

LEGALIDADE DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS¹

Gisele Cristina Dinali²

RESUMO

O presente artigo apresenta conceitos das autarquias especiais, em específico às agências reguladoras, elencando sua importância para o Estado e sua natureza jurídica do poder normativo atribuído às Agências Reguladoras. É demonstrado seu surgimento como ocorreu diante da incapacidade do Estado Brasileiro em prover a prestação dos serviços públicos, transferindo a responsabilidade ao setor privado. O objetivo deste é analisar se as agências reguladoras respeitam o princípio da separação de poderes e a legalidade e apontar as funções que as agências desempenham, discorrendo sobre a grande discussão a referente à competência normativa entre a doutrina.

Palavras-chave: Agências Reguladoras, Autarquias Especiais, Competência Normativa.

Introdução

Este instituto das agências regulamentadoras é recente no Estado brasileiro, ele apresenta o nascimento das Agências Reguladoras no Brasil, que vem motivado com vários debates a respeito da regulação e principalmente ao que se refere ao poder normativo dessas. Para alguns doutrinadores o referido poder ofende o princípio da separação dos poderes e legalidade tendo em vista que o poder normativo constitui função típica do poder legislativo.

¹Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Disciplina de Seminário de Monografia no curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN.

²Acadêmica do curso de Direito do IPTAN.
Email: giseledinali@hotmail.com

Inicialmente é apresentado o surgimento das agências reguladoras no Brasil, menciona qual o objetivo do Estado ao criar um grupo especial de autarquias. Conforme salienta a professora Di Pietro as atividades econômicas (industriais, comerciais ou financeiras) devem ser regidas pelo princípio da subsidiariedade. O Estado só deve operá-las em caráter complementar, quando ocasionar um déficit vinculado à iniciativa privada. Neste sentido, surgiram para reduzir a ação estatal no domínio econômico, ressaltando-se a atribuição reguladora do Estado em liame ao exercício realizado pelos particulares, que nascem as Agências Reguladoras. (DI PIETRO, 1999, p.40).

Discute-se neste artigo o Instituto das agências reguladoras pertencentes à Administração Indireta, em especial as federais, são autarquias especiais com poder de regular, controlar e fiscalizar atividades referentes à sua área de atuação. Deste ponto surgem entendimentos contrários indagando sobre sua competência para editar normas sendo que não pertencem ao poder legislativo ferindo assim o princípio da separação dos poderes.

A mesma autora esclarece sobre a atuação das agências: “A doutrina brasileira peca pela pluralidade de opiniões doutrinárias. Não existe qualquer uniformidade quanto à fundamentação.” (DI PIETRO, 2009, p.41).

Também expressa seu pensamento referente ao fato que existem sérias incertezas quanto aos limites da função reguladora das agências, no que diz respeito ao estabelecimento de regras. E essa dificuldade surge do fato de que essa função vem sendo atribuída a órgãos e entidades que não têm função regulamentar outorgada pela Constituição. (Di Pietro, 2009, p.42).

A finalidade é abordar o tema agências reguladoras sem o objetivo de aprofundar em cada agência, nem todas as correntes doutrinárias, mas analisar de forma geral sua legitimidade para legislar. Também no decorrer do artigo é mencionada a função realizada pelo TCU (Tribunal de Contas da União) na fiscalização das agências reguladoras.

Neste trabalho são utilizadas fontes primárias e secundárias, a primeira correspondente à bibliografia conforme se apresentam e são disseminados exatamente na forma com que são produzidos por seus autores. Como exemplo da Legislação empregada em sua forma original e citações de autores. A segunda fonte são interpretações e avaliações de fontes primárias exemplo: livros, manuais e artigos científicos.

Portanto são apresentados divergentes pontos de doutrinadores renomados, referindo-se a questão do poder normativo das agências reguladoras, afrontando-os com princípio da separação dos poderes e concluindo pela sua compatibilidade ou não face ao princípio discutido. Ao final visando-se, alcançar um posicionamento claro para melhor esclarecimento do tema.

1 Contexto Histórico

O Estado brasileiro passava por modificações em vários setores. A globalização avançava e o país precisava adequar-se a este novo contexto político econômico e social do mundo moderno, sua estrutura foi modificada de forma veloz, como exemplo: o processo de globalização, desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação, o enfraquecimento do setor primário de produção e a valorização dos setores que dominavam a tecnologia. (BARROSO, 2010, p. 198)

Todas essas mudanças fizeram com que o Estado mudasse sua linha de atuação, neste meio que revoluciona o movimento de intervencionismo direto para a descentralização administrativa, visando celeridade e eficiência tanto exigida pela sociedade. Barroso cita que o Estado é corrupto, cego às necessidades da população, ineficiente e incessante de desigualdade, senão vejamos:

O modelo dos últimos vinte e cinco anos se exaurira. O Estado brasileiro chegou ao fim do século XX grande, ineficiente, com bolsões endêmicos de corrupção e sem conseguir vencer a luta contra a pobreza. Um Estado da direita, do atraso social, da concentração de renda. Um Estado que tomava dinheiro emprestado no exterior para emprestar internamente, a juros baixos, para a burguesia industrial e financeira brasileira. Esse Estado, portanto, que a classe dominante brasileira agora abandona e do qual quer se livrar foi aquele que a serviu durante toda a sua existência. Parece, então, equivocada a suposição de que a defesa desse Estado perverso, injusto e que não conseguiu elevar o patamar social no Brasil seja uma opção avançada, progressiva, e que o alinhamento com o discurso por sua desconstrução seja a postura reacionária. (BARROSO, 2010, p.199)

Nesta época surgiram as chamadas agências reguladoras com o objetivo de diminuir a atuação direta do Estado na esfera econômica, também de abrir certos setores à iniciativa privada e ao capital estrangeiro.

Criadas pela União algumas destas agências: Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional de Petróleo (ANP), Agência Nacional de Transporte Terrestre (ANTT), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e a Agência Nacional de Águas (ANA). Em cada ordenamento setorial, organizam o meio de inserção e atuação dos agentes regulados. Suas criações foram com intuito de proporcionar maior dinamismo da atuação do Estado na economia. (CARVALHO FILHO, 2006, p.198).

Sua origem veio do regime norte-americano, que há muito atenta as figuras das *independent agencies* e *independent regulatory agencies*, destinadas à regulação econômica ou social. Outros países, como Inglaterra, Espanha e Argentina, também adotaram este sistema na criação dessas entidades. (CARVALHO FILHO, 2006, p.199).

No modelo americano foi instituído autoridades reguladoras independentes com total liberdade e autonomia na sua gestão, controlada por órgão judicial e limitada por lei, já no Brasil não existe esta segurança jurídica pelo fato das agências terem plena autonomia e livre de ingerências políticas. Nestas circunstâncias com o nascimento de métodos para redução da atuação do Estado no controle econômico surgem as Agências Reguladoras.

1.1 Natureza Jurídica Das Agências Reguladoras

As agências reguladoras possuem natureza de autarquias em regime especial, o Decreto-Lei nº 200, de 25/02/1967, determina que a Administração Indireta é integrado pelas autarquias, sociedade de economia mista, empresas públicas e fundações públicas.

No que se refere as autarquias, foco principal deste trabalho, prescreve o Decreto-Lei nº200/67:

Serviço autônomo, criado por Lei, com personalidade jurídica, patrimônio próprio e receita própria, para executar atividades típicas da Administração pública, que requeiram, para seu

melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada. (BRASIL, 1967, s.p.).

Desta forma que as Autarquias atuam possuindo uma natureza administrativa e personalidade jurídica de Direito Público, realizando uma atividade estatal e em nome próprio. São editadas pela lei específica:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação (BRASIL. Constituição, 1988, s.p.).

Como já mencionado as Agências Reguladoras surgiram através do procedimento de modernização do Estado, uma das medidas proclamadas pelo governo foi criar uma autarquia com um grupo especial na qual nominou de “agências”. Com objetivo institucional nas palavras de Carvalho Filho (2006, p.408):

Consiste na função de controle de pessoas privadas incumbidas da prestação de serviços públicos, em regra sob a forma de concessão ou permissão, e também na de intervenção estatal no domínio econômico, quando necessário para evitar abusos nesse campo, perpetrados por pessoas da iniciativa privada.

Uma forte crise econômica e poucos meios satisfatórios para todos os investimentos foram necessários modificações no encargo do Estado em diversos setores com isso o nascimento das agências foram no intuito de fiscalizar a prestação de serviços públicos, praticados pela iniciativa privada. De controlar a qualidade dos serviços prestados e estabelecer regras para esses setores. Di Pietro (2014, p.402) menciona a razão da criação como autarquias de regime especial pelo fato que elas:

Sendo autarquias, sujeitam-se as normas constitucionais que disciplinam esse tipo de entidade; o regime especial vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em

regra, à maior autonomia em relação à Administração Direta; à estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo, que eles somente podem perder nas hipóteses expressamente previstas afastadas a possibilidade de exoneração *ad nutum*, ao caráter final de suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública. (DI PIETRO, 2014, p.402)

Observa-se que essas instituições são pessoas jurídicas de direito público, gênero nominada como autarquia, pela qual lhes são conferidas o poder de regular, fiscalizar, e tomada de decisões no setor da atuação econômica e social de relevante interesse público. Elas são criadas somente por lei e extinta pelo mesmo meio, são pertencente de um enorme poder de legítima discricionariedade no seu meio onde atuam.

2 Poder Normativo Das Agências Reguladoras

O poder normativo é extremamente criticado entre a doutrina, visando os privilégios que esses entes gozam para efetivação de seu serviço, com neutralidade política, voltada para eficiências das regulações preservando assim as funções do Poder Legislativo, na qual recebeu poderes para desenvolver tal função. Privilégios que travaram uma acalorada discussão sobre ofender os princípios da legalidade e separação dos poderes.

Criadas para exercer atividade de controle nos mercados, dotadas de elevado grau de independência política e administrativa, e detentoras de enorme autonomia na objetivação de fins que visam o interesse do consumidor.

Ainda, no que se refere à criação das agências, Tafuri (2014, p.402), discorre:

As agências foram criadas com intuito de controlar a atividade dos respectivos mercados que estão sob sua guarda, sendo, essencial que tais entes sejam dotados de um elevado grau de independência política e administrativa, pois sua função requer uma posição de extrema imparcialidade frente aos interesses dos particulares, e, também, livre de pressões políticas inerentes da combinação dos interesses de grandes empresas aos daqueles que legislam.

As agências reguladoras introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro através do direito norte-americano denominadas “autarquia especial”, com personalidade jurídica de direito público. Existem propostas legislativas a

respeito dessas, mas até hoje não foi editada no Brasil uma "lei geral das agências reguladoras". Alexandrino (2016, p.185) menciona que, “em face de todas essas dificuldades, pensamos não ser possível, atualmente, estabelecer uma definição jurídica uniforme de agências reguladoras”.

Dotadas de prerrogativas próprias e caracterizadas por sua autonomia em relação ao poder público. Meirelles refere-se à autarquia de regime especial (MEIRELLES, 1993, p.315):

Aquela a que a lei instituidora conferir privilégios específicos e aumentar sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de personalidade pública.

Elas aplicam sanções, exercem funções normativas, regulam algumas atividades econômicas, são despidas de caráter econômico, regulam alguns determinados tipos de serviços públicos com isso possuem poder para intervir nesses serviços, em alguns casos elas exercem a função normativa uma atividade que é inteiramente discutida no meio doutrinário com divergentes posicionamentos.

As autarquias pertencem a Administração indireta elas têm um controle mais rígido, são sujeitas aos controles do legislativo e judiciário, porém as agências reguladoras sofrem mesmo controle de forma diminuída ao que se refere às autarquias. Observa-se que estas possuem maior autonomia do que a Administração indireta possuindo algumas prerrogativas especiais, esse aumento na autonomia surge pelo fato das prerrogativas das autarquias em regime especial. (DI PIETRO, 2009, p.189).

Neste contexto de descentralização administrativa, para melhor desempenhar função estatal, que nasce os entes reguladores. Esta regulação feita através de normas, cujo alcance e sua extensão contrapõem-se as situações de lacunas legislativas. Surgindo entre os juristas de que este poder normativo implicaria na violação ao princípio da separação dos poderes, pois deriva de uma delegação legislativa, como também ofenderia o princípio da legalidade, por inovar no ordenamento jurídico. Como podem exercer uma função própria de poderes que são independentes? É o que se intenciona analisar nos próximos tópicos deste estudo.

2.1 Controle Externo Exercido Pelo Tribunal De Contas Da União

O controle interno é exercido por órgãos que integram a própria Administração, já o controle externo é realizado por representantes incomum da sua estrutura. Entre as várias espécies de controle externo dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal tem o exercido pelo Poder Legislativo.

Os arts. 70 e 71 da Constituição Federal (BRASIL, 1988, s.p.), citam a respeito da fiscalização contábil, orçamentária, operacional, financeira, e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, serem exercidas pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União. (MEIRELLES, 1993, p. 173).

Menezes (2012, p. 141) explana em sua tese de mestrado:

O TCU funciona para o Congresso como um mecanismo de monitoramento do parlamento sobre as agências, fornecendo informações sobre as auditorias realizadas, sejam elas solicitadas pelos Congressistas ou de iniciativa da própria Corte de Contas. Por outro lado, as auditorias do Tribunal também podem fornecer subsídios técnicos para o controle do tipo alarme de incêndio. Primeiro, porque os temas auditados são selecionados pelos auditores sem um critério formal que possibilite uma previsibilidade por parte do ente regulador. Segundo, algumas das auditorias de fiscalização sobre as agências apresentam certo destaque na mídia, podendo ser utilizadas como instrumento de pressão sobre os políticos eleitos, parlamentares ou o Executivo, para se posicionarem acerca de alguma medida regulatória emitida pelo ente autônomo.

O campo de atuação do TCU é desenvolvido através de três áreas muito importante: auditoria financeira e orçamentária, julgamento das contas dos administradores e responsáveis por bens e valores públicos, emissão de parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Executivo (BARROSO, 2002, p.201).

TCU visando os ditames constitucionais exerce fiscalização externa das contas dos entes regulatórios nos ângulos da legalidade, legitimidade e economicidade. “Não lhe caberá avançar a atividade fiscalizadora sobre a atividade-fim da agência reguladora, sob pena de violação do princípio da Separação dos Poderes.” (BARROSO, 2002, p.201).

Professor e jurista Luis Roberto Barroso menciona que no texto constitucional: “nada autoriza o TCU investigar o mérito das decisões administrativas de uma autarquia, menos ainda de uma autarquia com as características especiais de uma agência reguladora.” (BARROSO, 2002, p.220).

O Tribunal realiza diversas auditorias sobre as atividades fins das agências reguladoras, seu principal objetivo referindo-se as auditorias consiste em verificar se elas estão exercendo seu mandato de maneira eficaz e em conformidade com a legislação brasileira.

3 Análise Dos Princípios Da Legalidade E Separação De Poderes

Tomando como parâmetro as explicações do Poder normativo das agências, cumpre agora analisar os princípios da Legalidade, da Separação de Poderes em relação aos atos normativos criados pelas agências reguladoras, tão criticados pelos juristas, estes entendem que o poder normativo ofende os princípios citados abaixo, pelo fato da ausência de Lei que permita tal competência as agências de regular e assim acaba ofendendo o princípio da separação de poderes.

3.1 O Princípio Da Legalidade

Este princípio qualifica e tem sua identidade própria. Por isso é chamado de princípio base do regime jurídico-administrativo. Ele consagra a ideia de que a Administração Pública: “Só pode ser exercida na conformidade da lei e que a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de *comandos complementares* à lei.” (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p.103).

Segundo o art. 5º, II, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. (BRASIL. Constituição, 1988). Neste artigo nada se refere “em virtude de”: resolução, regulamento ou mesmo um decreto. Ele diz claramente: “em virtude de lei”. Analisando-o nota-se explicitamente que a Administração “não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em

determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja”. (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p.107)

Sendo assim não é possível expedir regulamento ou quaisquer outro tipo de ato para restringir a liberdade dos administrados. Nas palavras do doutrinador Bandeira de Mello a função do ato seria: “de agregar à lei nível de concreção; nunca lhe assistirá instaurar originariamente qualquer cerceio os direitos de terceiros”. (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p.107).

Reforçando ainda mais esta ideia, ao examinar o art.84, IV, da Constituição Federal: Compete ao Presidente da República “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução” (BRASIL, 1988, s.p.). É claro a observação que mesmo os atos mais ilustres do Chefe do Poder Executivo, no caso, os decretos, incluindo nos casos em que estes expedem regulamentos, só podem ser produzidos na execução fiel da lei.

Esse princípio significa que nada poderá ser feito senão o que a lei determinar. Deve-se ter em mente que independentemente do Poder que emanarão as normas jurídicas, estas devem obedecer à hierarquia prescrita pelo sistema jurídico, ao devido processo legal e visando os valores constitucionais. Neste liame que deve ser seguido e encarado o Poder normativo das agências reguladoras (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 109).

3.2- O Princípio Da Separação De Poderes

A constitucionalidade relativa ao poder normativo das agências há anos são discutidos pelos juristas, por encontrar certos entraves na compatibilidade com o respeitoso princípio da Separação de Poderes. O art.2º é claro: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988, s.p.). Ele deriva da não cumulação do Poder sob uma só pessoa ou entidade, visando à repartição das competências, cada setor com sua responsabilidade própria. Responsável pelos seus atos e também limitando aos atos dos outros.

Sendo assim as normas editadas pelas agências reguladoras jamais poderá ultrapassar os limites conferidos ao Poder Legislativo. Di Pietro (2009, p.109) preconiza que:

Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto ela depende de lei.

Cada um dos poderes são responsáveis diretamente por seus atos, e ainda, exercem o papel de delimitar a atuação um do outro. Ou seja, são repartidas as competências próprias de elaboração de leis, da aplicação prática, como também do julgamento de atos contrários, os responsáveis desta atuação determinam o próprio alcance, sendo vedado ultrapassá-lo.

Di Pietro apud Carvalho Filho (2010,p.19) salienta no mesmo sentido que:

Só o Poder Legislativo pode criar regras que contenham, originariamente, novidade modificativa da ordem jurídico-formal, o que faz coincidir com a competência da fonte legislativa com o conteúdo inovativo de suas estatuições, com a consequência de distingui-lo da competência regulamentar.

Dessa forma, manifesta que elas possuem autonomia, estas gozam de independência gerencial, orçamentária e financeira. A lei lhes oferece orçamento próprio, com autonomia fortalecida, ainda possuem recursos consideráveis provenientes das atividades que exercem. Di Pietro critica os poucos instrumentos de participação previstos nas leis instituidoras das agências, nos quais são importantes para reconhecer as suas normas. (DI PIETRO, 2009, p. 93).

4 A Pretensa Alegação De Inconstitucionalidade Do Poder Normativo Das Agências Reguladoras

A constitucionalidade da atuação das agências reguladoras, seja regulamentar ou normativa, continua sendo discutida no meio jurídico. Opiniões como da doutrinadora Di Pietro (2009, p.96), entende que o fato dessas entidades não serem previstas constitucionalmente, há a pecha de inconstitucionalidade. A primeira indagação diz respeito à delegação de função normativa às agências. Pois, as duas únicas agências que estão previstas na Constituição são a Anatel e a ANP.

O surgimento das agências no sistema jurídico brasileiro é como um ramo da Administração Pública e tornou-se uma revolução porque a Constituição Federal, quando foi outorgada, não fazia referência sobre sua instituição. Ela é um instituto que integra a Administração Pública Indireta, nominadas como autarquias, sua personalidade jurídica é de direito público, desenvolvem atividades próprias do Estado.

Observa-se que as Agências Reguladoras concentram as chamadas “funções típicas” do Poder Legislativo, virtude necessária para o regime de regulação, para alguns doutrinadores isso fere a separação de poderes sendo que elas não pertencem ao poder legislativo para legislar. Carvalho Filho (2010, p.60) explica sobre poder regulamentar, no sentido de que:

Poder regulamentar, é a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação. A prerrogativa é apenas para complementar a lei; não pode, pois, a Administração alterá-la a pretexto de estar regulamentando. Se o fizer, cometerá abuso de poder regulamentar, invadindo a competência do Legislativo. Por essa razão, o art.49, V, da CF, autoriza o Congresso Nacional a sustar atos normativos que extrapolem os limites do poder de regulamentação.

Autores como Di Pietro (2014, p.498), salienta a respeito da função normativa das agências não poderem:

Sob pena de inconstitucionalidade, ser maior do que a exercida por qualquer outro órgão administrativo ou entidade da Administração Indireta. Elas não podem regular matéria não disciplinada em lei, porque os regulamentos autônomos não têm fundamento constitucional no direito brasileiro.

Porém as autarquias são autônomas, criadas por lei e a sua criação deve seguir o rigor da lei específica, sua extinção deve seguir o mesmo rito. As atividades típicas são exclusivas do Estado como exemplo o poder de regulamentar, função de fiscalizar, função de incentivar a iniciativa privada, função de cobrar tributos, função de intervir no exercício econômico, prestação de determinados serviços públicos. Todas são atividades exclusivas do Estado essa é a principal razão das agências reguladoras obterem a personalidade

jurídica de Direito Público e exercerem atividades típicas do Estado. (DI PIETRO, 2014, p.136).

Existem doutrinadores que acolhem a ideia que as agências reguladoras não podem inovar no ordenamento jurídico, sendo que apenas a lei, pode fixar obrigações e restringir direitos. Citam ainda que alguns atos normativos devem ser expedidos apenas pelo Chefe do Poder Executivo, alguns até podem ser delegados, e outros de competência de agentes públicos, até mesmo atos que competem à administração indireta.

As Agências possuem funções típicas dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, desafiando o princípio da separação de poderes. No domínio das funções públicas realizadas por estas, aquela que possui maior relevância estabelecendo a mais eloquente das atividades executadas por este ente é a extensa competência normativa que lhes é outorgada.

Di Pietro (2009, p.61) julga os poucos mecanismos de atuações previstas nas leis fundadoras das agências em que são essenciais para validar as suas normas. A autora ainda entende que as normas criadas pelas Agências são de essência infra-regulamentar, se tornando uma nova forma de direito, na qual, deve honrar a hierarquia elevada dos regulamentos editados pelo Chefe do Poder Executivo.

Na concepção de Silva (2012, p.433) segue o entendimento de que a lei, apenas em sua acepção estrita, é apta a impor restrições e condutas aos administrados:

Entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação ou impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei.

A única permissão expressa da delegação da atividade legislativa pela Constituição Federal brasileira de 1988 diz respeito às leis delegadas, dessa forma é vedada a delegação da ação normativa, de competência do Congresso Nacional, ao Poder Executivo. No caso da ação normativa pelas agências reguladoras, não seria compatível a vedação, isto porque:

“o que é vedado à Administração Pública, em regra, é o exercício de competência atribuída aos órgãos legislativos, e não do poder normativo inerente ao exercício da própria função administrativa, sem o qual não poderia dar aplicação às leis e especificar matérias como por elas demandado”. (ANDRADE, 2008, p.18).

Bandeira de Mello (2014, p.299) alinha-se com o ponto de vista de que:

Assim, o princípio da legalidade é da completa submissão da administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a que lhes compete no Direito Brasileiro.

Como analisado, no item acima a respeito do art.84, IV, que determina as atividades privativas do Presidente, entre elas: “expedição de regulamentos para fiel execução das leis”. Qualificada pela Constituição como atividade privativa do Presidente, mas, alguns autores alegam que a expedição de regulamentos competiria somente esta autoridade, sendo vedados, aos demais órgãos da Administração Pública expedir atos regulamentares. (BRASIL. Constituição, 1988).

Por isso tanta indagação ao respaldo constitucional da atribuição da função normativa das agências reguladoras. As únicas agências que tem previsão constitucional são ANATEL e a ANP, o contexto jurídico político da Administração descentralizada fez que a lei conferisse poderes regulamentares as agências distinguindo do poder do executivo.

Duas correntes doutrinárias posicionam-se a justificar o poder regulamentar das agências reguladoras: a teoria da sujeição especial e a teoria da deslegalização.

Segundo Barbosa (2015, p.69):

A teoria da sujeição especial afirma que é possível a produção de atos normativos pelas agências direcionados aos delegatários do serviço público, desde que respeitadas às regras gerais estabelecidas em lei e os limites da desconcentração normativa, a serem observadas pelo regulador. A teoria da deslegalização, por outro lado, preconiza que o ato regulatório decorre diretamente da lei e será legítimo, desde que observe os preceitos gerais, parâmetros e limites fixados em lei. Como se vê, as duas correntes são muito

similares, na medida em que ambas preveem a submissão do poder normativo ao princípio da legalidade, e tiveram ampla aceitação no Brasil.

O poder normativo das agências reguladoras independentes encontra suporte na doutrina e também em decisões da suprema corte constitucional, por outro, ao referir-se aos termos teóricos e conceituais, tal poder estaria absolvido por um grande déficit de legitimidade democrática na medida em que agentes administrativos e não agentes políticos escolhidos direta ou indiretamente pelo povo como o são aqueles ocupantes dos órgãos legislativos, estariam tomando decisões que afetam os interesses dos cidadãos (BARBOSA, 2015, p.82).

É necessária uma adaptação do princípio da legalidade a nossa atualidade, não apenas no âmbito político, mas também sociais e econômicos. Isso porque a nossa tradicional produção normativa pelo Poder Legislativo encontra-se despreparada para regulamentar determinadas matérias, além de não acompanhar a dinamicidade das relações sociais da contemporânea sociedade.

Considerações Finais

Diante da incapacidade do Estado prover a prestação dos serviços públicos, acompanhando as evoluções econômicas e tecnológicas, e zelando pela qualidade destes. O Estado lento e ineficiente, valeu-se das agências reguladoras para verificar se as atividades desenvolvidas pelas empresas concessionárias são desempenhadas com a competência existente no mercado, então as agências estruturam nosso mercado econômico.

Considera-se, das alegações apresentadas no presente artigo, que as agências reguladoras, autarquias de regime especial, editam normas na sua função dentro do poder de regulamentar determinada matéria, e não com fundamento no poder regulamentar. Elas possuem a função normativa que diverge daquela atuado pela administração pública direta, os atos regulados por elas proferidos, devem ser observados aos princípios da separação de poderes e da legalidade, sem prejuízo de observância aos demais princípios constitucionais que regem a administração pública.

Ficou claro que apenas a Agência Nacional de Petróleo e a Agência Nacional de Telecomunicações possuem fundamento constitucional, enquanto as demais agências reguladoras exercem função normativa com fundamento na delegação que lhes é conferida pela lei que as institui, por isso os limites à atividade normativa destas últimas é mais amplo. Pode-se afirmar que a função normativa a elas delegada, tanto pela CF, quanto pela lei que as institui, é diversa daquela exercida pela administração pública direta, pois elas regulam apenas determinado setor da economia.

Assim, as normas expedidas pelas agências reguladoras não ultrapassam os limites conferidos pelo Poder Legislativo, nem pelo poder técnico relacionado à sua área de atuação, cujo domínio o legislador ordinário não possui.

As agências não extrapolam a sua atuação de poder normativo, observando sua finalidade e limites fixados na delegação, sob pena de usurpação de um poder que não lhe foi conferido que caracterizaria uma manifesta inconstitucionalidade quanto a intromissão do poder normativo das agências reguladoras, a lei, sucede do Poder legislativo, que estabelece que as agências reguladoras federais possam fiscalizar, regular, intervir e até mesmo resolver conflitos existentes nos setores que atuam. Sendo que o judiciário quando provocado, pode anular aquele ato que ultrapassou os limites contrariando o direito. Observamos que não há motivos para declarar a inconstitucionalidade dos atos normativos referentes à aplicação desta lei.

As agências além de serem fiscalizadas pelo TCU, também sofrem a fiscalização da sociedade por meio de mecanismos criados pelo Estado. Foram criados meios de vigilância diretos dos atos administrativos, dessa forma, possibilitando a sociedade efetivas denúncias, nas mais diversas entidades, permitindo competência de controlar as decisões proferidas pelos entes reguladores e fiscalização dos serviços. Existe este controle social, mas, este necessita de uma maior conscientização por parte da população em relação a esse papel tão importante que a mesma deve desempenhar no desenvolvimento da democracia. Para assim, não sobrecarregar a função apenas do TCU, dessa forma a sociedade exerce de forma direta uma fiscalização das atividades desenvolvidas pelas agências reguladoras.

Portanto conclui-se que a natureza jurídica do poder de editar normas das agências reguladoras é regulamentar, sendo consequência da delegação de competência legislativa pela via da deslegalização. O poder normativo das agências deve sempre ser pautado na lei e compatível com esta. Mesmo este poder normativo possuindo ampla margem de atuação, ele jamais poderá divergir da lei.

Os atos devem, obrigatoriamente, basear-se nos princípios que se configuram como pilares da atividade regulatória do Estado, e limitadores da ação regulatória das agências reguladoras de diversos setores da economia. Jamais deverá perder de vista o caráter hierárquico das leis em relação aos regulamentos. Os regulamentos podem gerar direitos e obrigações, desde que expreso e previamente autorizado por lei. Contudo, os regulamentos devem gerar deveres, direitos e obrigações.

Referências

ANDRADE, Letícia Queiroz de. PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, agosto/setembro/outubro, 2008. Disponível na internet: <<http://direitodoestado.com.br/redae.asp>> Acesso em: 07 de outubro de 2016.

BARBOSA, Júlia de Carvalho. Agências reguladoras: do surgimento e da legitimidade do poder normativo. **Publicações da Escola da AGU – O Direito nas telecomunicações – PFE – Anatel - Vol. 2**, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **Transformação do Estado e legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº23, setembro, outubro, novembro, 2010. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-23-SETEMBRO-2010-LUISROBERTO-BARROSO.pdf>> Acesso em 20 de outubro de 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº200, de 25 de fev. de 1967. **Constituição da República do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

BRASIL (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Direito Administrativo**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito regulatório: Temas polêmicos**. 2ª ed. rev. e ampl. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27º ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18.ed. São Paulo, RT, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. 18ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TAFURI, Eliana Oliveira Costa. **Agências Reguladoras**. Dayse Starling Lima Castro (coord.). In: **Direito Público: Constitucional, administrativo, eleitoral, tributário**, Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2008.