que forma, então, poderia ser fundamentada a vinculação dos administrados aos atos normativos das agências criadores de direitos e obrigações se, tecnicamente, eles não são leis, mas sim normas infralegais? Ademais, como sustentar que a atividade normativa das agências é consonante com a legalidade que vincula a Administração Pública, nos termos do *caput* do artigo 37 da CRFB/88, uma vez que sequer é possível, ainda, encontrar fundamento constitucional para seu exercício. Não se pode esquecer que o princípio da legalidade foi concebido, primordialmente, como instrumento de proteção dos cidadãos em face aos mandos e desmandos das autoridades públicas.

O segundo, intimamente ligado à discussão sobre o princípio da legalidade, diz respeito ao já problemático enquadramento das agências no “esquema” de divisão de Poderes do Estado. As agências só poderiam criar direito por meio de delegação do Poder originariamente dotado da capacidade para exercer tal atividade. No entanto, esse tipo de delegação é vedado pela ordem jurídica pátria, nos termos do artigo 25 do ADCT. Nesse contexto, é que alguns autores erigem como fundamento para a função normativa das agências uma delegação imprópria¹⁹, não legislativa.

Em resumo, buscou-se realizar neste artigo uma síntese (que não esgota o tema) sobre o estágio atual das discussões acerca da função normativa das agências reguladoras. Percebe-se que, diante de assunto complexo e relativamente novo na ordem jurídica pátria, não foi

¹⁹ É o que sugere Marçal Justen Filho (2002).

alcançado consenso sobre a origem e a configuração jurídica da função normativa exercida pelas agências reguladoras. No entanto, o debate se faz necessário, visto as relevantes atribuições desempenhadas por tais entes, especialmente no que tange à disciplina de serviços públicos e atividades econômicas de significativa importância para a coletividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ- Centro de Atualização Jurídica, n.º. 13, abril-maio 2002. Disponível na Internet: < <http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em 03 de setembro de 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Agências Reguladoras, Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. In: R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (56), 2002. Disponível em < http://download.rj.gov.br/documentos/10112/781176/DLFE-46971.pdf/Revista56Doutrina_pg_201_a_227.pdf> Acesso em 11 de Março de 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988.

_____. Lei 9.427/97. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências.

_____. Lei 9.472, 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 n.º 8, de 1995.

_____. Lei 9.478/97, 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.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6.ª. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUERRA, Sérgio. Função normativa das agências reguladoras: uma nova categoria de direito administrativo?. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 7, n. 1, June 2011. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322011000100007&lng=en&nrm=iso>. access on 11 Mar. 2013. <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322011000100007>.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação estatal e interesses públicos. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

MOTTA, Fabrício. Função normativa da Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Regulação e universalização dos serviços públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Direito Regulatório. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.