

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

ÚRSULA BEZERRA E SILVA LIRA

Doutoranda em Ciências Jurídicas-Civis. Universidade Potiguar.

E-mail: ursulabez@yahoo.com.br

Envio em: Abril de 2014

Aceite em: Agosto de 2014

Resumo

Este artigo tem como objeto de estudo a análise da compatibilidade do poder regulamentar concedido às agências reguladoras nacionais com o princípio constitucional da legalidade administrativa, propondo uma revisão de conceitos e limites da atuação estatal. Para tanto, faz um estudo sobre a atuação do Poder Executivo e suas funções no Estado Democrático de Direito, especialmente a de regulador das atividades econômicas; busca analisar o princípio da legalidade e sua relação com a tripartição de poderes; bem como analisar o fenômeno da deslegalização e a importância da função normativa concedida às agências reguladoras frente à inércia do Poder Legislativo.

Palavras-Chave: Legalidade. Poder Normativo. Agências Reguladoras.

THE PRINCIPLE OF LEGALITY AND REGULATORY POWER OF REGULATORY AGENCIES

Abstract

This article has as object of study examine the compatibility of regulatory power granted to national regulators with the constitutional principle of administrative legality proposing a revision of concepts and limits of state action. For both, a study will be done about the executive power and their functions in a democratic state, especially the regulator of economic activities. Search It will analyze the principle of legality and its relation to the tripartition of powers adapted to the new social and economic needs. Will be analysed the phenomenon of deslegalization and importance of normative function given to regulatory agencies across the inertia of Legislative Power.

Palabras Clave: Legality. Normative power. Regulatory Agencies

1 INTRODUÇÃO

Não se pode olvidar que vivemos, atualmente, em um mundo com intensa prosperidade econômica. De uma forma geral, a diferentes velocidades, os Estados vêm desenvolvendo ajustes institucionais, tributários e legais que possibilitam o crescimento dos investimentos nacionais e estrangeiros, aliando-se, a isso, uma bem-sucedida logística de circulação de bens e serviços.

Essas diversas transformações estatais determinaram transformações jurídicas, com pluralização de fontes normativas e esvaziamento dos mecanismos normativos, bem como a formação de múltiplos centros de autorregulação. Vislumbra-se uma tendência do Poder Executivo em subtrair parcelas do campo de atuação do judiciário e do legislativo, ampliando as suas funções, como regulador, planejador, empresário e, às vezes, árbitro.

Nesse novo contexto, não pode o Estado deixar de observar alguns ditames do Estado Democrático de Direito, e, com isso, gerar prejuízos sociais, sendo indispensável adaptar os antigos paradigmas às novas necessidades sociais e econômicas e aos valores apreendidos pelo Estado Democrático de Direito. Não se pode deixar que se desmoronem princípios básicos da ordem jurídica brasileira.

A atuação do Estado como agente normativo e regulador deve ocorrer por meio da criação de mecanismos para fiscalizar as atividades exercidas pelos particulares, de forma que sejam atingidos os fins perseguidos pelo Estado, sem prejuízo aos particulares individualmente considerados, observando os ditames da lei.

Segundo afirma Marçal Justen Filho (2002), não se pode admitir a atividade estatal de natureza regulatória desvinculada da realização dos valores consagrados constitucionalmente.

Desta feita, as alterações no Estado Brasileiro, de Estado do bem-estar social para Estado neoliberal, não mudam a essência de seus principais preceitos, devendo ser compatíveis com os princípios constitucionais da Administração Pública.

A Constituição brasileira, de 1988, no *caput* do seu

artigo 1º, apregoa a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, devendo, portanto, serem observados seus princípios fundamentais. Dentre eles, o da legalidade, expresso como direito fundamental no inciso II do artigo 5º e no artigo 37 *caput* da Constituição Federal.

O objetivo do presente trabalho consiste em analisar, dentre as mutações do Estado, a compatibilidade do poder regulamentar concedido às agências reguladoras com o princípio da legalidade administrativa, propondo uma revisão de conceitos e limites da atuação estatal.

Como um recurso para alcançar esse objetivo, partiremos da análise dos fundamentos do princípio da legalidade, sua observância como princípio do direito administrativo e sua análise a partir do princípio da separação dos poderes.

Posteriormente, será feita uma observação crítica das características das agências reguladoras, analisando a compatibilidade do seu poder normativo com o princípio da legalidade, observando-se as entrelinhas do citado princípio.

É de suma importância discutir a atuação do Estado regulador, através do poder normativo, de forma a observar as técnicas que possibilitem o controle judicial dessa atividade normativa.

2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E SEUS DESDOBRAMENTOS

2.1 RELEVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Segundo dispõe Hugo de Brito Machado (2004), os princípios constituem o fundamento do Direito Positivo, por isso sua violação representa violar a própria Constituição.

O princípio traduz a ideia de alicerce, de origem, de começo de um sistema, e se irradia sobre diferentes normas, inspirando-lhes. Trata-se de diretriz magna do sistema jurídico. Para Humberto Ávila (2004, p. 70),

os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com

pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Geraldo Ataliba (1998) apresenta os princípios como expressão do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição, razão pela qual não podem ser contrariados, têm que ser prestigiados até as últimas consequências.

Os princípios, ao ordenarem o texto constitucional no que diz respeito aos fins a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade no Estado Democrático de Direito, dão o contorno ou a diretriz de conformação do ordenamento jurídico regulado pela Constituição, assim como dão a unidade sistêmica da Constituição, fazendo a integração de suas diversas normas, interligando-as em conexões de sentido, pois somente perante uma estrutura normativa referenciada entre si é que será possível uma perfeita interpretação, que, necessariamente, tem de ser sistêmica.

Para além dessas funções, os princípios funcionam como identificadores do núcleo político essencial da Constituição. Pela importância de que se revestem, devem ser interpretados em íntima conexão com outros princípios, não podendo o intérprete se afastar deles, extraindo conclusões que os contrariem.

No contexto constitucional, não se pode entender corretamente uma norma constitucional sem a atenção aos princípios consagrados na Constituição, e não se pode tolerar uma lei que os fira, sendo indispensável entender a dimensão de cada um dos princípios.

Isso porque, como ressalta Geraldo Ataliba (1998), violar um princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos, sendo a mais grave forma de ilegalidade e inconstitucionalidade, representando uma traição ao povo e uma negação da democracia.

A interpretação da Constituição é dominada pela força dos princípios; portanto, para a sua correta interpretação, é indispensável entender a dimensão a ser dada a

cada princípio que a norteia.

Ademais, sendo a Constituição composta por normas formais e materialmente superiores, as quais se validam por si próprias, os princípios nela explícitos e implícitos devem ser tratados com relevo, não podendo a interpretação afastar-se dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, dentre eles o princípio da legalidade administrativa.

2.2 A LEGALIDADE COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

O princípio da legalidade foi destacado na Revolução Francesa como fundamento de garantia e do patrimônio, protegendo o indivíduo contra o absolutismo dos atos de governo, ao lado da internacionalização dos direitos fundamentais.

Trata-se de princípio que já há séculos vem sendo analisado pelos juristas, tendo sua força na capacidade de figurar como veículo da Justiça.

As Constituições brasileiras sempre tiveram, entre seus pressupostos essenciais, a noção de que a lei é a medida necessária dos deveres, direitos e obrigações, tanto nas relações privadas, como no plano de atuação pública.

A Administração pública brasileira, por determinação do princípio da legalidade administrativa, encontra-se subordinada à lei. Segundo dispõe o *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade [...]”.

Da leitura de citado artigo resta evidente que o princípio da legalidade administrativa, em suas duas concepções, seja como princípio da supremacia ou prevalência da lei, seja como princípio da reserva da lei, constitui uma das bases do regime jurídico-administrativo, atuando como limite e diretriz do Estado em prol da obtenção do interesse público e como garantia da

iniciativa privada contra o absolutismo do Estado.

O princípio da prevalência da lei ou da supremacia significa que a lei deliberada e aprovada pelo Parlamento tem superioridade e preferência relativamente a atos da administração. Obriga a administração a não praticar atos contrários à lei, bem como a adotar medidas necessárias e adequadas ao cumprimento da lei. Enquanto que, pelo princípio da reserva da lei, as restrições aos direitos, liberdades e garantias só podem ser feitas por lei ou mediante autorização desta.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2009) apresenta o princípio da legalidade como princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo, sendo um princípio específico do Estado de Direito, qualificando-o e dando-lhe a identidade própria.

Destaque-se que a legalidade na Administração não se resume à ausência de oposição à lei, mas pressupõe autorização dela, como condição de sua ação.

Acentua Hely Lopes Meirelles (2010) que a eficácia de toda a atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei.

Resta, assim, consagrada a ideia de que a Administração Pública será sempre exercida na conformidade da lei, ou seja, só poderá agir *secundum legem*, subordinando-se ao que Carlos Ari Sundfeld (2003) chama de bloco de legalidade.

Para tanto, não basta à existência de autorização legal, deve a Administração atentar à moralidade administrativa, à boa-fé, à igualdade, à boa administração, à razoabilidade, à proporcionalidade, enfim, aos princípios que adensam o conteúdo das imposições legais.

Destaca Caio Tácito (1997) que, para atuar em consonância com o princípio da legalidade, a ação administrativa discricionária deve pautar-se pelo requisito essencial da finalidade como condicionante da competência da autoridade pública.

Como se sabe, o ato administrativo deve estar vinculado a um fim público específico, ainda que a norma de competência a ele não se refira explicitamente.

A finalidade apresenta-se, assim, como um freio ao transbordamento da competência legal, através do des-

vio do poder. Podemos citar a esse respeito o posicionamento de José Eduardo Faria (1985), segundo o qual, deve-se ter atenção às boas intenções dos governantes e aos nobres fins destacados nos fundamentos do ato administrativo, sob pena de ver-se encerrado, em pleno Estado Democrático de Direito, um grande retrocesso autoritário.

O conceito de legalidade pressupõe como limite à discricionariedade, que os motivos determinantes sejam razoáveis e o objeto do ato seja proporcional à finalidade declarada ou implícita na regra de competência (cf. TÁCITO, 1997).

Isso porque sempre foi imposto ao legislador conceder certo grau de liberdade para a Administração determinar o conteúdo de seus preceitos. Ocorre que, com o passar dos anos, as leis passaram a ser mais gerais e menos determinadas, ampliando a margem de discricionariedade da Administração Pública, sendo esta seu limite de atuação.

Com o caráter da discricionariedade, o princípio da legalidade foi atenuado em sua concepção originária e, como visto, apenas ideal, ainda mais atenuado pela concessão de poderes normativos à Administração Pública, a fim de que ela própria, e não o poder legislativo, estabelecesse normas gerais e abstratas, ou seja, criasse direito positivo.

Se a discricionariedade é tratada como limite da legalidade, a razoabilidade e a proporcionalidade apresentam-se como derivações do princípio da legalidade, tendo sido reiteradamente acolhidos pelo Supremo Tribunal Federal, repelindo a ilegalidade de atos nos quais a discrepância entre o motivo e o fim evidencia a falta de congruência ou adequação, tornando excessivo e desarrazoado o objeto da manifestação do legislador ou do administrador, em detrimento de direito ou liberdade.

Ademais, trata-se de princípio que possui raiz na ideia de soberania popular da democracia, tão bem ressaltado por Geraldo Ataliba (1998), que apresenta crítica à usurpação da função legislativa por autarquias, empresas públicas e outras pessoas da administração indireta, sem nenhuma representatividade, causando inseguran-

ça aos administrados.

Na verdade, o princípio da legalidade só poderá sofrer restrições perante circunstâncias excepcionais previstas na Constituição Federal. Dessa forma, a Administração só pode fazer o que a lei determina, e o ato administrativo, em regra, só poderá dar à lei concreção, e não inaugurar originariamente, ponto posteriormente discutido.

A ligação da Administração Pública com a lei é, portanto, extensa e inafastável. Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld (2003, p 30) atesta que:

seus atos não podem contrariar, implícita ou explicitamente, a letra, o espírito ou a finalidade da lei; a administração não pode agir quando a lei não autorize expressamente, pelo que nada pode exigir ou vedar aos particulares que não esteja previamente imposto nela.

Ainda com fulcro no princípio da legalidade, especialmente quanto ao princípio da reserva da lei, as infrações administrativas e suas sanções devem ser instituídas por lei, exceto em casos pontuais, nos quais, a Administração extrai seus poderes da relação que estabelece com particulares e nas hipóteses em que a lei pressupõe a elaboração de normas inteiramente dependentes de conclusões firmadas sobre averiguação ou operacionalização técnica, que só poderiam ser efetivadas na esfera administrativa (cf. MELLO, 2009).

Mesmo destacada a importância do princípio da legalidade administrativa, Carlos Ari Sundfeld (2003) constata haver uma tendência natural de esquecimento do princípio da legalidade, e aduz que, nas hipóteses de conflito decorrente da lacuna legal, entre a proteção de determinados bens (proteção do consumidor, patrimônio cultural, meio ambiente, saúde) e a liberdade, a Constituição optou por aceitar o custo da defesa da liberdade.

Por todo o exposto, percebe-se que, em verdade, o que a Constituição de 1988 trouxe foi uma releitura do princípio da legalidade, incluindo-o ao lado de regras, de outras modalidades de normas, representativas de grandes pilstras do sistema e que procuram aproximá-lo do ideal de justiça, conforme já exposto.

Nessa perspectiva, ressalta Edilson Pereira Nobre

Júnior (2009) que a Constituição de 1988 representou um importante golpe no positivismo legalista, contribuindo para conduzir o foco dos aplicadores e estudiosos ao reconhecimento de um novo padrão de legalidade, orientado pela ideia de justiça, no qual, os princípios ocupam um papel central.

Esse novo padrão de legalidade é fruto da evolução do Estado liberal para o Estado social, gestor de inúmeras atividades econômicas, e mais recentemente regulador.

Dentro dessa nova percepção de legalidade, a ausência de monopólio da função normativa estatal por parte do legislativo não implica desatenção ao Estado de Direito, especialmente frente à morosidade desse poder, que inviabiliza, em muitos casos, o eficiente desempenho das funções estatais.

Percebe-se que, após a Constituição de 1988, o princípio da legalidade administrativa deve ser visto como molde de atuação administrativa subordinada à lei e como submissão do sistema jurídico em sua integralidade. Deve adaptar-se às novas atribuições entre os três poderes, conforme exposto no próximo ponto.

2.3 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA E A TRIPARTIÇÃO DE PODERES

Por “poder”, Eros Grau (2005) considera a expressão de uma capacitação para efetivamente realizar ou impor a realização de determinado fim, sendo o Estado uma ordem jurídica, e o poder estatal a capacitação para a realização dos fins dessa ordem.

Paralelamente à consagração do princípio da legalidade administrativa como basilar do Estado Democrático de Direito, o ordenamento pátrio consagrou o princípio da separação dos poderes, disposto no artigo 2º da Constituição Federal, que apregoa ser a União composta de poderes harmônicos e independentes entre si.

A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, representa o movimento histórico de consagração dos princípios da limitação e de separação

de poderes, idealizados por Aristóteles e consagrados, posteriormente, por Montesquieu.

Atesta Miguel Seabra Fagundes (2006) que o Estado reparte a sua atividade em três funções: legislar (editar o direito positivo), administrar (aplicar a lei de ofício) e jurisdição (aplicar a lei contenciosamente).

Essas referidas funções se completam, esgotam-se em extensão e são distribuídas entre os órgãos denominados legislativo, executivo e judiciário que exercem referidas funções de forma predominante, mas não de modo exclusivo. O próprio Montesquieu não sustentou a impenetrabilidade.

O que importa verificar é que, na construção de Montesquieu, não foi cogitada a efetiva separação de poderes, mas sim uma distinção entre eles, e que, não obstante, devem atuar em clima de equilíbrio. Montesquieu previu a proibição de uma única pessoa ou órgão exercer todas as funções referentes aos poderes legislativo, executivo e judiciário.

Alexandre Aragão (2002) destaca que não existe uma separação de poderes, mas muitas, variáveis segundo cada direito positivo e cada momento histórico. Atesta o autor que, para o referido princípio ser mantido, é indispensável interpretá-lo como divisão das atribuições do Estado entre órgãos distintos, ensejando uma salutar divisão de trabalho e um empecilho à perigosa concentração de poderes. Prossegue o autor, afirmando que

O princípio da separação dos poderes não pode levar à assertiva de que cada um dos respectivos órgãos exercerá necessariamente apenas uma das três funções tradicionalmente consideradas – legislativa, executiva e judicial (ARAGÃO, 2002, p. 286).

Nesse sentido, assevera Bilac Pinto (2002) que o fato da outorga, pelo Estado moderno, de funções normativas e jurisdicionais a outros órgãos, além dos que as monopolizaram, até o fim do século passado, constitui fenômeno universal, cujas proporções se avolumam cada vez mais.

Vladimir França (2008) aduz que, nos dias atuais, não há rigor na expressão “separação dos poderes”,

haja vista a divisão de trabalho que os ordenamentos jurídicos modernos adotam para as funções jurídicas do Estado, identificando, no povo, a legitimidade do poder do Estado.

A divisão de funções delineadas pelo direito positivo em vigor apresenta, de forma dinâmica, os três poderes. Nesse sentido, Eros Roberto Grau (2005) destaca que a separação dos poderes constitui um dos mitos mais eficazes do Estado liberal.

No que se refere ao princípio da legalidade administrativa, a análise da separação dos poderes é de suma importância, especialmente no que se refere às atribuições do poder executivo e do legislativo.

Nesse ponto, Eros Roberto Grau (2005) ressalta que as largas parcelas de capacidade normativa, que vem assumindo o poder executivo, envolvem dinamização de funções legislativas, representando uma delegação de poder e não uma derrogação do princípio da separação de poderes.

Essa delegação do poder normativo é compatível com a nova teorização que vem sendo feita do princípio da legalidade, capaz de adaptá-lo à nova distribuição de espaços de atuação entre os três poderes. A nova leitura do princípio da legalidade admite a distinção entre reserva absoluta e relativa da lei, de um lado, e, de outro, reserva formal ou material. Em consonância com o exposto, Luís Roberto Barroso (2006, p. 12-13) destaca que:

Com efeito, a crise do Legislativo e da própria lei formal e o crescimento do papel do Executivo, alimentado pela necessidade moderna de agilidade nas ações estatais e pela relação cada vez mais próxima entre ação estatal e conhecimentos técnicos especializados, acabou por exigir uma nova leitura do princípio.

Com a atribuição de poder normativo ao Executivo, surge o fundamento do poder regulamentar e não do poder discricionário da Administração, não decorrendo de delegação de função.

O aumento do poder regulamentar e a multiplicação das normas genéricas e abstratas editadas por órgãos

e entidades não integrantes do Poder Legislativo são desafios do mundo moderno, que vem reavaliando as funções do legislativo e as atribuídas ao poder executivo, sem menosprezar os princípios da separação dos poderes e da legalidade (cf. ARAGÃO, 2002).

Bilac Pinto (2002, p.124) chama atenção para a proporção das mutações nas funções dos poderes, aduzindo que:

o fato da outorga, pelo Estado moderno, de funções normativas e jurisdicionais a outros órgãos além dos que as monopolizavam, até o fim do século passado (Poder Legislativo e Poder Judiciário), constitui fenômeno universal, cujas proporções se avolumam cada vez mais.

Frente a essas mutações que vêm sendo processadas nas últimas décadas, destaca José Eduardo Faria (1985) que soberanos não são mais nem o legislativo, nem o judiciário, mas os órgãos regulamentadores e executores do executivo, ressaltando que as referidas mudanças devem ser tratadas com moderação, e que as boas intenções dos governantes e dos nobres fins podem encerrar um grande retrocesso autoritário.

3 AS AGÊNCIAS REGULADORAS E SEU PODER NORMATIVO

3.1 O ESTADO REGULADOR E A CRIAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A economia mundial passou por profundas transformações nos últimos anos, gerando, reflexamente, novas teses jurídicas, pluralizando fontes normativas e determinando a criação de múltiplos centros de autorregulação.

Essas transformações econômicas geraram, como um de seus efeitos, a adoção do modelo regulatório de Administração no Estado brasileiro, surgido com a teoria da regulação de George Stigler, em 1971, e fundada na necessidade de intervir na economia quando o descontrole da concorrência rompesse o necessário

equilíbrio, levando à ineficiência do sistema (cf. FIGUEIREDO, 2003).

A teoria da regulação é fruto da mutação do Estado do bem-estar social, após a crise econômica da década de 1970, para um Estado regulador e fomentador, intervindo na economia de forma leve. Nasceu com a decadência do Estado empresário, como bem destacado por Luís Roberto Barroso (2002). No lugar do Estado protagonista na execução dos serviços, as funções do Estado passaram a ser planejamento, regulamentação e fiscalização das empresas concessionárias.

Segundo Diogo Figueiredo (2003), a regulação é um perfeito exemplo de busca de novos referenciais democráticos na gestão dos interesses públicos. Há um aperfeiçoamento da decisão administrativa com vistas a que seja eficiente em seu desempenho e legitimada em seu resultado.

Para entender esse modelo regulatório, é indispensável analisar a extensão conceitual da palavra regulação.

Por regulação, em sentido amplo, entende-se qualquer tipo de intervenção do Estado no domínio econômico; e, em sentido estrito, entende-se o tipo de intervenção do Estado de forma não direta, mas mediante condicionamento normativo da atividade econômica privada.

O Estado regulador, afastando-se da atuação direta, precisou criar mecanismos para fiscalizar as atividades exercidas pelos particulares, de forma a que sejam atingidos os fins perseguidos pelo Estado.

Afirma Marçal Justen Filho (2002) que não se pode admitir a atividade estatal de natureza regulatória desvinculada da realização dos valores (econômicos e não-econômicos) consagrados constitucionalmente.

O Estado regulador foi introduzido no Brasil, especialmente, com a criação de algumas agências reguladoras na década de 1990, e distribuídas nos setores críticos da economia em transformação, motivadas pela privatização ou desestatização de serviços públicos e de atividades privadas em sentido estrito.

A regulação no Brasil é guiada por princípios, de-

stacados por Diogo Figueiredo (2003) como: princípio da competência regulatória (deslegalização, função normativa, função administrativa, função administrativa judicativa); princípio da independência regulatória (independência funcional, dos agentes e financeira); princípio da participação regulatória (ampla publicidade, processualidade aberta, decisão participativa).

3.2 AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O FENÔMENO DA DESLEGALIZAÇÃO

As agências reguladoras no Brasil foram criadas como autarquias especiais, entidades integrantes da administração pública indireta, vinculadas ao ministério competente para tratar da respectiva atividade. São dotadas de funções normativas, com personalidade jurídica de direito público, possuindo como traço peculiar o poder normativo, regulando suas áreas de atuação com certa margem de liberdade.

Sua incorporação, no ordenamento pátrio é, em verdade, exigência de uma descentralização administrativa em busca de dar maior efetividade e descentralização na prestação dos serviços públicos.

Caracterizam-se pela independência administrativa e financeira, mas estão vinculadas ao ordenamento vigente e ao orçamento da autarquia, e possuem amplo poder de fiscalização sobre os prestadores de serviços públicos.

Caracterizam-se, ainda, pela ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade, escolha dos instrumentos de regulação, escolha no modo de nomeação dos seus dirigentes e ausência de possibilidade de demissão *ad nutum* destes pelo chefe do poder executivo.

Nesse sentido, Alexandre de Moraes (2002) defende que a previsão de mandato certo para os dirigentes é garantia de independência e será mais completa se sua duração não coincidir com a duração do mandato presidencial. Ademais, a escolha deverá ser feita com base no critério de capacitação técnica previsto em lei, a fim de diminuir o enfoque político nas nomeações.

Destaque-se que as agências são criadas para exercerem atividades tradicionalmente realizadas pela Administração Pública direta, possuindo grande independência com relação ao poder executivo, apesar de serem integrantes da administração indireta.

Essas agências deverão, efetivamente, regular relações que mantenham com as concessionárias de serviço público de suas respectivas áreas, exercendo o poder normativo, reservado à regulamentação de leis formais para reger os serviços que são objetos dos contratos ou atos delegados.

O poder normativo das agências reguladoras vincula-se às normas legais pertinentes, sem inovar na ordem jurídica, e não é o de regulamentar leis ou situações jurídicas autônomas que criem direitos, deveres e penalidades (cf. ARAÚJO, 2002).

A transferência de poderes normativos para as agências reguladoras, o que as diferem das demais autarquias, ocorreu através da técnica da delegação, conhecida como deslegalização ou delegificação, que consiste na possibilidade de retirada de certas matérias do domínio da lei pelo próprio legislador, passando-as à regulação das agências (cf. FIGUEIREDO, 2003).

Aduz Diogo Figueiredo (2003) que a função normativa delegada às agências reguladoras é a chave para operar em setores e matérias em que devem predominar as escolhas técnicas, com fulcro em atingir o princípio da eficiência e do bem público.

O objetivo da consecução do bem público justifica, para Alexandre Aragão (2002), a necessidade de se reconhecer à Administração poderes regulamentares autônomos em face da lei, ou seja, a competência regulamentar autônoma administrativa derivaria da própria natureza das atividades que lhe são reservadas.

Em que consiste o fenômeno da deslegalização? Nas palavras de Diogo de Figueiredo (2003), refere-se à retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei, passando-as ao domínio do regulamento, devendo ser observadas as matérias de reserva absoluta da lei.

A deslegalização não consiste na transferência

de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere à outra sede normativa a regulação de determinada matéria. Trata-se de fenômeno implícito no amplo poder normativo conferido pelas leis instituidoras das agências reguladoras (cf. FIGUEIREDO, 2003).

Apesar do poder normativo que lhes foi concedido, as agências reguladoras não estão afastadas do controle judicial consagrado constitucionalmente; só não estão sujeitas ao controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, pois seus atos normativos são infralegais, em relação à lei a que se referem.

3.3 A FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E A COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Conforme exposto, as agências reguladoras possuem uma gama variada de poderes, como os normativos, os poderes de solução de conflitos, poderes investigatórios, fomentadores e de fiscalização, envolvendo, assim, atribuições que são características dos três poderes clássicos.

Questiona-se qual o limite da autonomia normativa das agências reguladoras, sob pena de haver ofensa ao princípio da legalidade, da separação dos poderes, ofendendo, assim, aos princípios do Estado Democrático de Direito.

As agências reguladoras desenvolvem normas de caráter geral e abstrato, facilmente associadas com o poder regulamentar, ou seja, competência administrativa concernente à produção de atos de mera execução da lei, a fim de facilitar a aplicação dessa vontade legislativa.

Questiona-se se as agências regulatórias estão autorizadas a produzir atos gerais e abstratos, tais como os clássicos regulamentos administrativos.

Segundo Laís Calil (2006), o artigo 84, VI da Constituição Federal, única hipótese de regulamento autônomo no Brasil, não pode servir de argumento para o poder

normativo das agências reguladoras em face da impossibilidade de transferência de competências constitucionais. Entende a autora que a implementação de um novo modelo de organização político-econômica não pode ser feito à margem da Constituição ou sobre ela avançar.

Ocorre que o poder normativo concedido às agências reguladoras não abrange o poder de regulamentar leis e, especialmente, não pode inovar na ordem jurídica ou contrariá-la, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

Para ser compatível com o princípio da legalidade, Edmir Araújo (2002) defende que as normatizações das agências reguladoras devem ser operacionais apenas, com regras não autônomas, que se predam a disposições legais existentes, mesmo quando definem regras e fixam parâmetros técnicos.

Defendendo a compatibilidade do poder normativo com o princípio da legalidade administrativa, Alexandre Aragão (2002, p. 303), citando Caio Tácito, destaca que:

não é inconstitucional, [...] a participação do Executivo na criação do direito objetivo. Regulamentar não é somente reproduzir analiticamente a lei, mas aplicá-la e completá-la segundo o seu espírito e conteúdo, sobretudo nos aspectos que a própria lei expressa ou implicitamente, outorga à esfera regulamentar.

Para Diogo Figueiredo (2003), não há qualquer inconstitucionalidade na deslegalização que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere à outra sede normativa a regulação de determinada matéria.

Se assim não fora, a lei deslegalizadora, ao atribuir função reguladora a um determinado órgão, para tanto criado ou credenciado, estar-lhe-ia abrindo uma exceção constitucional e um espaço de atuação arbitrária, se, ao deslegalizar, o eximisse de atuar vinculadamente a um pertinente e devido processo legal, a que estão inescapavelmente obrigados todos os órgãos de Estado no desempenho de quaisquer de suas funções extroversas, e, assim, capazes de alcançar pessoas.

Destaca Alexandre Aragão (2002) que alguns doutrinadores consideram a deslegalização como um fenômeno que consiste na delegação de poderes legislativos, e que tal deslocamento apenas pode ocorrer pela própria Constituição, isto é, que a sede normativa só pode ser operada pela própria Constituição.

A deslegalização está implícita no amplo poder normativo conferido pelas leis instituidoras às agências reguladoras para exercer as suas competências, regulando determinado setor da economia, principalmente em seus aspectos técnicos, observada a política fixada pela lei e pela Administração central.

As agências reguladoras poderão receber do poder legislativo, por meio de iniciativa do poder executivo, uma delegação para exercer seu poder normativo de regulação, competindo ao Congresso Nacional a fixação das finalidades, dos objetivos básicos e da estrutura das Agências, bem como a fiscalização de suas finalidades.

O que ocorre, em verdade, é uma descentralização administrativa, nos moldes do direito norte-americano. Nesse sentido, destaca Alexandre de Moraes (2002) que o Congresso Nacional permanecerá com a centralização governamental, pois decidirá, politicamente, sobre a delegação administrativa.

A observância ao princípio da legalidade, frente ao poder normativo das agências reguladoras, também pode ser observada ao se analisar a atividade administrativa como uma atividade infralegal, que se encontra especialmente subordinada à lei.

Assim, a transferência de poderes decisórios e regulatórios para as agências reguladoras deverá ser feita por lei, e estar relacionada à promoção da eficiência. A lei deverá fixar os parâmetros de atuação das agências, conferindo as suas atribuições administrativas, não podendo as agências reguladoras inovar primariamente a ordem jurídica.

Reconhecida a legalidade da concessão do poder normativo por parte das agências reguladoras, deve-se, ainda, ressaltar que o poder legislativo continuará como fiscalizador desses atos normativos, ao reconhecer que eles poderão ser sustados quando exorbitarem do poder

regulamentar ou dos limites da delegação legislativa, aplicando-se, analogicamente, o mesmo mecanismo de controle utilizado para as leis delegadas.

Caio Tácito (apud MORAES, 2002) aduz que regulamentar não é só reproduzir analiticamente a lei, mas ampliá-la e complementá-la, segundo o seu espírito e conteúdo, sobretudo nos aspectos que a própria lei, explícita ou implicitamente, outorga à esfera regulamentar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho procurou demonstrar a extensão do poder normativo concedido às agências reguladoras na qualidade de autarquias especiais, e a compatibilidade destas com o princípio da legalidade administrativa.

Não restam dúvidas que o direito regulatório, expressão do poder normativo das agências reguladoras e fruto da descentralização normativa do Estado contemporâneo, reúne características que o afastam, em muito, dos clássicos paradigmas liberais por meio dos quais foi construída a moderna noção do princípio da legalidade.

A necessidade de descentralização normativa, especialmente de natureza técnica, é a razão de ser das agências reguladoras.

O advento do Estado regulador faz do Poder Executivo um “superpoder”, frente aos poderes ou funções assumidos ao subtrair parcelas no campo de atuação do judiciário e do legislativo, sem que essa intervenção represente ofensa à separação dos poderes.

Para analisar o poder normativo concedido às agências reguladoras, é indispensável adaptar os antigos paradigmas às novas necessidades sociais e econômicas, e aos valores apregoados pelo Estado Democrático de Direito.

Não está se defendendo a negativa a preceitos e princípios constitucionalmente defendidos, mas, sim, à compatibilidade do novo modelo regulatório com os citados princípios, através de uma nova leitura.

Novos padrões de legalidade foram criados como fruto da evolução do Estado Liberal ao Estado Regulador, estando apregoados na Constituição brasileira de 1988, e orientados pela ideia de justiça.

Dentro dessa nova percepção de legalidade, percebeu-se que a ausência de monopólio da função normativa estatal por parte do legislativo não implica desatenção ao Estado de Direito, especialmente frente à morosidade desse poder, muitas vezes fonte de lesão a direitos, representando uma dinamização das funções legislativas, uma delegação de poder plenamente compatível com o princípio da separação dos poderes.

Conclui-se, ainda, que a função normativa delegada às agências reguladoras tem como uma de suas finalidades atingir o princípio da eficiência e do bem público, máxima do direito administrativo brasileiro.

Por fim, foi observado que as agências reguladoras, frutos de um processo de deslegalização, têm seu poder normativo como resultado de uma política legislativa pela qual transfere à outra sede normativa a regulação de determinada matéria. Assim, a transferência de poderes decisórios e regulatórios para as agências reguladoras deverá ser feita por leis que fixam os parâmetros para sua atuação.

O que garante a legitimidade do comando normativo das agências reguladoras não é a retórica da legalidade formal, mas a materialidade desse mesmo comando normativo.

Pretender que a lei, como tal formalmente considerada, seja tomada como a única fonte primária legítima de direitos e obrigações implica em desprestigiar o próprio texto constitucional, que tem como um de seus objetivos a consolidação de uma ordem econômica e social, legítima por seus próprios fundamentos e finalidades.

Em verdade, o poder normativo concedido às agências reguladoras fortalece o Estado de Direito, por direcionar o foco de atuação do Estado, suprimindo parte da inércia do legislativo, concedendo caráter técnico às disposições, atenuando a concentração de poderes da Administração Pública central, garantindo a segurança jurídica, a proteção à coletividade e aos indivíduos empreendedores das atividades reguladas, sempre fiscalizadas pelo Poder Judiciário e sempre condicionadas à intervenção do Poder Legislativo.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Legalidade e regulamentos no direito contemporâneo. Uma análise doutrinária e jurisprudencial. **Revista de Direito administrativo internacional**. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, n. 41, p. 284-309, out./nov. 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ARAÚJO, Edmir Netto. A aparente autonomia das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed. São Paulo: Melhoramentos, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. "Poder" regulamentar ante o princípio da legalidade. **Revista Trimestral do Direito Público**. São Paulo, Malheiros, n. 4, 1993.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Princípios gerais do direito administrativo**. 2 ed. São Paulo: Forense, 1979, v. 1.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicabilidade da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Aportamentos sobre as agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Regime Jurídico da Petrobrás, delegação legislativa e poder regulamentar: validade constitucional do procedimento licitatório simplificado instituído pelo decreto n. 2745/98**. Parecer acostado a Apelação Cível n. 34.495/2005 do Rio de Janeiro, 2006.

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O Direito Constitucional Internacional e a proteção aos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008.

BRUNA, Sérgio Varella. **Agências Reguladoras**. Poder normativo, consulta pública e revisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CALIL, Laís. O princípio normativo das agências reguladoras em face dos princípios da legalidade e da separação dos poderes. In: BINENBOJIM, Gustavo (Org.) **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FARIA, José Eduardo. Legalidade e legitimidade. O executivo como legislador. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília ano 22, n.86, p. 93-104, Abr./Jun. 1985.

FIGUEIREDO, Marcelo. **As Agências Reguladoras: O Estado Democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa**. Coleção Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Melhoramentos, 2005.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Limites Constitucionais do decreto regulamentar na criação e extinção de órgãos e cargos públicos no âmbito do Estado do Rio Grande do Norte. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília ano 45, n.180, p. 17-30, Out./Dez. 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **O Direito posto e direito pressuposto**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

MACHADO, Hugo de Brito. **Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988**. 5ª ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Democracia e legalidade da tributação na Constituição Federal de 1988. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília ano 34, n.133, janeiro-março 1997, p. 197-206.

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

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

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. Barueri: Monole, 2003.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração pública, legalidade e pós-positivismo. In: BRANDÃO, Cláudio; CAV-ALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Coord.). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 203-220.

PINTO, Bilac. **Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**. O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 23 ed. São Paulo: Atlas Jurídico, 2010.

_____. **Parcerias na Administração Pública**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003.

TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público** (Estudos e pareceres). Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 1º Vol

