

**IDP – Instituto de Direito Público**  
**Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em**  
**Direito Regulatório**  
**Jorge Carlos Silva Lustosa**

**A Legitimidade do poder normativo das  
agências reguladoras: Análise a partir do  
princípio constitucional da separação de  
poderes**

**Brasília- DF**

**2012**

Lustosa, Jorge Carlos Silva

A Legitimidade do poder normativo das agências reguladoras: Análise a partir do princípio constitucional da separação de poderes

Brasília-DF, 2012.

53p

**Jorge Carlos Silva Lustosa**

**A Legitimidade do poder normativo das  
agências reguladoras: análise a partir do  
princípio constitucional da separação de  
poderes**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Direito da Regulação, no curso de Pós-graduação *Latu-Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: MsC. Flávio José Roman.

**Brasília-DF**

**2012**

**Jorge Carlos Silva Lustosa**

**A Legitimidade do poder normativo das  
agências reguladoras: Análise a partir do  
princípio constitucional da separação de  
poderes**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Direito da Regulação, no curso de Pós-graduação *Latu-Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: MsC. Flávio José Roman.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_/\_\_/\_\_, com menção \_\_\_\_\_ (\_\_\_\_\_).

**Banca Examinadora:**

---

**Presidente: Prof.**

---

**Integrante: Prof.**

---

**Integrante: Prof.**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, por me dar força e disposição para apesar das adversidades, poder concluir esse trabalho. Agradeço a minha esposa e companheira, Emanuelle, e aos meus filhos, Fernanda e Yuri pela paciência, incentivo e apoio no decorrer de minha vida acadêmica.

Sou grato também ao meu professor e orientador Flávio José Roman, que prontamente aceitou a árdua incumbência de me orientar na conclusão desse trabalho e na superação de mais uma etapa em minha vida.

## RESUMO

O perfil do Estado vem sofrendo várias transformações. Com o aumento da demanda da sociedade por serviços públicos e a incapacidade do Estado de supri-la, gradativamente essa função tem sido repassada à iniciativa privada, fazendo com que Estado deixe de lado a figura de empreendedor para torna-se fiscalizador e regulador da economia. Nesse contexto, surgem as agências reguladoras, que no Brasil são autarquias sob regime especial, com a finalidade de fiscalizar e regular os serviços públicos prestados pela iniciativa privada por meio de concessão estatal, principalmente as relações entre poder concedente, concessionários e usuários. No desempenho de suas funções, as agências reguladoras praticam vários atos, porém o que vem inquietando os doutrinadores jurídicos é a possibilidade desses entes editarem normas jurídicas. O problema instalado refere-se à natureza jurídica dessas normas, editadas pelas agências reguladoras: alguns dizem ser regulamentos e outros afirmam ser apenas normas de natureza técnica e funcional. A controvérsia apresentada pelo presente trabalho refere-se a impossibilidade dessas normas exaradas pelas agências serem de caráter geral, abstrato e inovadoras, sem lei ou regulamento anterior que as autorize, sob pena de violação de princípios constitucionais, a exemplo da separação dos poderes. Nesse sentido, fica claro que o Poder Legislativo é competente para a edição das leis, que inovam no ordenamento jurídico, por sua vez cabe ao chefe do Poder Executivo, a edição de regulamentos para fiel execução das leis e por fim, as agências reguladoras devem, por meio de seu poder normativo, especificar de forma técnica os regulamentos e, assim, regular o mercado.

**Palavras-chaves:** Estado; Serviço Público; Princípios; Separação dos Poderes; Agências reguladoras; Norma Jurídica; Leis; Regulamentos; Poder Normativo; Norma Técnica.

## **ABSTRACT**

*The state's profile has undergone various transformations. As a result of the society's increased demand for public services and the inability of the state to provide them, gradually this function has been transferred to the private sector, causing the state to abandon the role of entrepreneur to become an inspector and regulator of the economy. In this context, the regulatory agencies have arisen as autarchies under special regime in Brazil, where they inspect and regulate public services provided by private sectors granted by the state, specially involving relationships between the grantor, concessioners and users. The regulatory agencies are involved in different actions, although what concerns the juridical doctrinarians is the possibility of juridical norms being issued by these agencies. The problem established refers to the legal nature of the norms issued by regulatory agencies: some say they are regulations while others state that they are only technical and functional norms. The controversy presented by this study refers to the impossibility of these norms issued by the regulatory agencies to be general, abstract and innovatory norms without approve by laws or anterior regulations, norms which are found to be under violation of constitutional principles, such as separation of power. It is clear that the legislative power is competent to issue laws which innovate the juridical system, the head of executive power is responsible to issue regulations for the faithful execution of laws and finally, the regulatory agencies, through their normative power, have to specify the regulations in a technical method and thus regulate the market.*

**Key words:** *state, public service, principles, separations of power, regulatory agencies, juridical norms, laws, regulations, normative power, technical norm.*

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	10
1- PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 .....	12
2- PODER NORMATIVO E PODER REGULAMENTAR, A DIFERENÇA ENTRE LEI E REGULAMENTO .....	18
3- O PERFIL DO ESTADO E AS PROFUNDAS TRANSFORMAÇÕES .....	26
4- ORIGEM, REGIME JURÍDICO E CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	32
5- LEGITIMIDADE DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS ..	37
CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	47

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe-se a discutir a legitimidade do poder normativo exercido pelas agências reguladoras diante dos princípios constitucionais, mais especificamente o da separação dos poderes. Provar que os atos administrativos de características normativas, como no caso das normas editadas pelas agências reguladoras, apesar de por vezes se mostrarem abstratos e dirigidos a destinatários indeterminados, eles devem se ater à lei geral a que visam regulamentar.

O tema envolverá os seguintes tópicos: o princípio constitucional da separação dos poderes e a Constituição Federal de 1988; as diferenças entre lei e ato administrativo normativo, especificamente o regulamento, abordando para tanto o conceito e as espécies de regulamento e as diferenças entre poder normativo e poder regulamentar; regime jurídico, origem e características das agências reguladoras no Direito brasileiro, traçando o perfil do Estado e as profundas transformações pelas quais vem passando e, por fim, tratar da legitimidade das normas exaradas pelas agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro em face do princípio constitucional da separação dos poderes.

Evidentemente, a abordagem que se pretende efetuar dos tópicos acima mencionados não será exaustiva. Busca-se, em verdade, definir quais seriam os traços fundamentais dos institutos que servem de base à presente monografia, permitindo que lhe seja conferida uma consistência teórica suficiente para não tornar a exposição lacunosa, incompleta ou assistemática.

A questão em debate envolve a já conhecida polêmica a respeito dos atos normativos exarados pelas agências reguladoras. Muitos deles inovam e criam obrigações no ordenamento jurídico, independentemente de lei geral, o que em face do princípio constitucional da legalidade previsto no artigo 5º, inciso II, e da separação dos poderes, estabelecido pelo artigo 2º, ambos da Constituição Federal de 1988, mostra-se inconstitucional.

Em meio a essa discussão, é necessário tratar das diferenças entre lei e regulamento. E o que nos parece de maior importância é que a lei tem como características a generalidade e a novidade, enquanto que o regulamento deve se ater aos limites traçados pela lei para o qual ele foi editado, claro que tais diferenças não são pacíficas na doutrina.

Ressalta Meirelles que,

como ato inferior à lei, o regulamento não pode contrariá-la ou ir além do que ela permite. No que o regulamento infringir ou extravasar a lei, é irritado e nulo, por caracterizar situação de ilegalidade.<sup>1</sup>

Num cenário de desestatização, no qual o Estado não consegue satisfazer todas as necessidades públicas e se vê na obrigação de fiscalizar e regular como os entes privados irão supri-las, surgem as agências reguladoras, autarquias sob regime especial, órgãos que *a priori* foram criadas com a responsabilidade de exercer controle sobre setores específicos do mercado, como será tratado a seguir.

Tais agências, para cumprirem o que determina a legislação, editam atos normativos, os quais vêm gerando debates intensos sobre sua legitimidade.

Resolver essas questões exige do intérprete do direito que analise a natureza dos atos exarados. A solução mais aceita na doutrina, e seguida pelo autor do presente trabalho, atesta que os atos normativos editados pelas agências reguladoras diferem-se dos regulamentos. No entanto, não é pacífico na doutrina que esses atos, por sua vez, devam manter estrita consonância com a lei de caráter geral para o qual o mesmo foi editado.

Dessa forma, é necessário chamar a atenção para esse trabalho, uma vez que, na conjectura atual, vem crescendo a inserção das agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, é imprescindível demarcar a natureza jurídica dos atos normativos emitidos por elas, a fim de se evitar ilegalidades, inconstitucionalidades e uma total insegurança do ponto de vista jurídico.

---

<sup>1</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. p. 163

## 1- PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Para discorrer a respeito do princípio da separação dos poderes é necessário esclarecer inicialmente qual o conceito de princípio jurídico.

Nos primórdios, os princípios não eram dotados de eficácia normativa, eram exortações de ordem moral ou política, sugestões, idéias de direção.<sup>2</sup>

Depois de percorrer um longo caminho evolutivo, a doutrina consolidou a idéia de que as normas jurídicas são um gênero que tem como espécies as regras e os princípios. Nos dias atuais, a atribuição de normatividade aos princípios tem sido características marcantes ao pensamento jurídico.<sup>3</sup> Atualmente reconhecidos como verdadeiras normas jurídicas com aplicabilidade direta e imediata. De acordo com Barroso,

Os princípios – notadamente os princípios constitucionais – são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico. De lá, irradiam-se por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral e permitindo a leitura moral do direito.<sup>4</sup>

Nas lições de Celso Antonio:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.<sup>5</sup>

Nesse sentido, pode-se dizer que os princípios jurídicos são os pilares, a fundação de todo ordenamento jurídico. Toda orientação e diretrizes que devem ser observadas pelo Direito originam-se deles. A

---

<sup>2</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. p. 13.

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo*. p. 203.

<sup>4</sup> *Id. ibid.* p. 203.

<sup>5</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. p. 545.

inseparabilidade desses conceitos é de tão magnitude que não há como falar do Direito sem que haja a referência aos princípios.

Para Barroso:

O principal valor subjacente às regras é a segurança jurídica. Elas expressam decisões políticas tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, que procederam às valorações e ponderações que consideraram cabíveis, fazendo com que juízos por eles formulados se materializassem em uma determinação objetiva de conduta. Princípios por sua vez, desempenham papel diverso, tanto do ponto de vista jurídico como político institucional. No plano jurídico, eles funcionam como referencial geral para o intérprete, como um farol que ilumina os caminhos a serem percorridos. De fato são os princípios que dão identidade ideológica e ética ao sistema jurídico, apontando objetivos e caminhos. Em razão desses mesmos atributos, dão unidade ao ordenamento jurídico, permitindo articular suas diferentes partes – por vezes, aparentemente contraditórias – em torno de valores e fins comuns. Ademais, seu conteúdo aberto permite a atuação integrativa e construtiva do intérprete, capacitando-o a produzir a melhor solução para o caso concreto, assim realizando o ideal de justiça.<sup>6</sup>

Dessa forma, de acordo com Canotilho<sup>7</sup>, a justiça e a segurança são valores que agregam em si o objetivo maior do Direito. Nesse sentido, um ordenamento jurídico que se intitule democrático deve incessantemente buscar o equilíbrio entre regras e princípios.

Ressalta Dallari<sup>8</sup>, que "embora seja clássica a expressão separação dos poderes, que alguns autores denominam como divisão de poderes, é ponto pacífico que o poder do Estado continua uno e indivisível", assim como indelegável.

Porém, diante da unidade, indivisibilidade e indelegabilidade do poder exercido pelo Estado, o exercício de todas as suas funções não pode restar monopolizada por uma única pessoa ou grupo de pessoas.

Logo, além de serem definidas quais seriam as funções do Estado, também foram definidas quem e como seriam aplicadas.

O princípio da separação dos poderes está intrinsecamente ligado aos fundamentos do Estado de Direito e, por decorrência lógica, ao próprio Direito Administrativo. O fundamento teórico dessa compreensão de Estado

---

<sup>6</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo*. p. 208-209.

<sup>7</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. p. 1162-1163.

<sup>8</sup> DALLARI, D. de A. *Elementos de teoria geral do estado*. p. 30.

pode ser encontrado nas obras do Barão de Montesquieu (1689-1755) e de Jean-Jacques Rousseau (1712-1778): "Aquilo que o Estado de Direito é forçosamente, é MONTESQUIEU e ROUSSEAU, talvez mais ROUSSEAU que MONTESQUIEU".<sup>9</sup>

Para Lenza<sup>10</sup>, Aristóteles foi responsável pelas primeiras definições a respeito da "tripartição dos poderes" por meio de sua obra "Política". Nessa obra, o doutrinador idealiza três funções distintas: primeiro, a de editar normas gerais que são de observância obrigatória por todos; segundo, a de colocar em prática as normas editadas numa situação fática e, por último, a função de julgar, resolver os conflitos de interesses quando da aplicação das normas aos casos concretos. Porém, tais funções seriam exercidas e concentradas por um único órgão, pelo soberano.

Montesquieu, quando trata das leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição, trata a respeito da tripartição dos poderes, especificamente no Livro XI, Capítulo VI.<sup>11</sup>

Para Montesquieu, existem três tipos de poderes: o poder legislativo, o poder executivo e o poder de julgar. Ao tratar sobre eles assim dispõe:

Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado.<sup>12</sup>

Montesquieu defende que esses poderes supracitados não podem estar unidos no mesmo órgão, sob pena de não existir liberdade. A liberdade só existirá quando um poder, por meio de órgãos distintos, limite o poder um do outro. "Neste sentido, os poderes são divididos em órgãos

<sup>9</sup> QUEIRÓ, Afonso R. *apud* ROMAN, Flávio José. *Os regulamentos e as exigências da legalidade*. 2007. Dissertação (Mestrado). PUCSP. São Paulo. p.10.

<sup>10</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. p. 221-224.

<sup>11</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Barão de. *O espírito das leis*. p.168.

<sup>12</sup> *Id. Ibid.* p. 167-168.

distintos a fim de garantir que poder limite poder, preservando, então, a liberdade dos súditos”.<sup>13</sup>

Por fim, adverte Montesquieu, que:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.<sup>14</sup>

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, corolário da Declaração Francesa, traz em seu texto a tripartição de poderes: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Porém, vai além, prevê proteção a esse princípio quando o eleva a nível de cláusula pétrea fundamental. Dessa forma, o princípio fundamental da separação dos poderes está descrito expressamente no artigo 60, § 4º, inciso III: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) III- a separação dos poderes.”<sup>15</sup>

Além do artigo 60, § 4º, inciso III, o princípio da separação dos poderes também consta do artigo 2º da Constituição, e da sua interpretação percebe-se que a denominada tripartição dos Poderes constitui um dos princípios fundamentais adotados pela Carta Magna. Assim preceitua o art. 2º: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”<sup>16</sup>

Nas palavras de Moraes:

<sup>13</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Barão de. *O espírito das leis*. p.166.

<sup>14</sup> *Id. Ibid.* p.168.

<sup>15</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituição/ConstituiçãoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/ConstituiçãoCompilado.htm)>. Acesso em: 20 de outubro de 2011.

<sup>16</sup> *Id. Ibid.*

A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito.<sup>17</sup>

Todavia, o autor Barruffini, em sua obra de Direito Constitucional entende que, na verdade, em vez da expressão “tripartição de poderes” teria sido melhor e mais acertada o uso da denominação “tripartição de funções”. De acordo com esse autor:

Constitui erro falar em tripartição de poderes estatais, uma vez que eles são fruto de um mesmo poder. O poder é um só, quaisquer que sejam as manifestações de vontade emanadas em nome do Estado.<sup>18</sup>

Compactua do mesmo entendimento o professor e doutrinador Pedro Lenza, quando em sua obra trás a seguinte citação: “isto porque o poder é uno e indivisível. O poder não se triparte. O poder é um só, manifestando-se através de órgãos que exercem funções”<sup>19</sup>.

Entretanto, neste trabalho, referidos conceitos serão usados como sinônimos.

Ressalta-se ainda que não cabem aos Poderes delegarem suas funções uns aos outros. Destaca-se, para melhor compreensão do leitor, que não é cabível ao Poder Legislativo delegar suas funções ao Poder Executivo, ou seja, não cabe ao Congresso Nacional por meio de ato legislativo delegar à Administração que disponha sobre determinada matéria por meio de atos precários, tal como regulamentos, como se fosse lei.

Nesse sentido, nos ensina Roman que:

A indelegabilidade é implícita ao próprio reconhecimento do princípio da separação de poderes. Ora, é o texto constitucional quem estabelece as atribuições de cada órgão, logo só ao texto constitucional cumpre entregar a um determinado órgão a disposição sobre determinada matéria. Qualquer outra interpretação implicaria o erro de admitir a revogação de uma norma constitucional por uma lei ordinária. Não queremos negar que há oportunidades em que a Constituição até admite que a lei

<sup>17</sup> MORAES, Alexandre de. *Agências Reguladoras*. p. 13.

<sup>18</sup> BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. *Direito Constitucional*. p. 39.

<sup>19</sup> LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. p. 180.

ordinária excepcione suas regras. Essa possibilidade, no entanto, depende de menção expressa no texto, o que não é o caso.<sup>20</sup>

Ora, apesar da proibição da delegação, não se pode ir ao extremo e entender que, com exceção do Poder Legislativo, não há como os outros poderes praticarem atos de natureza normativa. Entender dessa forma levaria o operador do direito a interpretações inconstitucionais.

Assim, dispõe Roman quando afirma que:

O que talvez falte esclarecer é que a proibição da delegação de funções não inviabiliza, por completo, a atividade normativa da Administração Pública. Não obstante, as considerações antes referidas quanto à proibição de delegação de poderes, não se deve crer que a proibição implique a completa vedação de qualquer atividade normativa da Administração Pública. Tal conclusão, ademais, afrontaria a própria letra da Constituição que estipula a competência privativa do Presidente da República para expedir regulamentos para a fiel execução das leis. A vedação da delegação, contudo, é capaz de restringir as normas da Administração apenas ao que for necessário à execução das leis editadas pelo Parlamento.

Verifica-se dessa forma que o princípio da separação dos poderes não implica o isolamento das funções legislativa e executiva do Estado, em se concentrar apenas nas atividades típicas de cada uma delas.

Nesse sentido, num critério formal, a função administrativa se caracterizaria por estar subordinada a lei, eivada de presunção de legitimidade, instrumento de realização do interesse coletivo. Enquanto que a função legislativa seria de cunho infraconstitucional, não submetida a normas preexistentes e dessa forma podendo inovar no ordenamento jurídico, sempre nos ditames dos limites estabelecidos pela Carta Magna.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup>ROMAN, Flávio José. *Os regulamentos e as exigências da legalidade*. 2007. Dissertação (Mestrado). PUCSP. São Paulo. p. 35.

<sup>21</sup> *Id. Ibid.* p. 46-47.

## 2- PODER NORMATIVO E PODER REGULAMENTAR, A DIFERENÇA ENTRE LEI E REGULAMENTO

Inicialmente é necessário distinguir entre esses dois poderes característicos do Estado, o que edita as normas e o que regulamenta as normas editadas. Importante destacar que o estudo desses poderes é de extrema importância ao Direito Constitucional, uma vez que é a própria Constituição Federal que estabelece o âmbito de atuação de cada um deles.

Nas palavras de Carvalho Filho, com relação a esses dois “Poderes” do Estado, o normativo e o regulamentar, ele afirma que:

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 e etc.).<sup>22</sup>

Por ser ato administrativo, secundário, e por originar-se da lei, o regulamento deve se pautar nas diretrizes desta e assim seguir os limites estabelecidos previamente pelo legislador.

Nesse sentido, caminhou a douda lição de Carvalho Filho ao argumentar que:

Por essa razão, ao poder regulamentar não cabe contrariar a lei (*contra legem*), pena de sofrer invalidação. Seu exercício somente pode dar-se *secundum legem*, ou seja, em conformidade com o conteúdo da lei e nos limites que esta impuser.<sup>23</sup>

Apesar da dificuldade em se distinguir que tipo de matéria deve ser abordada por cada um desses atos normativos, alguns autores dispõem sobre o tema.

---

<sup>22</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e Poder Normativo. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Disponível em: <[www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-JOSE%20CARVALHO.PDF](http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-JOSE%20CARVALHO.PDF)>. Acesso em: 20 de novembro de 2011.

<sup>23</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*. p. 46.

De uma forma bem simplória, lei é ato resultante do exercício da atividade legislativa por qualquer um dos órgãos do Poder Legislativo, independentemente do conteúdo do referido ato.

Lei é norma jurídica que se origina das atividades parlamentares do Estado, é norma hierarquicamente superior as outras espécies normativas excepcionando a Constituição por ser a norma suprema.

Sundfeld ensina que a lei é o resultado da atividade estatal de legislar, à qual cumpre inovar originariamente a ordem jurídica, pois apenas ao produto desta função, seria atribuída a faculdade de definir e limitar o desempenho dos direitos individuais, em conformidade com o texto constitucional.<sup>24</sup>

Roman ressalta que:

Em seu sentido técnico-jurídico, entretanto, o termo lei refere-se a um tipo especial de norma jurídica, aquela que é supremo governo da comunidade. Deve-se, portanto, evitar a conceituação do regulamento como lei material, pois o regulamento não é dotado dessa nota característica da lei.<sup>25</sup>

A lei é classificada em sentido material e em sentido formal. No tocante ao sentido material lei é norma jurídica ou regra de direito, ou seja, o conteúdo do ato normativo. Já no sentido formal, é qualquer norma jurídica geral que tenha forma de lei, ou seja, oriunda de entidade que possua função legislativa no uso de competência outorgada pela Constituição e publicada de determinada forma.<sup>26</sup>

Nesse sentido, há uma distinção clássica, porém muito importante, para a diferenciação entre lei e regulamento, originalmente formulada por Laband, citado por Saddi: "(...) lei em sentido formal é uma exteriorização da

---

<sup>24</sup> SUNDFELD, C. A. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, C. A. (Coord.) *Direito Administrativo econômico*. p. 17-38.

<sup>25</sup> ROMAN, Flávio José. *Os regulamentos e as exigências da legalidade*. 2007. Dissertação (Mestrado). PUCSP. São Paulo. p. 65.

<sup>26</sup> MUSSI, Guilherme. Os limites do poder normativo das agências reguladoras brasileiras: o caso do encargo de capacidade emergencial ("seguro apagão"). *Revista Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5274/os-limites-do-poder-normativo-das-agencias-reguladoras-brasileiras/>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2011.

vontade estatal por via da legislação; lei em sentido material significa o comando vinculante de uma norma jurídica." <sup>27</sup>

Ainda tratando do tema, Laband, citado por Saddi, justificou os decretos normativos na seguinte assertiva:

Isto é, se o soberano não era mais fonte das leis, não era mais sede do Poder Legislativo, se lhe era vedado fazer lei no sentido formal, contudo esta vedação não atingiria a sua faculdade de baixar normas de conteúdo legal (*rechtsverordnungen*), porque formalmente eram atos administrativos. Mas se a sua essência era de ato legislativo; materialmente eram leis. <sup>28</sup>

Na atualidade, a distinção entre lei em sentido formal e em sentido material tem se mostrado um trabalho árduo, uma vez que não há consenso sobre o que realmente seria passível de ser conteúdo de lei, eis que o ato que normalmente adquire forma de lei é lei, pelo menos quanto a sua força coercitiva e a sua eficácia. <sup>29</sup>

Já o regulamento num sentido amplo seria qualquer ato normativo (geral e abstrato) oriundo dos órgãos da Administração Pública. Porém, em sentido estrito, regulamento é o ato normativo editado, privativamente, pelo Chefe do Poder Executivo. <sup>30</sup>

Caetano afirma que:

Em sentido material o regulamento tem afinidades com a lei em virtude da sua generalidade, pois os regulamentos possuem sempre caráter genérico. Mas distingue-se dela por lhe faltar novidade, visto as suas normas serem, pelo que toca à limitação de direitos individuais, simples desenvolvimento ou aplicação de outras normas, essas inovadoras. <sup>31</sup>

<sup>27</sup> LABAND, Paul. *apud* SADDI, Jairo. Regulamento e regulação. *Jornal Carta Forense*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=4363>>. Acesso em: 30 de novembro de 2011.

<sup>28</sup> *Id. Ibid.*

<sup>29</sup> ROMAN, Flávio José. *Os regulamentos e as exigências da legalidade*. 2007. p.67. Dissertação (Mestrado). PUCSP. São Paulo. p. 67

<sup>30</sup> MUSSI, Guilherme. Os limites do poder normativo das agências reguladoras brasileiras: o caso do encargo de capacidade emergencial ("seguro apagão"). *Revista Jus Navigandi*. Março 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5274/os-limites-do-poder-normativo-das-agencias-reguladoras-brasileiras/>>. Acesso em: 02 de dezembro de 2011.

<sup>31</sup> CAETANO, Marcelo. *apud* CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Agências Reguladoras e Poder Normativo*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9>>. Acesso em 03 de dezembro de 2011.

Importante destacar que o conceito de novidade pode não ser uma característica real de diferenciação entre regulamento e lei, uma vez que o primeiro também traz consigo matéria nova, ou seja, traz as regras que irão regulamentar as leis.

Nas palavras de Tácito (2009, p.62):

O regulamento, ainda que estritamente executivo, ainda que em medida ínfima, inova a ordem jurídica. Lei e regulamento são momentos distintos e inconfundíveis da atividade normativa do Estado. Ambos, no entanto, são dotados dos mesmos requisitos de generalidade, abstração e novidade que são próprios à norma de direito.<sup>32</sup>

Nunes Leal, citado por Saddi, na tentativa de distinguir a lei dos regulamentos afirma que:

(...) o regulamento não é mera reprodução da lei. É um texto mais minucioso, mais detalhado, que completa a lei, a fim de garantir a sua exata e fiel execução. É fundamental, entretanto, que, nessa sua função de complementar a lei, não a infrinja. Ora, se o regulamento completa a lei (e sem esse papel seria ele perfeitamente desnecessário), é evidente que a lei sempre deixe alguma coisa para o regulamento. Em outras palavras, toda lei passível de regulamentação contém em si mesma certa margem, por pequena que seja, de delegação ao Poder Executivo, ao qual compete expedir os regulamentos.<sup>33</sup>

No tocante aos regulamentos é necessário para melhor compreensão diferenciar os termos regular e regulamentar.

Na língua portuguesa, o termo regular é mais amplo e engloba regulamentar. Porém, no Direito brasileiro as duas palavras denotam significados diversos. Quando se trata de regular, é o ato pelo qual demonstra sujeição as regras em geral, se aproxima a noção de normatizar. Já a palavra regulamentar é o ato de sujeitar a regulamentos, esses de

---

<sup>32</sup> TÁCITO, Caio. *apud* ROMAN, Flávio José. *A Regulação Jurídica do Sistema Financeiro Nacional*. p. 62.

<sup>33</sup> LEAL, Vitor Nunes. *apud* SADDI, Jairo. Regulamento e regulação. *Jornal Carta Forense*. 01 de jul 2009. Disponível em: <[Http://www.carteforense.com.br/Materia.aspx?id=4363](http://www.carteforense.com.br/Materia.aspx?id=4363)>. Acesso em: 01 de dezembro de 2011.

competência dos chefes do executivo, os quais são editados via de regra por decretos.<sup>34</sup>

Ressalta-se que no Brasil não é mais permitido a edição dos chamados regulamentos autônomos. Atualmente, os regulamentos se vinculam a uma norma legal com o objetivo de permitir sua execução de forma clara, pois não inovam na ordem jurídica, principalmente com relação aos deveres, direitos, obrigações e penalidades.<sup>35</sup>

Dessa forma, se defini poder ou função regulamentar como o poder em virtude do qual a Administração edita regulamentos. É uma prerrogativa de muita importância e responsabilidade porque haverá a presença e colaboração da Administração na construção do ordenamento jurídico.<sup>36</sup>

Há várias doutrinas que buscam explicar o fundamento do Poder Regulamentar, a seguir serão apresentadas algumas delas.

O autor Marcello Caetano é um dos que defendem a posição na qual a possibilidade de regulamentar é corolário do Poder Administrativo. Dessa forma, a justificativa desse poder está intrinsecamente ligada à possibilidade de a Administração interpretar a lei que aplica, e nesse caso trata-se de um fundamento teórico, uma vez que o fundamento jurídico inevitavelmente se origina na lei.<sup>37</sup>

No mesmo sentido, para Diógenes Gasparini, a função ou poder regulamentar está intrínseco à função administrativa. Afirma que o poder regulamentar é atributo originário do Executivo, por ser capaz de executar as leis, o que se materializa por meio dos regulamentos inicialmente. Logo, partindo dessas premissas, o Poder Executivo não necessitaria de autorização constitucional ou legislativa para exercer o poder regulamentar na execução das leis.<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> ARAUJO, Edmir Netto de. *A Aparente Autonomia das Agências Reguladoras*. MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. 2002, p. 41.

<sup>35</sup> *Id. Ibid.* p. 41.

<sup>36</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo et FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *apud* ROMAN, Flávio José. *Os regulamentos e as exigências da legalidade*. 2007.f. 5. Dissertação (Mestrado). PUCSP. São Paulo.

<sup>37</sup> CAETANO, Marcello, *apud* ROMAN, Flávio José. *Os regulamentos e as exigências da legalidade*. 2007. P.123. Dissertação (Mestrado). PUCSP. São Paulo.

<sup>38</sup> GASPARINI, Diógenes, *apud* ROMAN, Flávio José. *Os regulamentos e as exigências da legalidade*. 2007. Dissertação (Mestrado). PUCSP. São Paulo.

Para Roman, a tese que fundamenta o poder regulamentar numa atribuição inerente e originária no Poder Executivo não merece ser acolhida. Seria como “desconectar a Administração Pública de seu pressuposto de atuação, a lei, invertendo o eixo de compreensão do Direito Administrativo, ou seja, enfatiza-se o poder em detrimento do direito do administrado”, ressalta-se que os poderes da Administração são concedidos pelo ordenamento jurídico.<sup>39</sup>

Logo, de acordo com Roman, “o fundamento da função regulamentar, portanto, deve ser encontrado no ordenamento jurídico, mais especificamente no ordenamento jurídico-constitucional”.<sup>40</sup>

O ordenamento constitucional brasileiro, por meio do artigo 84, IV da Constituição Federal, atribuiu de forma privativa ao Presidente da República a competência para expedir regulamentos com o fim de executar as leis. Nesse texto é esclarecido o fundamento jurídico da função regulamentar. Ressalta-se que desde a Constituição de 1824, artigo 102, já se admitia no Brasil a expedição de Decretos, instruções e regulamentos pelo Poder Executivo para a fiel execução das leis.<sup>41</sup>

Ocorre que, apesar de fundamentada a competência privativa do Presidente da República, falta ainda explicitar quais são as justificativas para que outros órgãos da Administração também exerçam o poder regulamentar.<sup>42</sup>

Para Salomão Neto, não há necessidade de autorização legal específica para os regulamentos editados em consonância com o artigo 84, IV da Constituição Federal. Porém, na visão do autor, o citado artigo não teria aptidão de impedir a edição de regulamentos autorizados pelos demais órgãos da Administração Pública.<sup>43</sup>

Na visão de Roman, os atos normativos editados por outro órgão que não seja o Presidente da República, ou seja, que não seria englobado pelo fundamento do artigo 84, IV, da Constituição Federal, precisam de

---

<sup>39</sup> ROMAN, Flávio José. *Os regulamentos e as exigências da legalidade*. 2007. Dissertação (Mestrado). PUCSP. São Paulo. p. 124

<sup>40</sup> *Id. ibid.* p. 124.

<sup>41</sup> *Id. ibid.* p. 125.

<sup>42</sup> *Id. ibid.* p. 125.

<sup>43</sup> SALOMÃO NETO, Eduardo, *apud* ROMAN, Flávio José. *Os regulamentos e as exigências da legalidade*. 2007. Dissertação (Mestrado). PUCSP. São Paulo. p. 127.

autorização ou habilitação em lei específica. Juntamente com esse fundamento, é necessário que o conteúdo normativo desses atos estejam inteiramente previstos na lei que os autorizou, sob pena de serem eivados do vício da inconstitucionalidade. Nesse sentido afirma que “a função regulamentar pode não se restringir exclusivamente a hipótese do artigo 84, IV, da Constituição da República”.<sup>44</sup>

Os regulamentos podem ser classificados em regulamento de execução, regulamento independente, regulamento autorizado e regulamento autônomo.<sup>45</sup> Relata-se, a seguir um breve conceito de cada um deles.

O regulamento de execução é aquele o qual vai especificar os objetivos da lei que o habilitou, porém, não criará qualquer tipo de obrigação, apenas irá reproduzir e desenvolver, nos mesmos moldes, o conteúdo disciplinar previsto pela lei fundamentadora.<sup>46</sup>

O regulamento independente, também conhecido como decreto independente, permite ao poder executivo regular matérias ligadas especificamente a sua economia interna que não fora disciplinada por lei.<sup>47</sup>

O regulamento autorizado ou delegado é aquele pelo qual daria ao agente uma certa discricionariedade na edição do regulamento, porém a autorização legal teria limites bem delimitados.<sup>48</sup>

Nas lições de Roman:

Os regulamentos delegados são aqueles editados para regular matéria determinada — matéria essa que normalmente estaria fora da competência regulamentar — nos termos da autorização concedida na lei delegante.<sup>49</sup>

Já o regulamento autônomo é aquele que independe de lei anterior autorizadora. Tais regulamentos para serem admitidos precisam de previsão Constitucional. Gasparini afirma que os regulamentos autônomos:

<sup>44</sup> ROMAN, Flávio José. *Os regulamentos e as exigências da legalidade*. 2007. p. 127 Dissertação (Mestrado). PUCSP. São Paulo.

<sup>45</sup> GALVÃO, Gabriel de Mello. *Fundamentos e limites da atribuição de poder normativo às autarquias autônomas federais (agências reguladoras)*. p. 17.

<sup>46</sup> *Id. ibid.* p. 17.

<sup>47</sup> *Id. ibid.* p. 18.

<sup>48</sup> *Id. ibid.* p. 19.

<sup>49</sup> ROMAN, Flávio José. *op. cit.*, p. 147.

Não são editados no desenvolvimento de nenhuma lei e se expressam com base no exercício de prerrogativas legislativas, sustentados numa concessão de índole constitucional. Seu fundamento jurídico imediato é portanto, constitucional.<sup>50</sup>

Dessa forma, esses regulamentos são considerados como verdadeiras leis, tanto no sentido material como formal.

É claro que pela razão acima se sustenta serem inadmissíveis no Direito brasileiro a edição dos regulamentos ou decretos autônomos uma vez que violaria frontalmente o princípio da reserva de lei formal.<sup>51</sup>

Percebe-se que há entre leis e regulamentos diferenças e similitudes que dificultam a identificação de qual matéria deve ser tratada somente por lei e qual pode ser fruto da atividade normativa da Administração Pública. Essa dificuldade se dá uma vez que ambos apresentam normatividade, são direcionadas a pessoas indeterminadas, eivadas de generalidade, impessoalidade e abstração.<sup>52</sup>

Pode se afirmar que a principal diferença entre lei e regulamento, ou pelo menos a mais segura, é saber que lei é ato do Poder Legislativo, uma vez que os atos da Administração, no sentido técnico-jurídico não são. Dessa forma, os atos emanados pelo Poder Legislativo, que passaram pelo processo legislativo constitucional serão lei, os demais, por exclusão, não serão.<sup>53</sup>

Nesse sentido, em razão das dificuldades acima, mostra-se polêmico tratar do poder normativo das agências reguladoras.

---

<sup>50</sup> GASPARINI, Diógenes, *apud* ROMAN, Flávio José. *Os regulamentos e as exigências da legalidade*. 2007. p.125. Dissertação (Mestrado). PUCSP. São Paulo.

<sup>51</sup> GALVÃO, Gabriel de Mello. *Fundamentos e limites da atribuição de poder normativo às autarquias autônomas federais (agências reguladoras)*. p. 23.

<sup>52</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Agências Reguladoras e Poder Normativo*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-JOSE%20CARVALHO.PDF>>. Acesso em: 05 de dezembro de 2011.

<sup>53</sup> ROMAN, Flávio José. *A Função Regulamentar da Administração Pública e a Regulação do Sistema Financeiro Nacional*. In: JANTALIA, Fabiano (coord.). *A Regulação Jurídica do Sistema Financeiro Nacional*. p. 62.

### 3- O PERFIL DO ESTADO E AS PROFUNDAS TRANSFORMAÇÕES

No decorrer da história de desenvolvimento da sociedade e do Estado surgiram idéias dominantes, doutrinas e correntes econômicas que predominaram em certos períodos. Assim, o Estado foi influenciado por pensamentos como o Liberalismo, o Estado Social e por fim o neo-liberalismo.

Nas palavras de Paulo Sandroni, citado por Godói Júnior:

O Liberalismo é uma doutrina econômica que serviu de substrato ideológico às revoluções anti-absolutistas que ocorreram na Europa (na Inglaterra e em França) ao longo dos Séculos XVII e XVIII e à luta pela Independência dos Estados Unidos da América. Corresponhia aos anseios de poder da Burguesia, que consolidava sua força econômica ante a Aristocracia em decadência amparada no absolutismo monárquico. O Liberalismo defendia a ampla liberdade individual; a democracia representativa com separação e independência entre os poderes executivo, legislativo e judiciário; o direito inalienável à propriedade, a livre iniciativa e a concorrência como princípios básicos capazes de harmonizar os interesses individuais e coletivos para gerar o progresso social.<sup>54</sup>

No Liberalismo havia a idéia de Estado mínimo, ou seja, deveria assegurar a paz e a segurança e, com relação as atividades econômicas, estas deveriam se concentrar nas mãos do setor privado.<sup>55</sup>

Com a decadência do Estado Liberal, surge o Estado Intervencionista, conhecido como Estado Social, de Bem-Estar ou *Welfare State*. Sua origem remonta a Primeira Grande Guerra Mundial e a Grande Depressão de 1929, que iniciou com a quebra da bolsa de valores de Nova Iorque, fatos que ocasionaram a crise do mercado e do Estado Liberal.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> SANDRONI, Paulo (Org), *apud* GODÓI JUNIOR, José Vicente. *Agências reguladoras: características, atividades e força normativa*. 2008. Dissertação (Mestrado). Universidade de Marília. Marília. Disponível em: <[HTTP://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/BE318D57B1169ABAE138DF08592C84E2.pdf](http://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/BE318D57B1169ABAE138DF08592C84E2.pdf)>. Acesso em: 06 de dezembro de 2011.

<sup>55</sup> GODÓI JUNIOR, José Vicente. *Agências reguladoras: características, atividades e força normativa*. 2008. Dissertação (Mestrado). Universidade de Marília. Marília. Disponível em <[HTTP://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/BE318D57B1169ABAE138DF08592C84E2.pdf](http://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/BE318D57B1169ABAE138DF08592C84E2.pdf)>. Acesso em: 06 de dezembro de 2011.

<sup>56</sup> *Id. ibid.*

O Estado passou a desenvolver a atividade econômica e a produção de riquezas que seriam divididas entre as pessoas de acordo com a necessidade.<sup>57</sup>

Com a quebra dos mercados, ocasionada por esses fatores históricos, a recessão econômica mundial se agravou, e dessa forma o Estado se viu obrigado a intervir na economia e na área social, para amenizar a situação. O Estado passou a ser empresário e prestador de serviços, ou seja, imiscuia-se em áreas que antes pertenciam ao ente privado, para tentar resolver os problemas da sociedade.<sup>58</sup>

Apesar de a intenção ser plausível, o Estado percebeu que não conseguiria cuidar de todos os setores que estavam necessitados, o que gerou uma crise fiscal.<sup>59</sup>

Nas lições de Justen Filho:

A crise fiscal do Estado de Bem-Estar conduziu a perspectiva de redução das dimensões do Estado e de sua intervenção direta no âmbito econômico. Passou-se a um novo modelo de atuação estatal, que se caracteriza preponderantemente pela utilização da competência normativa para disciplinar a atuação dos particulares.<sup>60</sup>

Dessa forma, depois de muita pressão e cobrança para com o Estado, surge um novo pensamento, o neoliberal, como oposição ao Estado Intervencionista e de “Bem-Estar”. O Neoliberalismo é a doutrina político-econômica que representa uma tentativa de adaptar os princípios do Liberalismo econômico às condições do Capitalismo moderno, o instituto

---

<sup>57</sup> CAL, Ariane Brito Rodrigues, *apud* GODÓI JUNIOR, José Vicente. *Agências reguladoras: características, atividades e força normativa*. 2008. Dissertação (Mestrado). Universidade de Marília. Marília. Disponível em: <[HTTP://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/BE318D57B1169ABAE138DF08592C84E2.pdf](http://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/BE318D57B1169ABAE138DF08592C84E2.pdf)>. Acesso em: 06 de dezembro de 2011.

<sup>58</sup> GODÓI JUNIOR, José Vicente. *Agências reguladoras: características, atividades e força normativa*. 2008. Dissertação (Mestrado). Universidade de Marília. Marília. Disponível em: <[HTTP://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/BE318D57B1169ABAE138DF08592C84E2.pdf](http://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/BE318D57B1169ABAE138DF08592C84E2.pdf)>. Acesso em: 06 de dezembro de 2011.

<sup>59</sup> *Id. ibid.*

<sup>60</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *apud* GODÓI JUNIOR, José Vicente. *Agências reguladoras: características, atividades e força normativa*. 2008. Dissertação (Mestrado). Universidade de Marília. Marília. Disponível em: <[HTTP://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/BE318D57B1169ABAE138DF08592C84E2.pdf](http://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/BE318D57B1169ABAE138DF08592C84E2.pdf)>. Acesso em: 06 de dezembro de 2011.

econômico que seria realizado pelo Estado, para limitar a livre concorrência. No plano social, defende a existência de condições de igualdade que possibilitem a concorrência.<sup>61</sup>

O pensamento neoliberal restou fortalecido e o Estado teve que mudar, principalmente deixar que a iniciativa privada atuasse na economia, e assim sobreviver e manter o bem estar da sociedade.<sup>62</sup>

Ressalta-se que a Constituição Federal brasileira de 1988, influenciada pelo pensamento neoliberal, manteve um título específico para tratar da ordem econômica e financeira e deixa claro no seu artigo 170, que a atividade econômica será exercida pela iniciativa privada, mas o Estado continua velando pelos interesses públicos, o que é realizado também via agências reguladoras.<sup>63</sup>

Dessa forma, sem a pretensão de esgotar o tema a respeito dos pensamentos e doutrinas que vigoravam e influenciavam o Estado, percebemos que, no final do século passado, o papel do Estado sofreu diversas transformações, essas mudanças impuseram a diminuição de suas dimensões, trata-se estrategicamente da descentralização, envolvendo matérias como a privatização, terceirização e publicização. O Estado migra gradativamente de prestador, produtor, interventor e protecionista para exercer cada vez mais a função de regulador, fiscalizador e fomentador, e assim garantir uma maior governabilidade.<sup>64</sup>

O instituto das agências reguladoras, na evolução do Direito Administrativo, adveio desse processo de desestatização que tem permeado a Administração Pública.

No Brasil, a lei nº 8.031, de 12/04/1990, trouxe as regras iniciais desse novo panorama em que se encontra o Estado. Logo após adveio a lei

---

<sup>61</sup> SANDRONI, Paulo (Org). *apud* GODÓI JUNIOR, José Vicente . *Agências reguladoras: características, atividades e força normativa*. 2008. Dissertação (Mestrado). Universidade de Marília.Marília. Disponível em: <[HTTP://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/BE318D57B1169ABAE138DF08592C84E2.pdf](http://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/BE318D57B1169ABAE138DF08592C84E2.pdf)>. Acesso em: 13 de dezembro de 2011.

<sup>62</sup> GODÓI JUNIOR, José Vicente. *Agências reguladoras: características, atividades e força normativa*. 2008. Dissertação (Mestrado). Universidade de Marília.Marília. Disponível em: <[HTTP://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/BE318D57B1169ABAE138DF08592C84E2.pdf](http://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/BE318D57B1169ABAE138DF08592C84E2.pdf)>. Acesso em: 13 de dezembro de 2011.

<sup>63</sup> *Id. Ibid.*

<sup>64</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *As agências reguladoras*. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 29 de dezembro de 2011.

nº 9.491 de 09/09/1997 que revogou a anterior e por meio da criação do Programa Nacional de Desestatização e conjuntamente com normas anteriores concretizou as mudanças e transformações implementadas na figura do Estado brasileiro.<sup>65</sup>

Com o advento do Programa Nacional de Desestatização, a partir da década de 1990, incrementado com a lei nº 9.491, de 09/09/1997, o Estado brasileiro permite que a iniciativa privada atue na prestação de serviços públicos, contudo por meio das agências reguladoras, passa a fiscalizar e estabelecer as diretrizes para a prestação desses serviços em vários setores econômicos.<sup>66</sup>

Tal programa trouxe alguns objetivos e dentre eles se destacam os previstos nos incisos I e V da lei nº 9491, de 09/09/1997, quais sejam:

Art. 1º O Programa Nacional de Desestatização – PND tem como objetivos fundamentais:

I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;

...

V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;

Essas transformações pelas quais o Estado passou, afastando-se da prestação de alguns serviços públicos, transferidos à mão da iniciativa privada, gerou a necessidade de instrumentos estatais que possibilitassem o controle desses novos prestadores de serviço, uma vez que o serviço ainda é público, mas o agente que irá prestá-lo passou a ser privado.<sup>67</sup>

Nas lições de Carvalho Filho:

<sup>65</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e Poder Normativo. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, fevereiro 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-JOSE%20CARVALHO.PDF>>. Acesso em: 28 de dezembro de 2011.

<sup>66</sup> GODÓI JUNIOR, José Vicente. *Agências reguladoras: características, atividades e força normativa*. 2008. Dissertação (Mestrado). Universidade de Marília. Marília. Disponível em: <<HTTP://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/BE318D57B1169ABAE138DF08592C84E2.pdf>>. Acesso em: 22 de dezembro de 2011.

<sup>67</sup> *Id. ibid.*

A ênfase dispensada a esse aspecto tem como escopo demonstrar a necessidade 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, porquanto 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 órgão administrativo entre si, mas sim o Estado e particulares.<sup>68</sup>

Esse novo contexto, no qual o Estado se mostra incapaz de satisfazer todas as necessidades da sociedade, influiu de forma direta para que se aprofundasse uma maior discussão sobre a função regulatória do Estado direcionada para os serviços públicos prestados pela iniciativa privada, essencialmente no tocante ao estabelecimento das diretrizes e metas que orientarão e definirão a forma como tais serviços serão prestados.<sup>69</sup>

Assim ensina Moraes:

A constatação de que o Estado não tem recursos para os investimentos necessários e que, além disso, é geralmente um mau administrador, conduziu ao processo de transferência para o setor privado da execução dos serviços públicos. Mas o fato de determinados serviços públicos serem prestados por empresas privadas concessionárias não modifica sua natureza pública: o Estado conserva responsabilidades e deveres em relação a sua prestação adequada. Daí a privatização haver trazido drástica transformação no papel do Estado: em lugar de protagonista na execução dos serviços, suas funções passam a ser as de planejamento, regulamentação e fiscalização das empresas concessionárias. É nesse contexto histórico que surgem, como personagens fundamentais, as agências reguladoras.<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e Poder Normativo. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, fevereiro 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-JOSE%20CARVALHO.PDF>>. Acesso em: 29 de dezembro de 2011.

<sup>69</sup> *Id. ibid.*

<sup>70</sup> BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos Sobre As Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. p. 116-117.

Destaca Grotti que esse movimento de desestatização pelo qual sofreu o Estado brasileiro, fez com que voltasse sua atuação para um modelo de Estado regulador por meio das agências reguladoras.<sup>71</sup>

---

<sup>71</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *As agências reguladoras*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 29 de dezembro de 2011.

## 4- ORIGEM, REGIME JURÍDICO E CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A origem das agências reguladoras remonta ao ano de 1834 na Inglaterra. Surgiram a partir do nascimento de órgãos autônomos, criados pelo parlamento com o objetivo de aplicar e concretizar leis.<sup>72</sup>

A partir da influência do direito inglês, os Estados Unidos, por volta de 1887, criaram diversas agências para a regulação de algumas atividades estatais, elencando deveres e consequentes sanções.<sup>73</sup>

Especificamente com as características de hoje, as agências reguladoras, remontam ao ano de 1930, quando, após a quebra da Bolsa de valores de Nova Iorque, surgem nos Estados Unidos da América. Traziam como objetivo a urgência em reequilibrar os diversos setores da economia americana, sem violar a autonomia entre os poderes.<sup>74</sup>

As agências reguladoras norte-americanas eram órgãos independentes, mecanismos flexíveis de regulação, foram criadas para traçarem diretrizes amplas e gerais em áreas de competência específica e restrita, traçando e colocando em execução diversas políticas públicas, regulando a atividade privada, resolvendo conflitos, garantindo a livre concorrência e limitando a concentração de mercado.<sup>75</sup>

No Brasil, nos anos 90, influenciado pelo direito norte-americano e pela ideologia neoliberal, as agências reguladoras aparecem, por ocasião das privatizações, como mecanismos flexíveis de regulação em contrapartida aos já existentes, rígidos e juridicamente normatizados.<sup>76</sup>

Assim dispõe Naves a respeito da criação das agências reguladoras no Direito brasileiro:

---

<sup>72</sup> MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. p. 22.

<sup>73</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *As agências reguladoras*. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 30 de dezembro de 2011.

<sup>74</sup> NAVES, Rubens. Agências Reguladoras: origens e perspectivas. In: FIGUEIREDO, Marcelo (Org.). *Direito e Regulação no Brasil e nos EUA*. p. 124.

<sup>75</sup> *Id. ibid.* p. 124.

<sup>76</sup> *Id. ibid.* p. 125.

A agência reguladora, no Brasil, surgiu como o instrumento do Estado para administrar os serviços que são de atribuição estatal, mas encontram-se delegados a particulares nas formas previstas na Constituição como concessão, permissão e autorização. A agência reguladora cumpre uma dupla mediação: oferece segurança jurídica para as empresas privadas e defende os direitos dos cidadãos, definidos como usuários ou consumidores do serviço público.<sup>77</sup>

#### Nas lições de Medauar:

Com a extinção total ou parcial do monopólio estatal de alguns serviços públicos e outras atividades e com a transferência total ou parcial, ao setor privado da execução de tais serviços e atividades, mediante concessões, permissões ou autorizações, surgiram no ordenamento brasileiro as respectivas agências reguladoras.<sup>78</sup>

Para que o concessionário preste serviço público eficiente e de boa qualidade e com preços competitivos é necessário que haja atualização da forma de prestação, buscando por técnicas de gerenciamento mais modernas. Nesse sentido, cabe ao poder público, no caso às agências reguladoras, a missão de constantemente fiscalizar se tais técnicas estão realmente sendo implementadas, para o favorecimento do desenvolvimento econômico.<sup>79</sup>

No Direito brasileiro, a concessão de serviços públicos para a iniciativa privada vem ocorrendo no âmbito federal, por iniciativa da União, como no caso das telecomunicações e energia, e também no âmbito estadual e municipal, como ocorreu respectivamente com as rodovias e com o recolhimento de lixo.<sup>80</sup>

No decorrer da implantação do sistema de regulação foram criadas algumas agências reguladoras de suma importância na esfera federal, tais como a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (lei nº 9427, de 26/11/1996), Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (lei nº 9472, de 16/07/1997), Agência Nacional de Petróleo – ANP (lei nº 9478, de 06/08/1997), Agência Nacional de Saúde Suplementar (lei nº 9961,

<sup>77</sup> NAVES, Rubens. Agências Reguladoras: origens e perspectivas. In: FIGUEIREDO, Marcelo (Org.). *Direito e Regulação no Brasil e nos EUA*. p. 127-128.

<sup>78</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. p. 82.

<sup>79</sup> MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Apud* MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. p. 25.

<sup>80</sup> NAVES, Rubens. *Agências Reguladoras: origens e perspectivas*. Op. cit., p. 129.

de 28/01/2000), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (lei nº 9782, de 26/01/1999), Agência Nacional de Águas – ANA (lei nº 9984, de 17/07//2000), dentre outras.<sup>81</sup>

Uma vez que o foco desse trabalho é o poder normativo das agências reguladoras, não se adentrará especificamente a respeito de cada uma delas, mas apenas traçar características gerais e comuns a todas.

No Brasil, as agências reguladoras são criadas sob o regime de autarquias. Estão submetidas ao regramento do artigo 37, XIX, da Constituição Federal, devendo a mesma ser criada e extinta por meio de lei específica. Ressalta-se que, em razão do princípio da especialidade, as agências não poderão desviar da finalidade e objetivo previstos na lei que a criou.<sup>82</sup>

Nas palavras de Di Pietro, ao tratar das agências reguladoras de forma ampla, ressalta que esses entes são “qualquer órgão da Administração direta ou entidade da Administração indireta com função de regular a matéria específica que lhe está afeta”.<sup>83</sup>

Porém, em razão de inúmeros privilégios e prerrogativas concedidas por lei, tais agências são tratadas como autarquias de regime especial. Essa especialidade se dá principalmente por sua independência para com o Poder Executivo, apesar de integrarem a Administração Pública Indireta, uma vez que são dotadas de autonomia político-administrativa e autonomia econômico financeira.<sup>84</sup>

Contudo, apesar da autonomia concedida a essas entidades, não se pode, numa interpretação extensiva, equipará-la à soberania ou independência, ou outro conceito que não se adéqua ao regime jurídico que lhes é peculiar.<sup>85</sup>

A respeito da autonomia político-administrativa, significa que uma vez dotada de personalidade jurídica própria, essas entidades contratam e

---

<sup>81</sup> NAVES, Rubens. Agências Reguladoras: origens e perspectivas. In: FIGUEIREDO, Marcelo (Org.). *Direito e Regulação no Brasil e nos EUA*. p. 129.

<sup>82</sup> MORAES, Alexandre de. *Reforma Administrativa*. p. 53.

<sup>83</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. p. 402.

<sup>84</sup> ARAUJO, Edmir Netto de. A Aparente Autonomia das Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. p. 42-43.

<sup>85</sup> *Id. ibid.* p. 46.

administram em nome próprio, tudo dentro das regras do ordenamento vigente.<sup>86</sup>

Ressalta-se que tal autonomia se dá em relação a prerrogativas e garantias, como por exemplo, a nomeação dos diretores pelo Presidente da República e aprovação pelo Senado Federal, no tocante as agências federais.<sup>87</sup>

Além disso, são estabelecidos mandato fixo para os diretores que podem variar, em regra, de três a quatro anos, a impossibilidade de demissão dos dirigentes sem justa causa, ou seja, não são exoneráveis *ad nutum* pelo chefe do Executivo, o que demonstra um grau de independência política. A demissão somente ocorrerá por: falta grave apurada mediante o devido processo legal, voluntariamente, ou no final do mandato, nos termos da lei e de acordo com os estatutos.<sup>88</sup>

Podemos citar como exemplo a ANNEL, que, por meio da lei nº 9427, de 26/11/1996 no seu artigo 5º dispôs que “O Diretor Geral e os demais Diretores serão nomeados pelo Presidente da República para cumprir mandatos não coincidentes de quatro anos”.

Ressalta-se que ao escolher os dirigentes das agências reguladoras, o chefe do Executivo deveria se basear em critérios legais e técnicos para assim diminuir a influência política nas nomeações.<sup>89</sup>

Nessa mesma linha e numa visão mais ampla, afirma a doutrina que:

Outros requisitos podem ser ainda exigidos, como pré-requisito à ocupação desses cargos, tais como especialização técnica, aferida por meio de antecedentes técnicos comprovados e até de seleção aberta para a postulação de cargos.<sup>90</sup>

Ainda com relação à autonomia político-administrativa, conforme as leis instituidoras das agências, em regra os dirigentes estarão impedidos

<sup>86</sup> ARAUJO, Edmir Netto de. A Aparente Autonomia das Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. p. 50.

<sup>87</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; LANDAU, Elena (Coord.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. p. 41.

<sup>88</sup> ARAUJO, Edmir Netto de. *Op. cit.* p. 50.

<sup>89</sup> MORAES, Alexandre de. *Agências Reguladoras*. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. p. 26.

<sup>90</sup> WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de. *apud* MORAES, Alexandre de. *Agências Reguladoras*. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. p. 26.

de exercerem e prestarem qualquer serviço às entidades sob regulamentação e fiscalização da agência a qual faz parte, tanto direta como indiretamente, inclusive as controladas, coligadas ou subsidiárias, ao longo de determinado lapso de tempo subsequente ao término de seu mandato. Convencionou-se denominar esse período de “quarentena”, cuja finalidade é impedir que se beneficie de relações e informações para favorecer sua atuação privada ou a de outrem.<sup>91</sup>

A autonomia econômico-financeira envolve a tentativa de que seja garantido às agências reguladoras, a arrecadação de receitas em fontes distintas das provenientes das dotações orçamentárias gerais, como por exemplo as advindas de taxas de fiscalização e as oriundas de contratos e convênios inerentes as suas atividades, como vem ocorrendo no setor elétrico e no de petróleo.<sup>92</sup>

Barroso, comentando a respeito das receitas oriundas das taxas de regulação ou fiscalização, afirmou que:

A agência, com isso, não depende de recursos orçamentários, mas em compensação, se submete à crítica de ser custeada pelo sujeito fiscalizado.<sup>93</sup>

Ressalta-se que, apesar da prerrogativa de autonomia orçamentária, isso não significa que a entidade poderá realizar despesas não previstas na lei geral orçamentária da unidade da federação que fizer parte. Da mesma forma com relação a autonomia financeira, pois, ao executar financeiramente o orçamento, a agência deve seguir as regras previamente estipuladas em lei. Logo, a título de exemplificação, a agência não pode adquirir bens ou serviço sem prévio empenho da despesa, o que se faz com fundamento orçamentário.<sup>94</sup>

---

<sup>91</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; LANDAU, Elena (Coord.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. p. 42.

<sup>92</sup> *Id. ibid.* p. 44.

<sup>93</sup> *Id. ibid.* p. 44.

<sup>94</sup> ARAUJO, Edmir Netto de. *A Aparente Autonomia das Agências Reguladoras*. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. p. 46.

## 5- LEGITIMIDADE DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

O estudo do presente tema se mostra de alta relevância dado ao momento histórico em que se encontra o Estado brasileiro. As condicionantes políticas e sociais do Moderno Estado Social de Direito vem exigindo-o uma atuação mais efetiva e constante, e nesse sentido é forçado a editar cada vez mais normas.<sup>95</sup>

Dessa forma, para que a Administração consiga alcançar os objetivos traçados pelo Estado se faz necessário atribuir, às agências reguladoras, certo grau de poder para normatizar. Entender assim implica reconhecer as deficiências atuais do sistema brasileiro de produção normativa.<sup>96</sup>

Nesse ponto se insere a discussão do presente trabalho uma vez que face ao princípio constitucional da separação dos poderes e como corolário o princípio da legalidade, o poder de normatizar, entende-se editar leis em sentido estrito, estaria monopolizado nas mãos do Poder Legislativo, o que inviabilizaria a Administração, que compõe o Poder Executivo, de editá-las.

Tal discussão se intensificou e restou ainda mais polemizada no momento em que praticamente todas as leis que estruturaram as agências reguladoras no Brasil, atribuíram-nas capacidade de editarem normas de forma ampla.

Primeiramente foi promulgado a lei nº 9427, de 26/11/1996 com a finalidade de dispor a respeito do regime dos contratos de concessão de serviço público de energia elétrica. Aludida lei concebeu à agência vários poderes, entre eles se destaca o do artigo 3º, inciso I, de:

“implementar as políticas e diretrizes do governo federal para exploração de energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo

---

<sup>95</sup> GALVÃO, Gabriel de Mello. *Fundamentos e limites da atribuição de poder normativo às autarquias autônomas federais (agências reguladoras)*. p. 56.

<sup>96</sup> *Id. ibid.* p.56.

os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela lei nº 9.074, de 07/07/1995.”

Ainda nesse sentido, o artigo 3º, inciso XIX da lei nº 9427, de 26/11/1996, estabelece o poder da agência de “regular o serviço concedido, permitido e autorizado e fiscalizar permanentemente sua prestação”.

Corroborando com a afirmativa acima, a lei que instituiu a ANS, no seu artigo 4º, inciso IX, por exemplo, concede competência normativa à agência, quando permite que ela edite normas estabelecendo os conceitos de doenças e lesões preexistentes; quando no inciso VI do mesmo artigo permite que estabeleça critérios, responsabilidades, obrigações e o procedimento para a garantia de direitos assegurados pela Lei de Planos de Saúde (lei nº 9656, de 03/06/1998), dentre várias outras situações.<sup>97</sup>

Seguindo o mesmo raciocínio, podemos citar a Lei Geral de Telecomunicações, que em seu artigo 19, incisos VI e X, confere poderes à Anatel para editar normas com relação a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações em regime público ou privado.

Ainda, a lei nº 9478, de 06/08/1997, com a finalidade de regular a política energética nacional, criou a ANP – Agência Nacional de Petróleo e no molde das demais, por meio do artigo 8º, conferiu poder regulatório com a finalidade que seja promovido a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo.

Frise-se que situações semelhantes às relatadas acima vêm se repetindo de forma corriqueira com relação às demais agências.

Torna-se difícil aceitar a forma como esse processo vem ocorrendo, pois, apesar de admitirmos em alguns casos a possibilidade da lei atribuir um espaço discricionário ao agente administrativo, o que ocorre é que, na maioria das vezes, se extrapola essa discricionariedade e se percebe na verdade uma delegação da função normativa do Poder Legislativo para a Agência, transmitindo a competência de tratar de determinadas situações quase que na sua integralidade.<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; LANDAU, Elena (Coord.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. p. 51.

<sup>98</sup> *Id. ibid.* p. 51.

Ressalta-se que, em razão da autonomia e independência, não é permitido aos poderes delegarem competências entre si, exceto é claro as previstas constitucionalmente, como ocorre no caso das leis delegadas.

Conforme ensina Araújo, o problema que emerge é que o poder normativo das agências reguladoras não abrange a regulamentação de leis, assim não poderia inovar na ordem jurídica sem lei que a preveja e nem muito menos contrariar dispositivo legal. Caso contrário, estaríamos diante de atividade legiferante o que violaria os princípios da separação dos poderes, disposto no artigo 2º e o da legalidade previsto no artigo 5º, inciso III ambos da Constituição Federal.<sup>99</sup>

Ocorre que as agências, atualmente, apesar de editarem atos normativos, tais quais os regulamentos executivos (regulamentação clássica), também emanam normas gerais e abstratas que não visam apenas a mera execução da lei.<sup>100</sup>

Várias dessas normas editadas pelas agências reguladoras acabam por afetar direitos e obrigações dos cidadãos. Dentre vários, destaca-se, a título de exemplo, a Resolução nº 460, de 19/03/2007, da ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) que, mesmo não existindo lei que autorizasse, criou o mecanismo da portabilidade de números de celulares, o que vem sendo cumprida por todos. Ressalta-se que apesar de ser a norma benéfica para os cidadãos a citada agência exorbitou de seu poder normativo.<sup>101</sup>

Outro exemplo é o artigo 218 da Resolução Normativa nº 414, de 09/09/2010, da ANEL, que elenca as condições gerais de fornecimento de energia elétrica e determina que sejam transferidos pelas concessionárias do serviço de distribuição de energia elétrica, os ativos do sistema de iluminação pública ao poder público municipal e distrital. Nota-se que o citado dispositivo reflete em ambiente social distinto daquele para o qual a função reguladora desta agência tem competência, e invade a esfera das

---

<sup>99</sup> MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. p. 55.

<sup>100</sup> SIGNORETTI, Diogo Faria. O Poder Normativo das agências reguladoras. *NetSaber Artigos*. Disponível em: <[http://artigos.netsaber.com.br/resumo\\_artigo\\_4817/artigo\\_sobre\\_o\\_poder\\_normativo\\_das\\_agencias\\_reguladoras](http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_4817/artigo_sobre_o_poder_normativo_das_agencias_reguladoras)> Acesso em: 13 de novembro de 2011.

<sup>101</sup> GUERRA, Sérgio. Função normativa das agências reguladoras: uma nova categoria de direito administrativo. p. 132/133.

relações firmadas entre o poder público municipal/distrital e os seus cidadãos/contribuintes, dessa forma exorbitou de seu poder, contrariando, assim, o disposto no inciso V do art. 49 da Constituição Federal.

Ainda a título de ilustração, cita-se o art. 4º da Resolução Normativa n.º 207, de 09/01/2006, da ANNEEL, que dispõe que:

Os custos referentes à instalação dos equipamentos necessários para a medição e controle da energia serão de responsabilidade do consumidor interessado, de acordo com as especificações e orientações da concessionária ou permissionária, cabendo a essas a fiscalização do uso da energia.<sup>102</sup>

Nesse mister, mostra-se exorbitante do poder normativo atribuído a essa agência uma vez que o disposto no artigo 4º supracitado, não possui embasamento legal, pois o Decreto n.º 41.019, de 26/02/1957, que regulamenta os serviços de energia elétrica, e serviu de base legal para que a ANEEL dispusesse sobre as tarifas de energia elétrica, não tem força legislativa para fazer as vezes de uma lei no sentido formal, eis que não observou materialmente o processo legislativo previsto na Constituição Federal.

Para melhor compreensão do tema, torna-se necessário recordar que há diferença entre regular e regulamentar.

Conforme definido pelos principais dicionários nacionais, regular significa encaminhar segundo as regras legais, conforme às regras, às leis, enquanto que regulamentar seria relativo a regulamento, que diz respeito ao regulamento, disposição regulamentar.<sup>103</sup>

Apesar das duas expressões corriqueiramente serem usadas como sinônimas, juridicamente elas são bem distintas. A regulação se aproxima à técnica e à economia, enquanto a regulamentação está mais para conceito predominantemente político.<sup>104</sup>

<sup>102</sup> NORMATIVA, Resolução, nº 207 da ANNEEL. Disponível em:

<http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2006207.pdf>. Acesso em 09/02/2012.

<sup>103</sup> AURÉLIO, Dicionário do. Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2011

<sup>104</sup> MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. *O Poder Normativo das agências reguladoras*. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 14 de dezembro de 2011.

A Constituição Federal, no artigo 84, inciso IV, dispõe que compete privativamente ao Presidente da República expedir decretos e regulamentos para fiel execução da lei.<sup>105</sup>

Como já relatado, os regulamentos são normas expedidas privativamente pelo Chefe do Poder Executivo e tem como objetivo primordial viabilizar a execução das leis, ou seja, colocando em prática o disposto legal, afastando todos empecilhos que porventura apareçam. As limitações constitucionais postas ao exercício do poder regulamentar são consequência direta do princípio da separação dos poderes, uma vez que com exceção já mencionada anteriormente, que possuem hipótese e pressupostos específicos, aquele não poderá editar normas gerais que venham a criar direitos e obrigações por ser de atribuição do Poder Legislativo.<sup>106</sup>

Já regulação, diz respeito a todo tipo de intervenção que o Estado faz na atividade econômica pública e privada, ora para controlar e orientar o mercado, ora para proteger o interesse público.

Para melhor compreendermos regulação, destaca-se o ensino de Di Pietro, quando apresenta dois conceitos, um econômico e outro jurídico de regulação.

Afirma a autora que regulação econômica seria o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade do Estado no âmbito privado, e que teria como finalidade manter em equilíbrio o funcionamento do mercado. E que regulação, do ponto de vista jurídico, seria o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com o objetivo de proteção do interesse público.<sup>107</sup>

No tocante às agências reguladoras, a doutrina majoritária atualmente se inclina em afirmar que o seu poder normativo deve estar “limitado à elaboração de regramentos de caráter estritamente técnico e

<sup>105</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituição/ConstituiçãoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/ConstituiçãoCompilado.htm). Acesso em: 16 de dezembro de 2011.

<sup>106</sup> MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. p. 1267.

<sup>107</sup> DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *apud* Francisval Mendes. *Regulação ou regulamentação*. Disponível em: [www.rdnews.com.br/blog/post/diretor-distingue-atribuicoes-para-regular-e-regulamentar](http://www.rdnews.com.br/blog/post/diretor-distingue-atribuicoes-para-regular-e-regulamentar). Acesso em: 20 de dezembro de 2011.

econômico, restritos ao seu campo de atuação, sem invasão das matérias reservadas à lei, sob pena de violação ao princípio da legalidade”<sup>108</sup> e, por óbvio, ao princípio da separação dos poderes.

Nesse mesmo sentido, ensina Araujo:

Assim, suas normatizações deverão ser operacionais apenas, regras que, às vezes aparentemente autônomas, prendem-se a disposições legais efetivamente existentes. É o caso, por exemplo, das regras estabelecidas para licitações nos Editais (que não podem contrariar normas da lei n. 8666/93), das condições exigíveis para concessões/permisões de serviço público e os aspectos que costumam ser englobados na chamada *autonomia técnica* da Agência reguladora ou discricionariedade técnica, para definir as regras e os parâmetros técnicos referentes a essas atividades.<sup>109</sup>

Mesmo com a competência de editar normas técnicas de cunho operacional, devem seguir as determinações já exaradas por lei anterior, não podendo contrariá-las e nem muito menos inovar no ordenamento jurídico, no sentido legal-formal.<sup>110</sup>

Segundo Celso Antonio, o real problema das agências reguladoras é ter ciência de o que, e até onde elas poderão exercer a regulação sem invadir competência legislativa.<sup>111</sup>

É preciso ressaltar que, mesmo alguns doutrinadores que brilhantemente e incessantemente incentivam uma amplitude para a função regulatória das agências reguladoras, a função normativa dessas entidades deve ser essencialmente operacional no que tange ao processo de regulação e ainda que devam ser observados os parâmetros legais estabelecidos.<sup>112</sup>

Seguindo essa linha, ensina Celso Antonio, que:

<sup>108</sup> MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. *O Poder Normativo das agências reguladoras*. Disponível em: <www.lfg.com.br>. Acesso em 10 de dezembro de 2011.

<sup>109</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. A Aparente Autonomia das Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. p. 55/56

<sup>110</sup> *Id. ibid.* p. 56.

<sup>111</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. p. 172.

<sup>112</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela; DUTRA, Pedro. *apud* ARAÚJO, Edmir Netto de. A Aparente Autonomia das Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. p. 56.

De toda sorte, ditas providências, em quaisquer hipóteses, sobre deverem estar amparadas em fundamento legal, jamais poderão contrair o que esteja estabelecido em alguma lei ou por qualquer maneira distorcer-lhe o sentido, maiormente para agravar a posição jurídica dos destinatários da regra ou de terceiros; assim como não poderão também ferir princípios jurídicos acolhidos em nosso sistema, sendo aceitáveis apenas quando indispensáveis, na extensão e intensidade requeridas para o atendimento do bem jurídico que legitimamente possam curar e obsequiosas à razoabilidade.<sup>113</sup>

Muitas das discussões que envolvem as agências reguladoras advêm da influência norte-americana, uma vez que como já relatado anteriormente, o Brasil adotou aquele modelo de regulação, porém não houve como transplantar todas as características do modelo norte-americano em função do ordenamento jurídico brasileiro e da própria Constituição Federal. Ressalta-se que, naquele país (Estados Unidos da América), tais agências possuem considerável liberdade legiferante.<sup>114</sup>

Diferentemente dos EUA, o direito brasileiro está submetido a uma Constituição normativa, rígida e analítica, que para ser alterada necessita de quorum especial e tem sua gênese na tradição romano-gêrmanica.<sup>115</sup>

Segundo Faria, a transposição do modelo norte-americano de regulação econômica esbarrou em vários problemas, dentre os quais destaca o de caráter jurídico, quando expõe a barreira entre a tradição anglo-saxônica, que permitiu que juridicamente fossem viáveis as agências reguladoras e a tradição romano-gêrmanica, caracterizada pela normatividade e hierarquização do direito.<sup>116</sup>

Argumenta Coelho em suas lições que:

<sup>113</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Op. cit.* p. 173.

<sup>114</sup> MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. *O Poder Normativo das agências reguladoras*. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. 09 de março de 2009. Acesso em 21 de dezembro de 2011.

<sup>115</sup> NAVES, Rubens. *Agências Reguladoras: origens e perspectivas*. In: FIGUEIREDO, Marcelo (Org.). *Direito e Regulação no Brasil e nos EUA*. p. 125.

<sup>116</sup> FARIA, José Eduardo. *apud*, NAVES, Rubens. *Agências Reguladoras: origens e perspectivas*. In: FIGUEIREDO, Marcelo (Org.). *Direito e Regulação no Brasil e nos EUA*. p. 125.

As agências reguladoras têm inspiração no direito americano, no qual se identificam como qualquer autoridade pública. Lá, têm competência para editar normas jurídicas, como também atos administrativos, se o Estado, por meio do Poder Legislativo, lhes der essa competência.<sup>117</sup>

Seguindo a mesma linha, alguns doutrinadores advertem o perigo dessa estrutura ser copiada pelas agências reguladoras no Brasil. Teme Celso Antonio, que abusos venham a ser perpetrados e, assim adverte:

Desgraçadamente, pode-se prever que ditas "agências" certamente exorbitarão de seus poderes. Fundadas na titulação que lhes foi atribuída, irão supor-se - e assim o farão, naturalmente, todos os desavisados - investidas dos mesmos poderes que as "agências" norte-americanas possuem, o que seria descabido em face do Direito brasileiro, cuja estrutura e índole são radicalmente diversas do Direito norte-americano.<sup>118</sup>

Marcelo Figueiredo, citado por Mello, afirma que:

No direito Constitucional brasileiro, ao contrário do norte-americano, pelo que vimos, não haveria como criar 'entidades intermediárias' com poderes legislativos ausentes espaço, assento ou previsão constitucional.<sup>119</sup>

Nesse sentido, atualmente, prevalece que, precipuamente, cabe ao Poder Legislativo a criação normativa. Ao Poder Executivo incumbe precipuamente a execução das leis e normas, seja por regulamento, seja por meio dos atos administrativos, sempre dentro dos limites estabelecidos pela lei. Por fim, caberá às agências reguladoras, através do poder normativo, especificar os regulamentos em seus aspectos técnicos e econômicos, realizando assim sua função de regular.<sup>120</sup>

---

<sup>117</sup> COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *apud* MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. *O Poder Normativo das agências reguladoras*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 09 de março de 2009. Acesso 10 de dezembro de 2011.

<sup>118</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. p. 173.

<sup>119</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. *apud* MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. p. 173.

<sup>120</sup> MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. *O Poder Normativo das agências reguladoras*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 09 de março de 2009. Acesso em 19 de novembro de 2011.

## CONCLUSÃO

Após ser explanado a respeito do princípio da separação dos poderes, conclui-se que os poderes do Estado são independentes e harmônicos entre si e que não cabe a delegação de suas competências precípuas uns aos outros, exceto nos casos previstos na própria Constituição Federal.

Foi traçada uma diferenciação entre poder normativo e poder regulamentar e concomitantemente entre lei e regulamento, chegando a conclusão de que se tratam de institutos que, apesar de distintos, precisam e devem conviver entre si de forma equilibrada e sem confusão de significados, pois restou claro que o poder regulamentar, por meio dos regulamentos, apenas complementa a lei, e não pode alterá-la, não pode modificá-la. Enfim, seu objetivo é a fiel execução da lei.

Na sequência, foi apresentado o perfil do Estado e as profundas transformações pelas quais passou. Tais transformações modificaram as bases sobre as quais se dava a atuação do Estado na economia em sentido amplo, tanto com relação a prestação de serviço público como com relação à exploração de atividade econômica em sentido estrito.

A ausência e a deficiência gradativa do Estado na prestação do serviço público fizeram com que se limitasse sua responsabilidade ao campo da fiscalização e regulação desses serviços, pois agora, a prestação e execução dos serviços públicos, podem ser delegados à iniciativa privada, porém a titularidade continua com o Estado, ou seja, ainda é pública.

Diante desse quadro foi apontada a origem, conceito e características das agências reguladoras.

Foi destacado que a origem dessas entidades remonta ao ano de 1834 na Inglaterra e que o modelo brasileiro teve como paradigma as agências norte-americanas.

No Direito Brasileiro, as agências reguladoras são autarquias de regime especial, dotadas de autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira, que desempenham funções fiscalizatórias, regulatórias, zelam pelo cumprimento dos contratos de concessão,

fomentam a competitividade, induzem a universalização dos serviços, definem políticas tarifárias e resolvem conflitos de interesses entre o poder concedente, os concessionários e os usuários.

Na última parte desse trabalho, adentrou-se na legitimidade do poder normativo das agências reguladoras, chegando a conclusão que apesar de na prática exercerem função regulamentadora e até de editarem normas de caráter geral e abstrato que inovam no ordenamento jurídico, as agências reguladoras deveriam ater-se à função essencialmente operacional, especificando os regulamentos em seus aspectos técnicos e econômicos, e assim ser observado os princípios constitucionais da separação dos poderes e da legalidade.

Por fim, o tema proposto é bastante controvertido na doutrina brasileira, com autores exponenciais que defendem vários pontos de vista a respeito do poder normativo das agências reguladoras, e apesar das limitações do presente trabalho, o autor não ousou esgotar o tema, porém espera ter contribuído para o debate acadêmico.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, Edmir Netto de. A Aparente Autonomia das Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de. *Agências Reguladoras (Org.)*. São Paulo: Atlas S.A, 2002. p. 41-50
- AURÉLIO, Dicionário do. Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com>> Acesso em: 10 de dezembro de 2011
- BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos Sobre As Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas S.A, 2002, p. 116-117.
- BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo (Os Conceitos fundamentais e a construção do novo modelo)*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luis Roberto. *Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; LANDAU, Elena (Coord.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. *Direito Constitucional*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BONFIM, Edilson Mougnot (Coord.). *Direito constitucional*. Coleção curso e concurso. São Paulo: Saraiva, 2005. 2.v.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituição/ConstituiçãoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/ConstituiçãoCompilado.htm)>. Acesso em: 20 de outubro de 2011.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, 16. ed., São Paulo: Lumem Júris, 2006.
- \_\_\_\_\_. Agências Reguladoras e Poder Normativo. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, Fevereiro 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-JOSE%20CARVALHO.PDF>>. Acesso em: 20 de novembro de 2011.
- DALLARI, D. de A. *Elementos de teoria geral do estado*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DI PIETRO, Maria Silva Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- GALVÃO, Gabriel de Mello. *Fundamentos e limites da atribuição de poder normativo às autarquias autônomas federais (agências reguladoras)*. 1. ed. São Paulo: Renovar, 2006.

GODÓI JUNIOR, José Vicente. *Agências reguladoras: características, atividades e força normativa*. 111. f. 2008. Dissertação (Mestrado). Universidade de Marília. Marília. Disponível em: <[HTTP://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/BE318D57B1169ABAE138DF08592C84E2.pdf](http://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/BE318D57B1169ABAE138DF08592C84E2.pdf)>. Acesso em: 06 de dezembro de 2011.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *As agências reguladoras*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 29 de dezembro de 2011.

GUERRA, Sergio. *Função normativa das agências reguladoras: uma nova categoria de direito administrativo*. *Revista direito GV*. São Paulo: 2011

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional Esquematizado*. 10 ed. São Paulo: método, 2006.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MENDES, Francisval. *Regulação ou regulamentação*. Disponível em <<http://www.rdnews.com.br/blog/post/diretor-distingue-atribuicoes-para-regular-e-regulamentar>>. Acesso em: 20 de dezembro de 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Barão de. *O espírito das leis* (título original [fr.]: *L'esprit des lois*, 1747). Tradução de Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Agências Reguladoras*. In: MORAES, Alexandre de. *Agências Reguladoras (Org.)*. São Paulo: Atlas S.A, 2002, p. 13; 117.

\_\_\_\_\_. *Reforma Administrativa*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

\_\_\_\_\_. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2007.

- MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. *O Poder Normativo das agências reguladoras*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>. 09 de março de 2009>. Acesso em 14 de dezembro de 2011.
- MUSSI, Guilherme. Os limites do poder normativo das agências reguladoras brasileiras: o caso do encargo de capacidade emergencial ("seguro apagão"). *Revista Jus Navigandi*. Março 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5274/os-limites-do-poder-normativo-das-agencias-reguladoras-brasileiras/>> Acesso em: 10 de dezembro de 2011.
- NAVES, Rubens. Agências Reguladoras: origens e perspectivas. In: FIGUEIREDO, Marcelo (Org.). *Direito e Regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros editores, 2004. p. 124-130
- NORMATIVA, Resolução, nº 207 da ANNEL. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2006207.pdf>. Acesso em 09/02/2012.
- ROMAN, Flávio José. *Os regulamentos e as exigências da legalidade*. 2007. 231. f. Dissertação (Mestrado). PUCSP. São Paulo.
- ROMAN, Flávio José. A Função Regulamentar da Administração Pública e a Regulação do Sistema Financeiro Nacional. In: JANTALIA, Fabiano (coord.). *A Regulação Jurídica do Sistema Financeiro Nacional*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2009. p. 62.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2003.
- SADDI, Jairo. Regulamento e regulação. *Jornal Carta Forense*. 01 de jul 2009. Disponível em: <[www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=4363](http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=4363)>. Acesso em: 01 de dezembro de 2011.
- SIGNORETTI, Diogo Faria. O Poder Normativo das agências reguladoras. *NetSaber Artigos*. Disponível em: <[http://artigos.netsaber.com.br/resumo\\_artigo\\_4817/artigo\\_sobre\\_o\\_poder\\_normativo\\_das\\_agencias\\_reguladoras](http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_4817/artigo_sobre_o_poder_normativo_das_agencias_reguladoras)> Acesso em: 13 de novembro de 2011.
- SUNDFELD, C. A. "Introdução às agências reguladoras". In: SUNDFELD, C. A. (Coord.). *Direito Administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 17-38.