

VINÍCIUS DANIEL KURUDEZ CORDEIRO

A AÇÃO NORMATIVA DO ESTADO POR MEIO DA FISCALIZAÇÃO:
OS LIMITES DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS
EM FACE DO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

Dissertação de conclusão de curso apresentada ao
Programa de Pós-Graduação *strictu sensu* em Direito
Constitucional Econômico do Centro Universitário
Alves Faria-UNIALFA, pela linha de pesquisa:
“Desenvolvimento Econômico e Princípios
Constitucionais da Ordem Econômica”

Orientadora Professora Marina Faraco Lacerda Gama

Goiânia,

Março – 2024

CENTRO UNIVERSITÁRIO ALVES FARIA – UNIALFA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTU SENSU EM DIREITO
CONSTITUCIONAL ECONÔMICO
LINHA DE PESQUISA: DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA

A AÇÃO NORMATIVA DO ESTADO POR MEIO DA FISCALIZAÇÃO:
OS LIMITES DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS
EM FACE DO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

Vinícius Daniel Kurudez Cordeiro

Goiânia, março 2024

RESUMO

Com o processo de desestatização, a partir da década de 90, do século XX, o Brasil promoveu o incremento da regulação, atuando na fiscalização e normatização das regras gerais em determinados segmentos do mercado, especialmente daqueles de maior importância à sociedade. Nesse contexto, as Agências Reguladoras assumem função essencial, caracterizada pela técnica apurada e celeridade nos processos, com atuação inclusive normativa, criando regras e regulamentos. Esse agir normativo pode conflitar com os princípios constitucionais da legalidade e, especificamente, da reserva legal. O debate exsurge quanto ao alcance desse poder normativo entre os pontos de maior autonomia e independência das agências reguladoras e a manutenção do poder legiferante do Poder Legislativo como necessário e insubstituível edição de lei formal. Este trabalho analisa a evolução do Direito Econômico, sob o enfoque da regulação do mercado, em termos globais e nacionais, o surgimento das agências reguladoras e incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro, os princípios constitucionais da legalidade e da reserva legal e dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais atuais brasileiros a respeito do tema. Alfim, apesar da conclusão pela relativização do princípio da reserva legal em favor das agências reguladoras, é certo que o tema ainda fomenta o debate jurídico quanto à fixação dos limites ideais dessa atuação normativa, com o que este trabalho visa contribuir.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação no Direito Econômico. Poder Normativo. Agências Reguladoras. Reserva Legal

ABSTRACT

Following the privatization process, Brazil promoted an increase in regulation, acting in the inspection and standardization of general rules in certain market segments, especially those of greater importance to society. In this context, Regulatory Agencies assume an essential role, characterized by refined technique and speed in processes, including normative action, creating rules and regulations. This normative action may conflict with the constitutional principles of legality and, specifically, the legal reserve. The debate arises regarding the scope of this normative power between the points of greater autonomy and independence of regulatory agencies and the maintenance of the legislative power of the Legislative Branch as necessary and irreplaceable editing of formal law. This work analyzes the evolution of Economic Law, from the perspective of market regulation, in global and national terms, the emergence of regulatory agencies and incorporation into the Brazilian legal system, the constitutional principles of legality and legal reserve and doctrinal and jurisprudential positions current Brazilians on the topic. Finally, despite the conclusion that the principle of legal reserve is relativized in favor of regulatory agencies, it is certain that the topic still encourages legal debate regarding the establishment of the ideal limits of this normative action, with which this work aims to contribute.

KEYWORDS: Regulation in Economic Law. Normative Power. Regulatory agencies. Legal reserve.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 REGULAÇÃO DO ESTADO SOBRE O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO	8
1.1 PLANEJAMENTO E MODALIDADES DE INTERVENÇÃO ESTATAL E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO.....	111
1.2 FUNÇÃO LEGISLATIVA E DELEGAÇÃO ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS NO ESTADO BRASILEIRO	19
1.3 O PODER NORMATIVO ESTATAL E DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	25
2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA LEGAL E A REGULAÇÃO PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS	29
2.1 O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL	30
2.2 A REGULAÇÃO ESTATAL DA ATIVIDADE ECONÔMICA NO DIREITO ECONÔMICO BRASILEIRO.....	32
2.3 A REGULAÇÃO EXERCIDA PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS	36
3 LIMITES DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS EM FACE DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA RESERVA LEGAL E DA LIVRE INICIATIVA	422
3.1 FINALIDADES FISCALIZATÓRIA E NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E CONTROLE EXTERNO.....	422
3.2 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO SOBRE OS LIMITES DE ATUAÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	47
3.3 LIMITES DA ATUAÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS ANALISADOS EM DECISÕES DO STF	533
CONCLUSÕES.....	66
REFERÊNCIAS	70

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, o Brasil passou por um processo de desestatização e, por conseguinte, do incremento da regulação, eis que, na medida em que deixa de exercer diretamente determinadas atividades econômicas, necessita atuar no campo da fiscalização e normatização das regras gerais em determinados segmentos dessas atividades, especialmente daqueles de maior importância à sociedade.

A par disso, na elaboração de normas, além do papel primordial do Poder Legislativo, as Agências Reguladoras assumem função essencial, dadas as suas especializações técnicas, bem como pela maior agilidade na consecução dos respectivos processos.

Sob tal perspectiva, as Agências Reguladoras, além de fiscalizarem determinados segmentos de mercado, atuam normativamente, ou seja, criando regras e regulamentações para o setor. Dessa atividade reguladora-normativa, exsurge o problema relativo aos limites à competência para criar regras que, de certa forma, imponham conduta e comportamentos aos integrantes da referida atividade econômica.

Cabe lembrar que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei” e que, ao Poder Legislativo, como regra, compete a elaboração das leis formais. Assim, necessário o estabelecimento dos limites das aludidas Agências Reguladoras em face do Princípio da Reserva Legal.

Justifica-se, portanto, a presente pesquisa pelo fato de que as Agências Reguladoras, no Estado brasileiro, constituem uma realidade bastante atuante nos segmentos de mercado mais sensíveis à sociedade, como é o caso da saúde, energia, comunicações, transportes, dentre tantas outras.

Se, por um lado, interessa e é necessária a atuação eficaz e eficiente das Agências Reguladoras, resolvendo as questões técnicas e mercadológicas desses segmentos, por outro, não menos importante, tem-se a preocupação contra o arbítrio, que venham usurpar competência do Poder Legislativo e, ainda, que promovam eventuais efeitos que acarretem a minimização da livre iniciativa.

Desta forma, há que estabelecer o ponto ideal, em termos econômicos e jurídicos, quanto à atuação nos limites da lei formal e, por conseguinte, entre aquele com menor discricionariedade na competência das Agências Reguladoras e o outro que importa na atuação delas com maior flexibilidade, atribuindo à lei formal apenas a edição das linhas gerais de finalidade dessas autarquias especiais.

Para o primeiro ponto, tem-se que, apesar do caráter especial das Agências Reguladoras, mormente quanto à qualificação técnica, sua atividade regulatória deve limitar-se aos contornos determinados por lei formal, originária do Poder Legislativo, especialmente para criar restrições às liberdades dos particulares, a bem dos princípios da legalidade e, mais especificamente, da reserva legal.

Já no segundo ponto, entende-se que a criação das Agências Reguladoras independentes surgiu como resposta institucional e evolutiva, para atender as demandas da atualidade, que exige maior conhecimento técnico e especializado dos órgãos estatais, bem como celeridade nas ações e respostas, o que não se alcança mais com processo legislativo formal tradicional, por natureza, moroso.

A partir dessas considerações, a presente pesquisa visa analisar, em sentido amplo, o alcance e as limitações do poder normativo das Agências Reguladoras brasileiras em face dos princípios constitucionais da legalidade, especificadamente quanto à reserva legal.

Assim, propõe-se, na presente pesquisa, o estudo deste limite a partir da análise da evolução do Direito Econômico, em termos globais e nacionais e dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais atuais brasileiros a respeito do tema.

Necessário também para tal escopo o aprofundamento teórico sobre as Agências Reguladoras, com o estudo sobre o surgimento e incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro, conceito e finalidade e a forma de atuação das aludidas autarquias especiais no Brasil e os princípios constitucionais da legalidade e da reserva legal.

Para tanto, utiliza-se, neste trabalho, o método hipotético-dedutivo com base na Constituição Federal, no ordenamento jurídico, em pesquisa bibliográfica, obras literárias e artigos científicos sobre o tema. Julgados do Supremo Tribunal Federal, também serão objeto de observação.

A estruturação do texto final está distribuída em três capítulos, cada qual com três subtítulos: Regulação do Estado no Desenvolvimento Econômico; O Princípio Constitucional da Reserva Legal, Regulação Econômica e Regulação nas Agências Reguladoras; Limites de Atuação Normativa das Agências Reguladoras em Face dos Princípios da Legalidade e da Reserva Legal.

No primeiro capítulo analisam-se o planejamento e as modalidades de intervenção estatal no desenvolvimento econômica, a partir de um breve histórico da evolução do Direito Econômico ocidental até a atualidade brasileira, a função legislativa e a delegação às Agências Reguladoras nacionais, o surgimento e as características gerais dessas agências e um estudo sobre o poder normativo do Estado, a partir do princípio da legalidade e da crise atual de seu conceito clássico.

Na sequência, no segundo capítulo, o estudo recai sobre o princípio da reserva legal e sua evolução de modo a viabilizar a análise da regulamentação do Direito Econômico brasileiro e, particularmente, no que alude à regulação exercida pelas Agências Reguladoras brasileiras.

Finalizando o desenvolvimento, no terceiro e último capítulo, os estudos concentram-se especificamente nas agências reguladoras, quanto as suas finalidades fiscalizatória e normativa e os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais relativos aos limites dessa atuação normativa em face do princípio constitucional da reserva legal.

1 REGULAÇÃO DO ESTADO SOBRE O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

A organização econômica ocidental é, de certa forma, o resultado da evolução de sistemas liberais, tendo como característica a separação entre os planos decisórios de naturezas política e econômica.

A partir da segunda metade do séc. XVIII, o sistema econômico passou por uma grande transformação, sob a inspiração, em especial, do pensamento de Adam Smith, no sentido de que o governo não precisaria interferir na economia, o que acarretou a instalação do capitalismo, fundado na liberdade plena e, por conseguinte, no liberalismo. (FERREIRA FILHO, 2002, pág. 341-342)¹

O liberalismo, sob o aspecto econômico, refere-se à propriedade privada, a economia de mercado, a ausência tanto quanto possível do Estado, a livre empresa e a iniciativa privada. Em consequência, encontram-se os direitos de propriedade, de herança, de acumular riquezas e capital, à plena liberdade de produzir e de comercializar.

Segundo Luís Roberto Barroso², a consolidação do Estado moderno só ocorreu no século XIX, enquanto a democracia aperfeiçoou-se apenas no século XX, com a compleição que resultaria no Estado democrático de direito:

[...] o Estado moderno se consolida, ao longo do século XIX, sob a forma de Estado de direito. Na maior parte dos países europeus, a fórmula adotada foi a monarquia constitucional. O núcleo essencial das primeiras constituições escritas é composto por normas de repartição e limitação do poder, aí abrangida a proteção dos direitos individuais em face do Estado. A noção de democracia somente viria a desenvolver-se e aprofundar mais adiante, quando se incorporam à discussão ideias como fonte legítima do poder e representação política. Apenas quando já se avançava no século XX é que seriam completados os termos da complexa equação que traz como resultado o Estado democrático de direito: quem decide (fonte do poder), como decide (procedimento adequado) e o que pode e não pode ser decidido (conteúdo das obrigações negativas e positivas dos órgãos de poder). (BARROSO, 2018, pág. 36-37).

¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Curso de direito constitucional. 28ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.

² BARROSO, Luís Roberto, Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Na construção do Estado constitucional de direito necessária era a legalidade, mesmo nos Estados autoritários, como conteúdo de legitimidade e sua justiça.

Assim, até o início do séc. XX imperava o liberalismo nas Constituições de boa parte dos Estados Ocidentais, nas quais a liberdade econômica não tinha limites e condicionamentos, até o surgimento dos direitos sociais e coletivos. Historicamente, a economia visava especialmente a produtividade e o lucro.

Inicialmente a democracia apresentava uma dimensão predominantemente formal, no sentido de governo da maioria e de respeito aos direitos individuais, tidos como liberdades públicas. A democracia, em sentido material, evoluiu do governo da maioria para o governo dirigido a todos, incluindo as chamadas minorias, alcançando uma dimensão mais abrangente, incorporando a promoção de outros direitos fundamentais sociais, necessários à efetivação da igualdade material e não apenas formal.

Desta forma, ao direito constitucional moderno atribuiu-se força normativa, a qual regula e harmoniza a realidade social e política, impondo deveres e assegurando direitos.

No Brasil, somente com a Constituição Federal de 1988, o direito foi estruturado de modo a tutelar valores com características próprias que não guardam semelhança com o tradicional instituto da propriedade, rompendo ainda com a tradição jurídica, com o surgimento, por exemplo, da proteção dos direitos difusos. Assim, a proteção constitucional à ordem econômica passou a preocupar-se também com a qualidade de vida.

No que se refere à função social da propriedade, André Ramos Tavares e Marina Faraco Lacerda Gama³ apontam que:

A função social especificamente aplicada na Ordem Econômica significa, em linhas muito gerais, que o particular deve empregar os meios privados de produção em prol da justiça social, como determina o *caput* do mesmo art. 170, perseguindo seus legítimos interesses mercadológicos, mas em conformidade com uma atuação socialmente relevante, com geração de benefícios para toda a coletividade. O uso e a atividade decorrente da propriedade privada produtiva não estão mais adstritos à plena liberdade de seu titular, posto que hão de ser cumpridos deveres positivos, definidos pelo Estado, para legitimar essa propriedade privada. (GAMA; TAVARES, 2022, pág. 39).

³ GAMA, Marina Faraco Lacerda; TAVARES, André Ramos. O STF e a constituição econômica: casos e funções. Curitiba: InterSaberes, 2022.

A Constituição Federal vigente, seguiu uma tendência do mundo ocidental, pela qual, gradativamente, o liberalismo puro é superado pelo intervencionismo estatal, o qual acarretou limitação aos princípios da liberdade individual e da autonomia da vontade, surgindo os denominados princípios de ordem pública, em contraposição, mediante normas cogentes, indisponíveis pelos contratantes.

Tal processo encerra um novo desenvolvimento dogmático, referido pela doutrina como constitucionalização do direito civil, relativizando a, até então, clara divisão entre o direito privado e o direito público, a qual operou e incorporou fenômenos como o dirigismo contratual e a relativização do direito de propriedade. Assim, a Constituição deixa de ser apenas o documento maior do direito público, mas centraliza todo o sistema jurídico, irradiando seus valores e conferindo-lhe unidade. (BARROSO, 2018, pág. 46).⁴

Com o passar dos anos, a ineficácia do liberalismo originário exigiu o alinhamento do desenvolvimento econômico de modo a harmonizar aspectos ambientais, econômicos e sociais presentes e, simultaneamente, planejar e preocupar-se com as gerações futuras. Em termos atuais, a economia deve considerar outras complexas relações sociais, para além da livre iniciativa e do conceito tradicional de propriedade. Essa situação muda o conceito de desenvolvimento, o qual passa a exigir um papel ativo do Estado.

Após a consolidação do liberalismo e o constitucionalismo na Europa, no século XIX, a partir da Primeira Guerra, o Estado ocidental altera-se gradativamente para o modelo intervencionista (Estado social), sem se abster da interferência na seara individual e privada das pessoas. Ao revés, o Estado passa a agir com prestações positivas com escopo no combate à injustiça social, o que ampliou de forma significativa o espaço público, no exercício da atividade econômica e na atuação legislativa e regulamentar intensiva e, ainda, pelo planejamento e fomento a segmentos considerados estratégicos.

⁴ BARROSO, Luís Roberto, Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

1.1 PLANEJAMENTO E MODALIDADES DE INTERVENÇÃO ESTATAL E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Fábio Konder Comparato⁵, no seu memorável artigo “O indispensável direito econômico”, publicado em 1965, já observava que o Direito Econômico nasceu com a primeira guerra mundial:

A economia, mais do que qualquer outra atividade tradicionalmente civil, transformou-se sob a ação do novo fenômeno bélico. Demonstrado que a guerra não se ganha somente nas frentes de combate, mas também e sobretudo nos campos, nas usinas, nas fábricas e nos laboratórios, ao Estado não era mais indiferente a evolução das atividades econômicas ou as decisões dos agentes da economia privada. Cumpria, ao contrário, submetê-los antes de tudo às exigências da guerra.

Daí o surgimento de uma regulamentação abundante, estrita e minuciosa das atividades econômicas, que transforma em pouco tempo o panorama clássico do direito patrimonial, abolindo princípios, deformando institutos e confundindo fronteiras. (COMPARATO, 1965, pág. 2).

Assim, a economia, tradicionalmente civil, transformou-se em uma atividade sujeita ao fenômeno bélico, que exigiu do Estado a intervenção nas decisões dos agentes da economia privada, para atender as necessidades da guerra.

Na sequência, a crise de 1929 consolidou a ideia da necessidade da intervenção estatal e, por conseguinte, do estabelecimento do Direito Econômico.

Maria Victoria de Mesquita Benevides e Gilberto Bercovici⁶ afirma que, embora o Direito Econômico tenha nascido em função da primeira guerra mundial, não se tratou de uma disciplina transitória ou excepcional relacionada ao fenômeno bélico e nem limitada à indústria. Consolidou-se como nova concepção do Estado e do seu papel perante a dimensão econômica que encerra verdadeira especificidade do direito contemporâneo, inclusive no Estado brasileiro:

Para repensar as bases e estrutura do Estado brasileiro, não se pode deixar de levar em consideração a questão central da atualidade: a prevalência das instituições democráticas sobre o mercado e a independência política do Estado em relação ao poder econômico privado, ou seja, a necessidade de o

⁵ COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965;

⁶ BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. BERCOVICI, Gilberto. MELO, Claudineu de (org). Direitos humanos, democracia e república. Homenagem a Fábio Konder Comparato – São Paulo: Quartier Latin do Brasil 2009.

Estado ser dotado de uma sólida base de poder econômico próprio. O fundamento desta visão, consubstanciada no texto constitucional vigente, é o de que não pode existir um Estado democrático forte sem que sua força também seja ampliada do ponto de vista econômico, para que ele possa enfrentar os interesses dos detentores do poder econômico privado. (BENEVIDES; BERCOVICI, 2009, pág. 519).

Assim, outros critérios, incluindo o desenvolvimento humano buscam suprir essa lacuna, como é o caso do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), apenas para exemplificar.

Consagrou-se a ideia de que as forças de mercado deixadas à sua livre regulação não garantem a concretização dos chamados direitos sociais e difusos. Surgiu, assim, a preocupação com os problemas do futuro, incompatível com modelo de desenvolvimento essencialmente econômico e centrado exclusivamente no presente.

No entanto, ao final do século passado, o modelo intervencionista foi amplamente questionado quanto à sua eficiência, tanto na geração e distribuição das riquezas, como na prestação dos serviços públicos. Assim, a partir da década de 80, acenaram para a volta do modelo liberal, sob o aspecto do neoliberalismo, voltado, em maior ou menor grau, a desestatização e desregulamentação da economia, com redução das proteções sociais.

Importante destacar a distinção feita pela doutrina entre as expressões “intervenção” e “atuação” estatal, pois a intervenção importa na ideia de ação estatal fora da esfera pública, ou seja, na seara do setor privado, enquanto a atuação alude ao exercício próprio do Estado (serviços públicos ou regulação de serviço público). (DEL MASSO, 2016, pág. 80)⁷

O Estado, no decorrer do século XX, teve uma trajetória pendular, em sentido cartesiano, quando analisada apenas sobre a maior ou menor intervenção do Estado na economia. Iniciou liberal, tornou-se social e, na virada do século, estava neoliberal, concentrando-se na atividade de regulação, abdicando da intervenção econômica direta.

Hodiernamente, apresenta-se uma redefinição do Estado, caracterizada pela formação de blocos políticos e econômicos, com o esvaziamento do conceito de soberania, diante da globalização, sem implicar, no entanto, que esteja em processo de extinção ou de que exercerá um papel secundário, pois exerce papel indispensável no

⁷ DEL MASSO, Fabiano. Direito Econômico esquematizado, 4. ed. São Paulo: Método, 2016.

exercício de prestações positivas e na proteção social em face de eventuais abusos dos particulares.

A dualidade erigida pelo liberalismo que coloca em confronto o Estado e a sociedade não subsiste em um Estado democrático de direito, uma vez que o Estado é formado pela sociedade e deve perseguir os valores que ela aponta. Por esta razão, o “liberalismo igualitário” gera efeitos nos planos político, econômico-social e institucional.

No plano político, o liberalismo igualitário mantém o foco na liberdade, na valorização da autonomia individual, no sentido de que as pessoas são livres para escolher seus posicionamentos existenciais e morais. Tais liberdades fundamentais incluem, dentre outros, os direitos políticos, as liberdades de expressão, de reunião, de consciência filosófica e religiosa, o direito à propriedade individual e o impedimento de ser preso arbitrariamente, ou de sofrer sanções sem o devido processo legal.

Neste ponto, Barroso⁸ aponta que, em contraste com o liberalismo clássico, o igualitário enfatiza a ideia de igualdade, pois sustenta o tratamento igualitário a todos, com respeito e consideração, haja vista que cada pessoa tem o mesmo valor e, bem por isso, deve ser tratada com seriedade, quanto aos seus interesses e necessidades mínimas.

No plano econômico-social, o modelo liberal igualitário endossa a livre-iniciativa e a economia de mercado, mas não considera toda e qualquer liberdade econômica fundamental e protegida. A intervenção do Estado se justifica quando necessária para propiciar uma distribuição igualitária de recursos e de oportunidades. Mais que isso, a dimensão igualitária de tal concepção reconhece o direito básico a um mínimo social ou mínimo existencial. A igualdade, em sentido material ou substantivo, e especialmente a autonomia (pública e privada) são ideias dependentes do fato de os indivíduos serem livres de privações, com a satisfação adequada de suas necessidades vitais essenciais. Para serem livres, iguais e capazes de exercer uma cidadania responsável, os indivíduos precisam estar além de limiares mínimos de bem-estar, sob pena de a autonomia se tornar uma mera ficção. Isso exige o acesso a algumas prestações essenciais – como educação básica e serviços de saúde –, assim como a satisfação de algumas necessidades elementares, como alimentação, água, vestuário e abrigo. (BARROSO, 2018, pág. 66).

Assim, no núcleo essencial dos direitos sociais e econômicos se encontra o mínimo existencial, como caracterizador dos direitos realmente fundamentais e não apenas como pretensões dependentes do processo político. No entanto, em alguns países,

⁸ BARROSO, Luís Roberto, Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

esta ideia ainda não é pacificada, eis que bastante controvertida. Desta forma, o liberalismo igualitário contrapõe-se ao paternalismo, ao utilitarismo e ao comunitarismo.

Atualmente, no entanto, não se trata mais daquela visão cartesiana, estampada em plano que envolve apenas duas variáveis decorrentes da maior ou menor intervenção do Estado na atividade econômica privada. A questão é mais profunda e envolve diversos fatores que não se encaixam mais nesse plano, eis que assumem vários vetores, decorrentes de diversas visões de mundo, por vezes contraditórias entre si, o que eleva a discussão para uma visão espacial, multifacetado. Em consequência, não se tem mais um simples movimento “pendular”, mas dentro de uma determinada ordem evolutiva, algo que mais se assemelha a um “espiral”.

Esse pluralismo é observável nas sociedades contemporâneas e encerra a existência de diversos vetores de ordem econômica, social, ética, religiosa, dentre outras, são apontados por Barroso⁹:

Por fim, no plano institucional, o liberalismo reconhece o que se denomina o fato do pluralismo: as sociedades contemporâneas, democráticas e abertas, comportam múltiplas visões de mundo que são contraditórias entre si. Não existe um único ideal de vida boa. Como consequência, o Estado deve ser neutro em relação às variadas opções razoáveis em matéria econômica, religiosa ou ética, entre outras. O papel do Estado não é o de fazer escolhas pelos indivíduos, mas o de assegurar um ambiente de segurança e de respeito mútuo no qual cada um possa viver as suas crenças e as suas opções. O limite é o respeito à igual possibilidade por parte das demais pessoas. (BARROSO, 2018, pág. 66/67).

Verifica-se, como desdobramento da evolução do Estado apresentada, que mundo ocidental, nas últimas décadas, migrou de uma fase intervencionista na economia, fundada no modelo de “Estado Provedor” para outro que se situa entre intervencionista e liberal, mas que não se confunde com qualquer deles, dada a influência de outros fatores decorrentes do pluralismo e de outros fatores alheios à Economia e ao Direito, ao qual denominou-se “Estado Regulador”.

Em decorrência, as formas de intervenção ampliaram-se, não só para regular comportamentos, ou seja, impor maior ou menor intervenção na atividade privada com

⁹ *Ibid.*, p. 66/67.

regras diretas sobre o exercício e atuação propriamente ditos dessas atividades, mas vai além, exigindo uma visão global por parte do Estado, com vista a dirigir o desenvolvimento econômico no sentido do alcance de metas pré-determinadas, o que exige, dentre outras medidas, um planejamento estratégico.

Neste sentido, André Ramos Tavares e Marina Faraco Lacerda Gama apontam que a liberdade econômica assegurada à iniciativa privada não é absoluta, uma vez que deve ser exercida em conformidade com os “ditames da justiça social, da dignidade da pessoa humana e do trabalho” (GAMA; TAVARES, 2022, pág. 38)¹⁰. A admissão dessa restrição decorre da aceitação da tutela do interesse público:

Em termos constitucionais mais específicos e concretos, esse tipo de atuação estatal encontra-se orientada a cumprir deveres constitucionais impostos ao Estado, bem como está designada constitucionalmente para que o Estado conduza o desenvolvimento do país como agente de transformação. (Tavares; Gama, 2022, pág. 39).

Seguindo o mesmo raciocínio, até como pressuposto da intervenção estatal, tem-se o planejamento, o qual deve nortear as decisões relativas à atuação do Estado na economia. Com esse entendimento, Alessandro Octaviani e Irene Patrícia Nohara¹¹ apontam que as empresas estatais têm sua atividade submetidas à ordem legal sobre o tema:

A atividade das empresas estatais é submetida a tais ditames constitucionais sobre o planejamento, que são instrumentalizados pelo ciclo “planejamento coordenação, descentralização, delegação de competência e controle” instituídos pelo Decreto-lei 200/1967. É mandatório que as “atividades da Administração Federal e, especialmente, a execução dos planos e programas de governo, serão objeto de permanente coordenação” (art. 8º) buscando-se “[...] soluções integradas e que se harmonizem com a política geral e setorial do Governo” (§ 3º) englobando as estatais e os ministérios aos quais elas se vinculam (dado que, nos termos do art. 4º, parágrafo único, “as entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade. (OCTAVIANI, NOHARA, 2021, pág. 79).

Não por outra razão, dada a importância e relevância do tema, a Constituição Federal estabelece o indicativo jurídico do planejamento em diversos artigos: 174, 21, 43, 48 e 84.

¹⁰ GAMA, Marina Faraco Lacerda; TAVARES, André Ramos. O STF e a constituição econômica: casos e funções. Curitiba: InterSaberes, 2022.

¹¹ OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. Estatais. 2ªed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021

Eros Roberto Grau¹², por sua vez, apresenta um histórico sobre o planejamento na esfera estatal, no sentido de que a primeira noção de plano se deu no século XVIII, em ciência urbanística, seguindo-se para a noção de planejamento, pelos precursores da ciência da administração, no princípio do século XX – Taylor e Fayol – aplicável aos estabelecimentos industriais. Posteriormente, durante a primeira Guerra Mundial, O Estado Maior Alemão aplica métodos de organização e estratégia militar. No entanto, somente na Rússia soviética, em 1921, com a criação da GOSPLAN surge o planejamento nacional, de caráter econômico

Afirma-se ter a noção de plano encontrado sua origem na ciência urbanística, ainda no século XVIII, como a expressão gráfica de uma realidade física, ideia essa que posteriormente se amplia, para albergar a noção de ordenação sistemática de todo um conjunto territorial, embora ainda como expressão gráfica. Como resultado de atividade planejamento, neste último sentido, sob a orientação do prefeito Haussmann, é que surge o traçado geométrico da cidade de Paris, logo após adotado em Viena.

Tomava-se ainda da noção de planejamento como expressão da ordenação sistemática de um conjunto físico. Dois precursores da moderna ciência da administração, no entanto, no princípio deste século, Taylor e Fayol, observando que os estabelecimentos industriais começavam a diversificar as suas linhas de produção, esboçaram alguns princípios referidos à organização científica da atividade industrial, salientando a necessidade de se ordenar racionalmente o funcionamento de cada setor dentro da unidade de produção, em coerência, todavia, com um plano preestabelecido, de caráter geral. A noção de planejamento, então, embora ainda restrita à expressão de um método de ação racional, a ser seguido pelos fatores da produção, no interior da grande indústria, tem os seus horizontes sensivelmente ampliados. A partir daí, sob o impulso da evolução tecnológica, são desenvolvidas as técnicas de planejamento ou planificação industrial, que, na expressão de Galbraith, compreende a previsão das ações exigidas entre o início e o termo da produção e a preparação para levar a cabo estas ações, englobando também a previsão e organização de medidas para fazer face a quaisquer ocorrências não programadas, favoráveis ou não, que possam acontecer ao longo do processo. [...]

A primeira experiência em planejamento econômico, no entanto — que viceja na Rússia soviética, quando, em 1921, cria-se o GOSPLAX, organismo a que se atribui a elaboração do planejamento nacional — surge locada pela ideologia do socialismo. Ainda que o primeiro plano quinquenal soviético seja implantado apenas a partir de 1928, já naquela ocasião delineava-se, com nitidez, a noção de planejamento como vinculada a um sistema de coordenação do processo econômico. (GRAU, 1978, pág. 9-11).

A crise da década de 30 encaminhou os países do Ocidente para a utilização das técnicas de planejamento, o que se transforma em imperiosa exigência para o

¹² GRAU, Eros Roberto, Planejamento econômico e regra jurídica – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978;

desenvolvimento econômico, incorporando o respectivo processo, não só durante a Segunda Guerra, mas também a partir dela.

Assim, a concepção do planejamento estatal passa a estar intimamente vinculado às ideias de intervencionismo e dirigismo econômico, embora não se confunda com elas.

Cabe lembrar que o intervencionismo admite, na sua dinamização, três modalidades diversas: a) intervenção por absorção ou participação que ocorre quando a organização estatal assume, parcialmente ou não, ou participa do capital de unidades econômicas que detêm o controle patrimonial dos meios de produção e troca; b) intervenção por direção: que ocorre quando a organização estatal passa a exercer pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica; c) intervenção por indução: que ocorre quando a organização estatal passa a manipular o instrumental de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento do mercado. (GRAU, 1978, pág. 23-24)¹³.

Como se observa, não se inclui o planejamento entre as modalidades de intervenção, dado que, como será visto adiante, aquele é adjetivo, qualificador de qualquer destas.

Após a Segunda Guerra, com a formação dos dois blocos mundiais – capitalista e socialista – exsurtem duas formas de planejamento: indicativo e imperativo.

No indicativo, há descentralização econômica e a maior parte das decisões permanecem no mercado. Por outro lado, no imperativo ocorre a centralização, eis que as unidades de produção estão submetidas, de forma compulsória, às definições do plano.

Por fim, a evolução do planejamento o tornou parte significativa e relevante do Direito Econômico, mas não privativo deste, haja vista que é um método aplicável à melhor organização de qualquer setor da atividade humana, público ou privada, econômica ou não.

Fixadas as metas e o escopo econômico pelo planejamento, em linhas gerais, como Regulador, o Estado atua basicamente em cinco linhas de intervenção: elaborando

¹³ *Ibid.*, p.23-24

normas, reprimindo o abuso do poder econômico, interferindo na iniciativa privada, regulando preços e controlando o abastecimento.

A intervenção do Estado na economia e, por conseguinte, na iniciativa privada, pode dar-se de forma direta, quando o próprio ente público opera realizando a atividade, na prestação do serviço, ou indireta, por meio da regulação, da utilização social da tributação, fomento, incentivos entre outros mecanismos de políticas públicas de Direito Econômico.

O Brasil, especialmente no final da década de 80 e durante a de 90, começou a trilhar o caminho de um processo de desestatização e, por conseguinte, do incremento da regulação.

Na elaboração de normas, além do papel primordial do Poder Legislativo, as Agências Reguladoras assumem função essencial, especialmente como consequência direta das privatizações.

Apesar de as Agências Reguladoras também atuarem contra o abuso do poder econômico, no caso brasileiro, há, ainda, o CADE, que tem como missão preservar a livre concorrência e combater condutas desleais.

A questão relativa à regulação de preços encerra matéria complexa e que foge do escopo do presente trabalho, bastando para o momento a compreensão de que o Estado também adota políticas de regulação de preços, em especial os das tarifas dos serviços públicos, das concessionárias (energia, água, transporte coletivo) e dos monopólios (derivados de petróleo, por exemplo), mas também de alguns segmentos privados, como é o caso dos medicamentos, que é exercido pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED).

A questão da precificação dos medicamentos visa estabelecer o equilíbrio entre os altos custos das indústrias farmacêuticas, especialmente com pesquisas, e o interesse público decorrente da questão de saúde social.

No Brasil, nas décadas de 70 e 80 (séc. XX) operou-se o tabelamento de preços, que se mostrou ineficaz. Na década de 90, não havia regulamentação. No ano de 2000, o Congresso Nacional instalou uma CPI que recomendou adoção de medidas de regulação econômica na área da saúde. Em 2001, criou-se a Câmara de Medicamentos (CAMEG) e, em 2003, a atual CMED, criada pela Lei 10.742, de 6/10/2003, a qual estabeleceu

“normas de regulação do setor farmacêutico, com a finalidade de promover a assistência farmacêutica à população, por meio de mecanismos que estimulem a oferta de medicamentos e a competitividade do setor”.

Cumpra frisar, no entanto, que não se trata de tabelamento de preços, eis que, sabidamente nocivo à economia, haja vista que, em regra, gera o desabastecimento como decorrência da violação à lei econômica da oferta e procura.

Por fim, o controle de abastecimento constitui instrumento de atuação do Estado no domínio econômico que visa manter produtos e serviços suficientes no mercado para atender à demanda da coletividade.

As cinco linhas acima tratadas de forma panorâmica, porém superficial, auxiliam a análise verticalizada da questão referente à regulação entabulada pelas Agências Reguladoras e, neste ponto, quais os limites de atuação dessas autarquias especiais em face do princípio constitucional da reserva legal.

1.2 FUNÇÃO LEGISLATIVA E DELEGAÇÃO ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS NO ESTADO BRASILEIRO

Com a consolidação do Estado Moderno e a complexidade das relações sociais atuais, exsurge a necessidade de adaptação da tradicional Teoria da Separação dos Poderes, em especial quanto à função legislativa e a possibilidade de delegação a órgãos executivos. As novas exigências de celeridade, eficácia e eficiência são incompatíveis com a ideia inicial da separação dos poderes, inclusive pela crescente ingerência do Poder Público na Sociedade, conforme sustenta Alexandre de Moraes¹⁴:

A insatisfação com a ineficiência do Estado contemporâneo, sobrecarregado na execução de obras e serviços públicos, acarretou uma reforma de mentalidade administrativa com a ocorrência de diversas privatizações, sempre com a finalidade de descentralização dos serviços públicos [...]

[...]

O novo papel do Estado exigiu uma mudança extremamente radical na maneira de gerir os serviços públicos, exigindo-se maior descentralização.

¹⁴ MORAES, Alexandre de. In: MORAES, Alexandre de (org). Agências reguladoras – São Paulo: Atlas, 2002. 2ª tiragem;

Assim, o Poder Público passou a concentra-se na elaboração de metas e na política regulatória e fiscalizatória dos diversos setores da economia, descentralizando a realização dos serviços públicos, por meio de permissões ou concessões ao setor privado. (MORAES, 2002, pág. 18).

No mesmo sentido, importantes transformações ocorreram no Estado brasileiro no século passado, especialmente na seara econômica, de modo a não resistir à tendência mundial de esvaziamento do modelo do Estado como protagonista do processo econômico.

Na década de 40, dada a fragilidade da iniciativa privada, criaram-se as grandes empresas estatais como a Companhia Siderúrgica Nacional, Vale do Rio Doce, dentre outras. Na década de 50 apenas o BNDS e a Petrobrás. Nas de 60 e 70, foram criadas mais de 300 estatais.

Tais atividades acarretaram inchaço do Estado brasileiro, conforme descreve Luís Roberto Barroso¹⁵:

O Estado brasileiro chegou ao fim do século XX grande, troncho, ineficiente, com bolsões endêmicos de pobreza e de corrupção. Esse foi o Estado que resultou depois de quase 25 anos de regime militar. Um Estado da direita, do atraso social, da concentração de renda. Um Estado que tomava dinheiro emprestado lá fora para emprestar aqui dentro, a juros baixos, para 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 postura avançada, progressista, e que a postura de sua desconstrução seja a postura reacionária. (BARROSO, 2002, pág. 110).

No entanto, a partir da Constituição de 1988, especialmente com as emendas constitucionais de números 5 e 6 (1995), a Lei 8.031/90, depois substituída pela Lei 9.491/97, que instituiu o Programa Nacional de Privatização, dentre outras relacionadas à economia, operou-se profunda transformação na ordem econômica pátria.

No Brasil, dada a influência francesa, originalmente o Direito Administrativo incorporou as ideias de centralização administrativa e forte hierarquia.

No entanto, com escopo de promover uma abertura maior da economia e como consequência da nova realidade, o Estado brasileiro gradativamente transferiu para o setor privado a execução de diversos serviços públicos e atividades privadas relevantes e

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. In: MORAES, Alexandre de (org). Agências reguladoras – São Paulo: Atlas, 2002. 2ª tiragem;

estratégicas que eram até então por exercidas, via estatais. Neste processo, destaca-se a importância das agências reguladoras, para garantir que esses serviços sejam prestados com eficácia e eficiência.

A ideia em si não é nova, eis que surgimento das agências reguladoras é apontado pela doutrina a partir da criação, pelo Parlamento Inglês, em 1834, de vários órgãos com autonomia e finalidade de aplicação e concretização de determinadas leis.

Na sequência, em 1887, até pela influência do direito anglo-saxão, os Estados Unidos da América criaram a *Interstate Commerce Commission*, dando início à instituição de uma série de agências, de modo a caracterizar o Direito Administrativo norte-americano como o “direito das agências”, de organização descentralizada, conforme indica Alexandre de Moraes¹⁶:

[...] em face de sua organização descentralizada, existindo várias espécies de agências: reguladoras (*regulatory agency*); não reguladoras (*non regulatory agency*); executivas (*executive agency*); independentes (*independent regulatory agency or commissions*).

O grande número de agências norte-americanas criadas por diversas leis dificultava a padronização sobre seus procedimentos decisórios, dificultando inclusive a defesa dos particulares esses órgãos. Para solucionar esse problema, em 1946, foi editado o *Administrative Procedure Act*, (Lei de procedimento administrativo), que estabeleceu procedimentos uniformes para as diversas agências. (MORAES, 2002, pág. 23).

O Brasil, inicialmente sob forte influência francesa incorporou no Direito Econômico as ideias de centralização administrativa e elevada hierarquia. Somente no final do século XX que, espelhado no modelo norte-americano, voltou-se para a descentralização dos serviços públicos, com o gerenciamento e fiscalização exercidos pelas agências Reguladoras.

Gustavo Binenbojm¹⁷ aponta que, embora o Brasil tenha se espelhado no modelo desenvolvido nos Estados Unidos da América, em contexto político e ideológico são diametralmente opostos.

Nos Estados Unidos, a proliferação das agências reguladoras independentes se deu nos anos de 1930, buscando a flexibilidade e a celeridade para estabilizar a economia e

¹⁶ *Ibid.*, p. 23.

¹⁷ BINENBOJM, Gustavo. As agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia. n. 3. ago-set-out, 2005. Disponível em <https://direitopoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/redae-3-agosto-2005-gustavo-binenbojm.pdf>. Acesso em: 10.03.2024.

proteger as classes menos favorecidas. Além disso, o sistema tradicional de tripartição dos poderes gerava disputas políticas que impediam a eficiência na prestação dos serviços públicos no médio e no longo prazo. Assim, as Agências Reguladoras caracterizavam-se como entidades propulsoras da publicização de determinados segmentos econômicos, mediante mitigação de garantias clássicas da propriedade privada e da autonomia da vontade. (BINENBOJM, 2005, pág. 3).¹⁸

Concluiu Binenbojm que o modelo americano encerra as seguintes características:

- (i) as agências reguladoras surgiram e se proliferaram como instrumentos de intervencionismo e relativização das garantias liberais clássicas, como o direito de propriedade e a liberdade contratual, havidas como quase absolutas durante a fase do capitalismo liberal puro;
- (ii) a implementação de uma plataforma social-democrata, proposta pelo New Deal, só se tornou possível com a criação de agências reguladoras insuladas de pressões políticas conservadoras e dotadas de competências amplamente discricionárias para transformar a regulação erigida pela tradição da common law;
- (iii) a experiência regulatória norte-americana da segunda metade do século XX mostra que o contraponto da autonomia reforçada das agências reguladoras foi o incremento dos mecanismos de controle político, jurídico e social, realizados de diferentes formas pelos três poderes e por grupos econômicos e sociais organizados. Tais mecanismos são fundamentais, de um lado, para diminuir o risco de captura dos entes reguladores por agentes ou grupos econômicos bem organizados e, por outro lado, para aumentar o grau de responsividade social e legitimidade democrática da função regulatória. (BINENBOJM, 2005, pág. 3)

No Brasil, o modelo foi adotado em contexto de processo de desestatização e privatizações, inclusive com a preocupação de atração de investimentos, especialmente de capitais estrangeiros, mediante estabilidade e segurança, decorrente da independência das Agências Reguladoras.

Por essa razão, o modelo brasileiro apresenta como características as independências: política dos dirigentes, nas decisões técnicas, normativa e orçamentária, financeira e gerencial

A independência política dos dirigentes, decorre da nomeação por indicação do Chefe do Poder Executivo, após aprovação do Poder Legislativo, com investidura em seus cargos a termo fixo, com estabilidade durante o mandato. Essa independência impede a exoneração do dirigente nomeado *ad nutum* pelo Presidente da República.

¹⁸ *Ibid.*, p.3.

A independência quanto às decisões técnicas impede a sujeição a recurso hierárquico impróprio, ou seja, encerra a impossibilidade de revisão das decisões das Agências Reguladoras, de motivação técnica, pelos Ministérios e mesmo pelo Presidente da República.

A independência normativa, decorre da necessidade de disciplina dos serviços públicos e atividades econômicas submetidos ao seu controle. Neste ponto, é bom de ver que, embora a doutrina e a jurisprudência reconheçam a independência normativa, o alcance dela não está ainda pacificado, como será analisado adiante.

Por fim, a independência orçamentária, gerencial e financeira ampliada resulta de rubricas orçamentárias próprias e de receitas atribuídas pela lei às Agências Reguladoras.

No entanto, o Brasil não dispunha de tradição referente à regulação ao tempo de sua implementação. Essa falta de tradição brasileira quanto à matéria foi destacada por Leila Cuéllar¹⁹:

Por outro lado, e como já assinalado, a Constituição Federal em nenhum momento se refere a agências reguladoras. Mesmo após as emendas constitucionais nº 8/95 e nº 9/95, a expressão adotada é “órgão regulador” (o que, a rigor, tem pouco significado para fins hermenêuticos e, muito menos, subordina o legislador ordinário). Ademais, a lei nº 9.649, de 27.05.1998, que dispõe sobre organização da Presidência da República e dos Ministérios, utiliza o termo “órgão regulador”, ao se referir à Agência Nacional de Energia Elétrica e à Agência Nacional do Petróleo (denominação anterior da ANP). É o legislador infraconstitucional que tem conferido o nome “agência reguladora” às entidades reguladoras independentes que estão sendo criadas, provavelmente importando o termo do Direito norte-americano, [...] (CUÉLLAR, 2008, pág. 36).

Referidos artigos constitucionais deram origem às Agências Nacionais de Telecomunicações e de Petróleo – ANATEL e ANP, respectivamente – cujas leis (9.472/97 e 9.478/97) passaram a denominá-las de “agências reguladoras”.

Atualmente, com a denominação de “agência reguladora”, o Brasil com onze autarquias especiais: Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel – Lei 9.427/96), Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP – Lei 9.478/97), Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel – Lei 9.472/97), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa – Lei 9.782/99), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS – Lei 9.961/00), Agência Nacional de Águas (ANA – Lei 9.984/00), Agência

¹⁹ CUÉLLAR, Leila. Introdução às agências reguladoras brasileiras – Belo Horizonte: Fórum 2008. (Coleção Luso-brasileira de Direito Público, 2).

Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq – Lei 10.233/01), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT – Lei 10.233/01), Agência Nacional do Cinema (Ancine – Lei 10.454/01), Agência Nacional de Aviação Civil (Anac – Lei 11.182/05) e Agência Nacional de Mineração (ANM – Lei 13.575/17).

Cumpra registrar que, em função de natureza, características e finalidades, O Banco Central (BACEN – Lei 4.595/69), a Comissão de Valores Mobiliários (CVM – Lei 6.385/76) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE – Lei 4.137/62, Lei 8.884/94 e Lei – 12.529/11), embora não gozem da referida nomenclatura, podem ser classificados como “Agências Reguladoras”.

O Estado, via Agências Reguladoras, visa controlar, de certa forma, o funcionamento dos mercados e das empresas privadas, com o objetivo de manter um nível mínimo de qualidade para que o setor funcione bem, beneficiando a sociedade consumidora.

As Agências Reguladoras são criadas para determinadas áreas específicas de um determinado setor da economia. Caracterizam-se como órgão governamental técnico, com finalidade de regular e fiscalizar a atividade daquele setor específico, com poder normatizador especial, fixando os parâmetros mínimos de funcionamento das atividades econômicas, de modo específico e técnico, bem como sobre a forma que um segmento do mercado deve operar.

Frise-se que as Agências Reguladoras exercem tarefas múltiplas, das quais destacam-se: assegurar o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos, mediante controle de tarifas; universalização do serviço público para atender maiores parcelas da população; fomento da competitividade; promover a arbitragem de eventuais conflitos entre as diversas partes envolvidas no setor (consumidores, poder concedente, investidores etc.).

Por fim, as Agências Reguladoras brasileiras, foram constituídas sob a natureza de autarquias de regime especial, que integram a administração pública indireta, vinculadas ao Ministério que tem competência para tratar da respectiva atividade, porém com independência administrativa, sem subordinação hierárquica e com autonomia financeira. Seus dirigentes possuem mandato fixo e estabilidade e não se sujeitam à demissão “ad nutum”.

1.3 O PODER NORMATIVO ESTATAL E DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Inicialmente, em se tratando de poder normativo do Estado, não se pode olvidar do princípio da constitucionalidade, que determina que, “toda lei e ato normativo de um Estado seja praticado em consonância com a Constituição”. (TAVARES, 2002, pág. 426).²⁰

Na Constituição brasileira de 1988, a previsão do princípio de legalidade, sustentação e delimitação do poder normativo, está estampada no art. 5º, inciso II, que estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”.

A preocupação do constituinte com a importância do princípio da legalidade e, por conseguinte, com a inibição do arbítrio, evidencia-se a aludida preocupação, quando o constituinte reafirma o citado princípio, na fixação da anterioridade penal, ou princípio da legalidade penal, consagrado na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXXIX, que estabelece: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” e, ainda, na seara tributária, no art. 150, inciso I, da Carta Política a proibição de “exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho²¹ sustenta que o princípio da legalidade:

[...] visa a combater o poder arbitrário e se liga ao conceito de lei manifesto na Declaração de 1789. Só a lei pode criar obrigações para o indivíduo, porque ela é apenas a expressão da vontade geral. Expressão da vontade geral por seu órgão, o Parlamento. Expressão da vontade geral, que tudo e todos governa, na democracia. (FERREIRA FILHO, 2002, pág. 276).

Desta forma, somente a lei, que é a expressão da vontade geral, emanada do Parlamento, que é o órgão que representa a aludida vontade, pode criar obrigação para o indivíduo.

Trata-se do direito à liberdade, que confere autonomia ao indivíduo, do livre arbítrio para agir ou omitir-se de alguma conduta, à sua livre escolha, com limites apenas

²⁰ RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 10ª ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023.

²¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Curso de direito constitucional. 28ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.

definidos por lei em sentido oposto. Neste sentido, o entendimento de André de Carvalho Ramos²²:

O direito à liberdade consiste na possibilidade de o ser humano atuar com autonomia e livre arbítrio, salvo se existir lei obrigando-o a fazer ou deixar de fazer algo. Cabe-lhe *liberdade de escolha* até a edição de lei em sentido contrário. Com isso, uma conduta que interfira com a liberdade e bens de uma pessoa exige lei prévia que a autorize. Essa *sintonia entre liberdade e legalidade* é fruto da consagração do Estado de Direito. Fica superada a antiga submissão de todos à vontade do monarca, substituída pela vontade da lei. Nesse sentido, entre o governo dos homens ou o governo das leis, o Estado de Direito optou pelo segundo. (RAMOS, 2023, pág. 759).

No entanto, na atualidade, é de se reconhecer uma crise legislativa, ao observar-se uma tendência de transferência da legiferação para outro poder, especialmente para o Executivo, por meio de delegação, ainda que essa seja repudiada pelo Direito Constitucional clássico.

A partir do incremento das preposições positivas do Estado e, por conseguinte, da maior intervenção estatal, os Parlamentos não se mostraram capazes de atender, em matéria legislativa, estas novas necessidades.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho²³, reconhecendo a aludida crise, indica diversos fatores que contribuíram para esse novo estado de coisas:

Como se costuma assinalar, muitos fatores contribuíram para isso: a tecnicidade das questões, mormente econômico-financeiro, que tem que enfrentar o Estado-providência; a premência do tempo em relação ao volume de regras a ser aprovado; a inconveniência do debate público relativamente a certas matérias (como defesa, câmbio etc.); a necessidade de uma adaptação flexível a circunstâncias locais ou transitórias; frequência de medidas de urgência etc. Esses fatores, e outros, conduziram os Parlamentos a um dilema: ou causar paralisia do governo ou delegar poderes que não conseguiam desempenhar. (FERREIRA FILHO, 2002, pág. 155).

É bom de ver que, ao tempo de Montesquieu e do surgimento do Direito Constitucional clássico, o Poder Executivo era exercido pelo monarca, enquanto, na atualidade, o Executivo não tem origem menos democrática do que o Legislativo. Aliás, ao revés, não raro é o caso em que parece mais democrático por sua eleição repousar num mecanismo mais simples e direto.

²² *Ibid.*, pág. 759.

²³ *Ibid.*, p.155.

Além disso, não se pode olvidar que, hodiernamente, as relações econômicas e sociais são bem mais complexas e, em paralelo, a sociedade e o mercado exigem cada vez mais celeridade do Estado na formulação das normas e diretrizes gerais, o que faz com que, cada vez mais, o Poder Executivo tenha que participar da atividade legislativa, haja vista que o processo tradicional de edição de leis pelo Poder Legislativo é lento.

Afora a lentidão, nem sempre os congressistas, mesmo com suas assessorias, estão capacitados tecnicamente para resolver questões de determinados segmentos do mercado, altamente tecnológicos, os quais exigem especialidade de conhecimento para formulação dos regramentos do setor.

Na mesma esteira dos apontamentos feitos por Ferreira Filho, também Ramos²⁴ reconhece que:

Atualmente, o Estado Democrático de Direito no Brasil admite várias dimensões do princípio da legalidade, refletindo em especial os novos papéis do Poder Executivo, chamado a participar direta e indiretamente da atividade legislativa. Nesse sentido, são consagrados na doutrina e jurisprudência os seguintes princípios decorrentes da legalidade: 1) princípio da *reserva absoluta de lei*; 2) princípio da *reserva relativa de lei*; 3) princípio da *reserva formal de lei formal*; 4) princípio da *reserva de lei material*. (RAMOS, 2023, pág. 759).

Ramos trata, ainda, da Reserva de Lei em face da Reserva de Parlamento, que teria seu conceito implicitamente contido na Constituição Federal, "que consiste na exigência de necessária discussão de determinados temas no âmbito do Congresso Nacional, no qual a tensão entre a maioria e a minoria enriquece o debate em prol da sociedade". (RAMOS, 2023, pág. 763)²⁵.

Outra questão importante decorre dos chamados decretos autônomos e regulamentos os quais, pela doutrina clássica, não podem suspender, adiar ou ampliar direitos.

No entanto, dadas as características atuais das relações econômicas e sociais, Ferreira Filho²⁶ reconhece que a doutrina e a jurisprudência admitem a competência conferida ao Poder Executivo, pela Constituição, quando por ela lhe for atribuída a matéria a ser normatizada, desde que não haja lei específica sobre a matéria:

²⁴ *Ibid.*, p. 759.

²⁵ *Ibid.*, p. 763.

²⁶ *Ibid.*, p. 277.

Em princípio, como é sabido, o regulamento não pode criar ou extinguir obrigações, não pode nem mesmo suspendê-las ou adiá-las, como não amplia nem restringe direitos. Por outro lado, se costuma ensinar que, no que for além da lei, não obriga; no que for contra a lei, não prevalece. A luz desse ensinamento, que é o clássico, o regulamento *praeter legem* não obriga. Deve-se observar, todavia, que a doutrina e a jurisprudência o têm admitido como válido, desde que se fundamente em competência constitucional conferida. Assim, se a matéria, na Constituição, for atribuída ao Executivo, não havendo lei que regule os direitos e obrigações nessa esfera pode aquele poder editar as regras necessárias, criando obrigações, conferindo direitos. (FERREIRA FILHO, 2002, pág. 277).

Assim, em linhas gerais, é reconhecida a possibilidade da edição de “decreto autônomo” decorrente de lei que o autoriza, não só para regulamentar, mas também para inovar a ordem jurídica, desde que obedeça a parâmetros constitucionais e legais.

Apesar disso, a questão não está pacificada quando se trata do poder normativo das Agências Reguladoras, dadas as disposições genéricas contidas em suas respectivas leis instituidoras, como aponta Ramos²⁷:

Esse tema é discutido em face do *poder normativo das agências reguladoras*, que inova a ordem jurídica, autorizado por disposições genéricas das leis instituidoras e também *em face de determinadas leis* que autorizam atos administrativos de criação de direitos por parte de entes da Administração Pública Direta e Indireta. (RAMOS, 2023, pág. 762).

Este é o ponto central da presente pesquisa, ou seja, participar do debate quanto ao alcance do “poder normativo” das Agências Reguladoras, especialmente no que alude à inovação da ordem jurídica, com a criação de direitos e deveres em face da iniciativa privada.

²⁷ *Ibid.*, p. 762.

2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA LEGAL E A REGULAÇÃO PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal de 1988 introduziu no art. 5.º, II, o chamado princípio da legalidade, voltado a proteger o indivíduo de eventuais abusos do Estado, bem como imprimir segurança jurídica às relações sociais.

Em termos clássicos, o princípio da legalidade é basilar num Estado Democrático de Direito, eis que promove a defesa do cidadão perante o poder do Estado, haja vista que a lei limita a atuação estatal de forma a garantir a liberdade do cidadão, no sentido de assegurar ao indivíduo o exercício de qualquer de suas pretensões, desde que não seja contrária à lei.

Já para o Estado, esse princípio deve ser interpretado de forma estrita, nos termos do art. 37, caput, da Constituição Federal, segundo o qual, a Administração Pública não para fazer livremente aquilo que bem entender, ao revés, ela somente está autorizada a fazer aquilo que a lei autoriza ou determine e da forma que ela estabelecer.

Entretanto, a análise do princípio da legalidade deve necessariamente compreender também as noções de primazia da lei e de reserva legal.

A primazia da lei encerra a noção de supremacia hierárquica dela sobre qualquer instrumento normativo infralegal. Entre tais atos normativos e a lei, em eventual embate, prevalece a previsão legal.

A reserva legal, por sua vez, representa a parcela de matéria que somente poderá ser versada por lei formal.

Este ponto da legalidade, ou seja, da análise do princípio da reserva legal, é o que interessa especialmente para o desenvolvimento do presente trabalho.

2.1 O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

Inicialmente, em termos gramaticais, a palavra reserva significa que certos assuntos estão reservados ao tratamento por lei. No direito público, trata-se de importante mecanismo de controle da discricionariedade da Administração Pública, uma vez que, em determinadas matérias, a elaboração de lei a fim de regular situações de interesse da sociedade, mediante prévio processo legislativo normativamente estabelecido, exercido pelo Poder Legislativo, é que terá legitimidade constitucional e democrática.

A reserva legal, cumpre lembrar, embora se aproxime do princípio da legalidade, com este não se confunde. Trata-se de previsão expressa da obrigatoriedade de regulação de determinada matéria, por meio de lei.

Nesse sentido, André Ramos Tavares²⁸ aponta a distinção entre os dois princípios:

O princípio da legalidade reparte-se [...] em dois *fronts*. Em primeiro, exige o respeito à lei posta. Em segundo lugar, impõe que se crie direito ou dever sem amparo legal; se não há lei, não há suporte para qualquer exigência ou benefício público.

Já a expressão “reserva de lei” assume sentido próprio, que não se confunde com o princípio da legalidade, embora para ele aponte como seu horizonte mais próximo. Pela reserva legal estabelece-se a obrigatoriedade de tratamento de determinadas e específicas matérias por meio de lei. (TAVARES, 2002, p. 431).

Assim, em linhas gerais, o princípio da legalidade, mais amplo, apresenta-se no sentido de que, sem lei, não há suporte para qualquer submissão a exigência ou benefício exigível do Poder Público pelo particular. Por outro lado, o princípio da reserva legal, mais específico, acarreta questão de competência.

Dessa compreensão é que exsurge o tradicional entendimento de que ao particular é assegurado fazer ou deixar de fazer tudo aquilo que a lei não proíba (legalidade em sentido amplo), enquanto ao Poder Público só é permitido realizar aquilo que a lei autoriza ou determina (legalidade em sentido estrito).

Na distribuição da competência, para o fim de edição de normas, o princípio da reserva legal apresenta-se mediante normas constitucionais que determinam os assuntos sujeitos à regulamentação por lei em sentido formal e, por conseguinte, os limites fixados

²⁸ TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional – São Paulo: Saraiva, 2002.

para a regulação em matéria de Direito Econômico e, dentro dele, especialmente, no que alude às Agências Reguladoras.

André de Carvalho Ramos²⁹, após indicar as diversas dimensões atuais do princípio da legalidade, apresenta como consagrados na doutrina e na jurisprudência pátria, os seguintes princípios decorrentes da legalidade: a) reserva legal absoluta de lei; b) reserva legal relativa de lei; c) reserva de lei formal e d) reserva de lei material:

O princípio da *reserva absoluta de lei* consiste na exigência de que o tratamento de determinada matéria seja, em sua integralidade, regido por lei. Não há espaço para atuação regulamentar discricionária dos agentes públicos executores da lei. Por sua vez o princípio da *reserva relativa de lei* admite que determinada matéria seja regada pela lei com espaço para a atuação discricionária do agente.

[...] o princípio da *reserva de lei formal* consiste na exigência de regência de matéria por ato emanado do Poder Legislativo, fruto do processo legislativo tradicional (iniciativa, deliberação, sanção/veto e promulgação e publicação).

[...]

Já o princípio da *reserva de lei material* consiste na exigência de matéria regada por atos normativos equiparados por lei, mesmo que não oriundas do Poder Legislativo. Trata-se do reconhecimento de atos normativos oriundos do Poder Executivo na função de legislar. [...] (RAMOS, 2023, pág. 759-760).

Cumprе lembrar, no entanto, que a Constituição Federal admite atos do Poder Executivo com força de lei – a medida provisória – que pode criar direitos e obrigações, embora com vários limites constitucionais sobre matérias que não podem ser objeto das referidas medidas.

Repise-se, conforme já tratado no subitem anterior, relativo ao Poder Normativo, que a doutrina já reconhece uma espécie de crise legislativa, decorrente de diversos fatores, especialmente pela ocorrência de novas tecnologias e pela celeridade das relações sociais atuais que demonstram que, nem sempre, o Poder Legislativo consegue acompanhar e responder por tais demandas a tempo e com eficiência.

Importante, ainda, a verificação da necessidade de regulação das atividades econômicas, especialmente após as privatizações e o consequente retorno dos respectivos exercícios pela iniciativa privada, muitas das vezes em áreas extremamente sensíveis à sociedade e ao próprio Estado.

Daí decorre o cerne do presente trabalho, no sentido de que se reconhecer a exigência de celeridade, técnica e eficiência na regulação dessas atividades sem ferir ao

²⁹ RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 10ª ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023.

princípio da reserva legal, ou seja, de estabelecer os limites dessa função regulatória do Estado, especialmente pelas Agências Reguladoras.

2.2 A REGULAÇÃO ESTATAL DA ATIVIDADE ECONÔMICA NO DIREITO ECONÔMICO BRASILEIRO

Em uma sociedade cada vez mais complexa, a teoria econômica ganha crescente importância, no sentido da obtenção dos melhores resultados, para um complexo de necessidades humanas das mais variadas, em face dos recursos escassos. Tais necessidades não são só de caráter econômico restrito, mas se estendem para questões sociais, inclusivas e ambientais, dentre outras.

Nesse contexto, de um modo bastante sintético, pode-se dizer que as ciências econômicas e o direito acompanharam essa evolução histórica de modo a ocorrer a interação entre os conceitos econômicos e jurídicos, o que fez surgir o denominado Direito Econômico, como disciplina autônoma, que visa ordenar as atividades econômicas, tanto na chamada macroeconomia, como nas relações microeconômicas.

Dada a consequente relevância do Direito Econômico, no caso do Brasil, a Constituição de 1988 dedicou um título específico para a Ordem Econômica, o qual compreende os artigos 170 a 192, que apontam para uma linha liberal, porém com a intervenção estatal, como se observa da análise de seus objetivos e fundamentos declinados no referido art. 170, *caput*, que combina a “livre iniciativa”, com “existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

Cumprе frisar, no entanto, que além do título específico da Ordem Econômica, outros valores e princípios constitucionais também orientam aspectos relacionados à economia, como, apenas exemplificando, o art. 3º que indica prestações positivas para o Estado, quanto à construção de “uma sociedade livre, justa e solidária”, a “garantia do desenvolvimento nacional” e a “erradicação da pobreza e das desigualdades sociais e regionais”.

Assim, pode-se dizer que a Constituição atual adotou uma configuração diferenciada do liberalismo clássico e do intervencionismo social, caracterizada por uma forma de intervenção econômica e social reguladora.

Por outro lado, apesar da importância dada pela Constituição Federal vigente, Barroso³⁰ aponta que, mesmo antes da Carta de 1988, o Brasil já contava com alguns órgãos de regulação:

No Brasil, o art. 174 da Constituição de 1988 já previra a função reguladora a ser desempenhada pelo Estado. Não obstante, muito antes, entre as décadas de 30 e 70, surgiram alguns órgãos estatais com funções reguladoras, como, por exemplo, o Conselho Nacional de Telecomunicações (Contel) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Esses órgãos resistiram ao longo do tempo, mas viram frustrada sua efetiva atuação reguladora porque, à exceção do Cade, nasceram subordinados, decisória e financeiramente, ao Poder Executivo, fosse à Presidência da República, ou mesmo a algum Ministério. (BARROSO, 2002, pág. 110).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho³¹ vai mais além, ao apontar que, embora vários entes reguladores tivessem surgido no período de 1930-1945, no governo Vargas, outros foram criados anteriormente:

Note-se, porém, que já em 1918 havia sido criado um Comissariado de Alimentação Pública e, em 1923, um Instituto de Defesa Permanente do Café. O primeiro, de existência fugaz, visava enfrentar dificuldades de abastecimento resultantes do conflito mundial. O segundo, para regularizar a produção e controlar a exportação desse produto, que era de importância vital para a balança cambial do país. (FERREIRA FILHO, 2002, pág. 135)

Outros órgãos de regulação não citados pelo autor também foram criados anteriormente à Carta Política vigente, como o Banco Central (Bacen) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), ambos com finalidades regulatórias e com efetiva atividade em seus segmentos.

Seguindo a análise da Constituição Federal, o art. 173, *caput*, por sua vez, indica que a “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”, ou seja, limita a atuação estatal direta na economia, para

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. In: MORAES, Alexandre de (org). Agências reguladoras – São Paulo: Atlas, 2002. 2ª tiragem;

³¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. In: MORAES, Alexandre de (org). Agências reguladoras – São Paulo: Atlas, 2002. 2ª tiragem;

questões específicas, valorizando, por conseguinte, o exercício das atividades econômicas pela iniciativa privada.

Cumpra registrar que a exploração da atividade econômica não se confunde com a de prestação de serviços públicos, tanto pela sua característica subsidiária, quanto pelo emprego de regras próprias e diferenciadas. Realmente, dada a prevalência do princípio da livre iniciativa, a atuação direta do Estado no domínio público, na condição de empresário, só pode ocorrer em hipóteses restritas e constitucionalmente previstas.

Considerando que a Constituição Federal estabelece como regra que o Estado se abstenha do exercício direto da atividade econômica, Sérgio Guerra³² aponta que a Ordem Econômica vigente adota o princípio da subsidiariedade:

O princípio da subsidiariedade, na seara do Direito Econômico, impõe ao Estado que se abstenha de intervir e o dever de regular as atividades que possam ser satisfatoriamente exercidas e autorreguladas pelos particulares em regime de liberdade. Ou seja, à medida que os valores constitucionais assegurados não sejam prejudicados, o Estado não deve restringir a liberdade dos agentes econômicos e, caso necessário, deve fazê-lo da maneira menos restritiva possível. (GUERRA, 2012, pág. 92).

Por outro lado, Gilberto Bercovici³³ faz acirrada crítica à ideia de adoção do princípio da subsidiariedade pela Constituição Federal de 1988. O autor informa que o aludido princípio surgiu pelo fascismo, na “Carta del Lavoro”, editada por Benito Mussolini em 1927 e veio a estruturar a iniciativa econômica de outras ditaduras (Espanha 1939-1975 e Brasil, na carta de 1937). O autor nega que o Estado, aí incluída a atividade reguladora, estaria submetido ao princípio da subsidiariedade e afirma:

Na realidade, a Constituição de 1988 não incorporou, explícita ou implicitamente, o chamado princípio da subsidiariedade. O texto constitucional abriga, inclusive, inúmeros princípios ideologicamente contrapostos ao credo liberal. Por mais que alguns autores desejem, a ordem econômica constitucional brasileira não é liberal, tendo incorporado elementos liberais, sociais, intervencionistas, nacionalistas, desenvolvimentistas e cooperativistas, entre outros. A ideologia e o juízo político contrários ao intervencionismo ou ao Estado não podem ser transformados em uma imposição constitucional simplesmente pela vontade de seus defensores. O Estado não só pode como deve atuar na esfera econômica e social, legitimado

³² GUERRA, Sérgio. Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede – Belo Horizonte: Fórum, 2012.

³³ BERCOVICI, Gilberto. O princípio da subsidiariedade e o autoritarismo. 2015. In <https://www.conjur.com.br/2015-nov-08/estado-economia-principio-subsidiariedade-autoritarismo/>. Acesso em 12.03.2024

por toda uma série de dispositivos constitucionais. (BERCOVICI, 2015, pág. 3)

Quando admitida e necessária, o exercício direto da atividade pelo Estado caracteriza-se, em regra, mediante criação de empresas públicas e sociedades de economia mista, às quais a Constituição Federal estabeleceu um regime jurídico próprio, que se aproxima daquele aplicável à iniciativa privada, conforme princípios dispostos no art. 173, § 1º.

A liberdade do mercado, no entanto, não é plena, como consagrada pelo liberalismo clássico, haja vista que o art. 174 estabelece que o Estado exercerá a atividades de fiscalização, incentivo e planejamento.

O planejamento e os incentivos estão voltados à construção de uma matriz ou plano de desenvolvimento econômico do país, visando a coerência entre as metas estabelecidas, as atividades exercidas para tanto e a busca de resultados otimizados na relação custo-benefício.

Por outro lado, a fiscalização constitui reflexo da valorização da atividade privada em detrimento do exercício direto da atividade econômica pelo Estado, uma vez que o Estado, ao deixar o protagonismo da atuação, reserva para si a fiscalização da atividade e, de consequência, a regulação das atividades, essencialmente daquelas que são mais sensíveis à sociedade. O Estado regulador está voltado para a normatização e monitoramento da atividade produtiva, com escopo na indução do desenvolvimento, no incentivo à concorrência e na correção de eventuais falhas do mercado.

Além do art. 174, em razão de Emendas à Constituição (8/95 e 9/95), o art. 21, XI, passou a conter expressamente a criação de um órgão regulador para os serviços de telecomunicações e, no art. 177, § 2º, III, o órgão regulador da atividade petrolífera.

Importante salientar que o legislador infraconstitucional dotou as Agências Reguladoras de autonomia e, desde então, diversas foram criadas no âmbito federal e por alguns Estados-membros.

2.3 A REGULAÇÃO EXERCIDA PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

As Agências Reguladoras no Brasil assumem a natureza de autarquias e, bem por isso, devem seguir a determinação prevista no art. 37, XIX, da Constituição Federal, ou seja, devem ser criadas por lei específica. De igual modo, sua eventual extinção deve realizar-se pelo mesmo instrumento legislativo.

No entanto, estes órgãos são considerados *autarquias em regime especial*, dado o conjunto de privilégios específicos que lhes são outorgados pela lei, em especial no que alude à sua independência em relação ao Poder Público.

No exercício de suas atividades e funções, as agências reguladoras necessitam de uma certa discricionariedade e imunidade a injunções. Neste sentido, Barroso³⁴ leciona que:

É desnecessário, com efeito, enfatizar que as agências reguladoras somente terão condições de desempenhar adequadamente seu papel se ficarem preservadas de ingerências externas inadequadas, especialmente por parte do Poder Público, tanto no que diz respeito a suas decisões político-administrativas quanto a sua capacidade financeira. Constatada a evidência, o ordenamento jurídico cuidou de estruturá-las como autarquias especiais, dotadas de *autonomia político-administrativa* e *autonomia econômico-financeira*. (BARROSO, 2002, pág. 121).

Como garantia da autonomia administrativa, a legislação inclui, por exemplo, nomeação dos diretores, na esfera federal feita pelo Presidente da República, com aprovação do Senado, mandato fixo de três ou quatro anos e impossibilidade de demissão *ad nutum*, eis que os diretores só poderão ser demitidos mediante falta grave, apurada sob o pálio do devido processo legal.

Ainda no tocante à autonomia administrativa, os dirigentes são impedidos de prestar qualquer serviço às empresas sob sua regulação ou fiscalização, inclusive controladas, coligas ou subsidiárias, direta ou indiretamente, pelo período de doze meses subsequentes ao término dos respectivos mandatos. Trata-se de um regime próprio para

³⁴ *Ibid.*, p. 121.

os dirigentes, que não se submetem às mesmas regras impostas aos demais agentes administrativos.

A autonomia financeira, por sua vez, decorre da existência de dotação orçamentária e, ainda, da arrecadação de receitas provenientes de taxas de fiscalização e regulação, bem como da participação em contratos e convênios, como, por exemplo, nos setores de energia elétrica e petróleo.

Não se pode olvidar que as agências reguladoras surgiram em função da descentralização administrativa, como melhor forma para conciliar a atuação típica do Estado, em particular o poder de polícia. Nessa atividade, além de demandarem personalidade jurídica de direito público, exigem uma determinada flexibilidade negocial e, bem por isso, as autonomias administrativa e financeira, dada a necessidade de atuação tempestiva e eficaz, sem as burocracias típicas da administração direta e, ainda, o afastamento em relação a eventuais interferências político-partidárias. Tais características justificam a não inclusão na estrutura clássica de hierarquia aos ministérios e influência política direta do Governo.

As respectivas autonomias entregam às agências reguladoras as necessárias características de estabilidade, neutralidade e independência, tanto em relação aos operadores do mercado, mas, em especial, com relação às variações dos poderes políticos.

No dizer de Leila Cuéllar³⁵:

Procura-se também garantir a continuidade e a estabilidade da atuação regulatória, no intuito de prestigiar o desenvolvimento duradouro do mercado em benefício dos usuários. Essas qualidades da regulação diminuem os riscos nos respectivos setores, instaurando um ciclo virtuoso que contribuirá para uma ainda maior estabilidade jurídico-econômica e gerará benefícios a todos os envolvidos. Por exemplo, no caso dos serviços público, é preciso que o ente regulador conquiste a confiança de todos (das empresas reguladas e dos usuários) e represente estabilidade em seu funcionamento em suas decisões. A sua independência funcional e orgânica (está caracterizada precipuamente pela forma de designação e mandatos de seus membros diretores) procura permitir que haja certeza de atuação eficaz das agências. (CUÉLLAR, 2008, pág. 83).

Observe-se que o escopo é a busca da eficiência, que implica no cumprimento de metas e objetivos com o mínimo de gastos ou outros efeitos negativos, além de constituir princípio constitucional inserido no art. 37.

³⁵ CUÉLLAR, Leila. Introdução às agências reguladoras brasileiras – Belo Horizonte: Fórum 2008. (Coleção Luso-brasileira de Direito Público, 2).

Outra questão importante, decorre da independência funcional das agências reguladoras, a qual consiste na liberdade quanto à fixação dos objetivos a serem perseguidos e dos instrumentos a serem utilizados, para tanto.

As Agências Reguladoras exercem diversas atribuições, dentre elas permitir o acesso de operadores privados na atividade regulada, supervisionar o respectivo segmento do mercado, aplicar sanções e punições, quando necessárias, proteger os consumidores e usuários, dirimir conflitos e, o que interessa particularmente para o presente trabalho, produzir normas.

O acesso tem por fundamento a livre iniciativa e a livre concorrência, o que exige implementação fática, sem que se criem obstáculos ou dificuldades para o ingresso de novos operadores no referido mercado, fomentando a competitividade.

A supervisão caracteriza-se, especialmente pelas emissões de autorizações, fiscalizações, execução de autorizações, permissões e concessões aos particulares, para o exercício de determinados serviços públicos.

A função sancionadora decorre do próprio exercício da fiscalização, inclusive para dar efetividade à supervisão.

A proteção dos consumidores ou usuários, decorre da necessidade da garantia de prestação de serviços públicos de qualidade e a preços justos, controle tarifário e manutenção do equilíbrio econômico e financeiro dos contratos.

As leis instituidoras das Agências Reguladoras estabelecem a competência para dirimir conflitos, no sentido de resolver as controvérsias de forma amigável, entre as diversas partes envolvidas (consumidores, concessionárias, investidores etc.), inclusive, em alguns casos, com a utilização da arbitragem. Cabe frisar que essa atividade não se confunde com aquela exercida pelo Poder Judiciário, eis que as agências, por óbvio, não desenvolvem atividade jurisdicional.

Apresentadas de forma sintética as funções regulatórias acima, passa-se à análise mais aprofundada da produção normativa, dada a vinculação direta com o cerne da questão tratada nesta pesquisa.

A produção normativa consiste na implementação de normas, haja vista que o poder de emitir atos normativos é intrínseco à atividade de regulação, quer realizada pela administração pública diretamente, quer por entidade relativamente independente, quer

por aquelas totalmente independente, eis que não é algo privativo às Agências Reguladoras, mas condizente a qualquer atividade regulatória.

Quando se trata das agências independentes, aquelas as quais são atribuídas competência para regular algum determinado setor econômico, a partir das políticas públicas do respectivo setor, devem possuir conhecimento técnico aprofundado relativo à atividade de interesse social, a fim de disciplinar a conduta dos agentes econômicos.

A partir da referida política pública do setor, por meio de lei ou de ato administrativo, cabe à autoridade reguladora efetuar sua implementação, sendo um dos meios a emanção de normas jurídicas regulamentares.

Trata-se de relacionamentos jurídicos que, por sua configuração repetitiva, ou por interesse social, exigem a edição de regras gerais as quais devem ser seguidas por todos que as concretizarem. Caso não houvesse uma regulação prévia, seria instalado o caos e a desigualdade nos setores econômicos essenciais ao desenvolvimento nacional. Assim, se conclui que a atribuição normativa das agências independentes é intrínseca ao seu papel regulador, não se regula sem competência normativa.

Os diplomas legais que instituíram as Agências Reguladoras, preveem a competência normativa de cada entidade, tornando-se importante que seja fixado o conteúdo e o limite do poder normativo de cada agência, especialmente, quando se trata do princípio da separação dos poderes e da legalidade, previstos na Constituição Federal.

A título de exemplo dessa função normativa, a Lei 9.427/1996, que criou a Aneel, dispõe em seu Art. 3.º, inciso X, que compete à Agência, “fixar as multas administrativas a serem impostas aos concessionários, permissionários e autorizados de instalações e serviços de energia elétrica.

No mesmo sentido, a Anatel, criada pela Lei 9.472/1997, a qual traz em seu art. 19, que compete à Agência “adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade” e, de modo especial, “expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público”, conforme inciso IV do referido artigo e, ainda, “expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado”, os termos do inciso X.

Outros exemplos de leis instituidoras de Agência Reguladoras estabelecem competência normativa às referidas autarquias especiais: a) Lei 9.782/1999, de criação da Anvisa, art. 7.º, incisos III e IV; b) Lei 9.961/2000, de criação da ANS, art. 4.º, incisos IX e XVIII; c) Lei 10.233/2001, de criação da ANTT e da ANTAQ, nos seus artigos 24, inciso V e 27, incisos IV e XIV

Cabe salientar que a competência normativa não deve se confundir com a legislativa, que é privativa do Poder Legislativo, consistente na emanção de determinações primárias, geralmente com conteúdo normativo e sob forma de lei, em decorrência do poder originário para isso, contendo preceitos abstratos e genéricos.

Para Marçal Justen Filho³⁶, resume-se a diferença entre as competências normativas e legislativa em:

A competência normativa consiste no poder de produzir normas de conduta, em virtude da qual são gerados comandos destinados a regular a conduta intersubjetiva. A competência legislativa configura-se como o poder de produzir normas jurídicas de cunho legislativo. (JUSTEN FILHO, 2002, p. 484).

Observa-se que, ao se falar em poder das Agências Reguladoras para expedir normas de natureza abstrata, admite-se a própria competência administrativa e não a legislativa. Importa, em verdade, como manifestação da discricionariedade, ou seja, é o exercício do poder-dever de escolher a implementação pública mais adequada que já fora estabelecida em lei, por meio do manejo, da competência, por lei atribuída a cada uma das agências.

Para Leila Cuéllar³⁷, trata-se de um poder normativo regulamentar temperado, adaptado ao sistema jurídico brasileiro:

[...] não podendo: (i) inovar de forma absoluta, *ab ovo*, na ordem jurídica, (ii) contrariar a lei e o direito, (iii) desrespeitar o princípio da tipicidade, (iv) impor restrições à liberdade, igualdade e propriedade ou determinar alteração do estado das pessoas, (v) ter efeito retroativo (em princípio). Além disto, a expedição de regulamentos deve ser fundamentada, precisa respeitar a repartição de competências entre os entes da Federação, e se submete a controle pelo Poder Judiciário.” (CUÉLLAR, 2001, P.142).

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002;

³⁷ CUÉLLAR, Leila. As agências reguladoras e seu poder normativo. São Paulo: Dialética, 2001.

Por vezes, a implementação das normas aplicáveis aos setores econômicos regulados refere-se às próprias funções exercidas pelas agências reguladoras, como a edição de autorizações, fiscalização e poderes de investigação, entre outros, por exemplo.

Em relação aos serviços públicos, a regulação, em linhas gerais, mas também na produção normativa, tem por escopo a eficiência em sua prestação, sem se olvidar da justiça social, razoável fixação das tarifas e abertura do mercado de concorrência. Os serviços públicos assim se definem, por sua grande importância social. Não se trata de prestação de serviços apenas, mas a confirmação de políticas de cidadania e nacionalidade. Por esse motivo, a Administração Pública deve dar uma atenção diferenciada, a fim de que se evite uma prestação viciada ou excludente, necessitando a sua compreensão como fator indispensável à cidadania.

3 LIMITES DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS EM FACE DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA RESERVA LEGAL E DA LIVRE INICIATIVA

Apesar da necessidade de produção normativa por parte das agências reguladoras, a matéria ainda é bastante polêmica, quanto ao controle dessa atividade. O entendimento caminha no sentido de que, mesmo com a independência que dispõem, há necessidade de controle exercitado pelos Poderes constituídos.

Assim, é possível o exercício de mecanismos de controle pelo Poder Executivo, que tem a iniciativa de lei para criar, alterar e extinguir as agências, bem como indicar no projeto de lei as funções e finalidades da respectiva agência.

O Poder Legislativo conta com a prerrogativa de sustar atos normativos do Poder Executivo, nos termos da art. 49, V da Constituição Federal, bem como, via Tribunal de Contas, fiscalizar a gerência dos recursos públicos por parte das agências.

Com relação ao Poder Judiciário, não se pode olvidar que o Brasil adota o sistema de jurisdição única, com a possibilidade de amplo acesso para solução de conflitos de qualquer natureza, conforme art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, que dispõe que a lei “não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

No entanto, em situações práticas, as linhas que determinam esses limites não são, em alguns casos, de fácil visualização, quer na doutrina, quer na jurisprudência, como se verá adiante.

3.1 FINALIDADES FISCALIZATÓRIA E NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E CONTROLE EXTERNO

Como já explanado, a regulação vincula-se à ideia de alterar o comportamento dos particulares, interferindo na atuação de modo a evitar condutas de interesse egoístico. Desta forma, o Estado age, no mais das vezes, mediante interferência dada por meio de

incentivos ou imposições, de sorte a conferir ao regulado o interesse social proveniente daquele específico setor econômico.

Barroso³⁸ reconhece como necessária a independência de que devem usufruir as agências reguladoras no exercício de suas atividades fiscalizatórias. No entanto, também aponta para a polêmica relacionada à questão do controle:

[...] a lei confere às agências reguladoras autonomia político-administrativa, isto é, uma insubordinação hierárquica em relação aos órgãos do Poder Executivo. Assim, não será possível o controle administrativo pela via do recurso hierárquico impróprio e é, em princípio, inadmissível que as decisões tomadas pelas agências possam ser revistas ou modificadas por algum agente político (Ministro ou Secretário de Estado). O controle por parte do Poder Executivo sobre as agências limita-se, como regra, à escolha de seus dirigentes, sob pena de se ofender a autonomia assegurada às agências pelas leis que as instituem. (BARROSO, 2002, pág. 126)

Como se vê, o referido controle se limita praticamente à escolha dos dirigentes e, por conseguinte, o recurso hierárquico impróprio seria inadmissível. Ocorre que o posicionamento acima não é acompanhado de forma pacífica pela doutrina, no que alude à possibilidade de controle pelo próprio Poder Executivo.

Sobre o tema, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, reconhece que as Agências Reguladoras não se sujeitam à revisão pelas autoridades do Poder Executivo dos atos, normativos ou não, por elas praticados.

Apesar disso, Ferreira Filho³⁹ ressalva que, a partir de precedentes, o chefe do Poder Executivo pode rever atos da administração indireta:

Assim, seus atos, normativos ou não, fogem à revisão pelas autoridades do Executivo, seja Ministro a cujo departamento o ente estiver vinculado, seja, em última instância, ao Presidente da República. Entretanto, não é seguro que prevaleça essa interpretação, à vista dos precedentes. Estes são no sentido de que o chefe do Executivo pode sempre rever atos da administração indireta. (FERREIRA FILHO, MORAES org., 2002, pág. 140)

Por sua vez, em demonstração de que a doutrina não é assente sobre a questão, Sérgio Guerra⁴⁰, após tecer considerações sobre as previsões legais contidas no Decreto-

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. In: MORAES, Alexandre de (org). Agências reguladoras – São Paulo: Atlas, 2002. 2ª tiragem;

³⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. In: MORAES, Alexandre de (org). Agências reguladoras – São Paulo: Atlas, 2002. 2ª tiragem.

⁴⁰ GUERRA, Sérgio. Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede – Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Lei 200/69, adotando uma posição praticamente contrária àquela adotada por Barroso, entende pela possibilidade do recurso hierárquico impróprio em situação de excepcionalidade:

Destarte, não deve ser admitido recurso hierárquico impróprio contra decisões finais das Agências Reguladoras (cuja lei de criação disponha que suas decisões se deem em último grau), quando exercem as funções executivas, normativas ou judicantes dentro dos limites de suas competências preponderantemente técnicas. Contudo, se as Agências Reguladoras usurparem competência legal dos Ministérios e atuarem em flagrante contraste às normas legais, pode-se admitir recurso hierárquico impróprio. (GUERRA, 2012, pág. 129)

Apesar do elevado grau de autonomia das agências reguladoras, não há que se falar em autonomia absoluta, eis que a independência não pode acarretar arbitrariedade, o que pode ser resolvido à luz do caso concreto.

De qualquer forma, não se pode negar que os doutrinadores convergem para o entendimento de que as Agências Reguladoras gozam de autonomia e discricionariedade diferenciada e, diante desse elevado grau de autonomia, é de se perguntar quais as formas de controle da atividade por elas desenvolvida, além do controle do Executivo, haja vista que ocorre excepcionalmente. Assim, não há uma independência absoluta, eis que não se pode admitir arbitrariedade.

Na verdade, o controle é feito de forma múltipla, também pelo Legislativo, Tribunal de Contas, Poder Judiciário, além do controle social, que é levado a efeito pelo mercado e pelos usuários.

Seu controle financeiro, por exemplo, é feito pelo Tribunal de Contas, conforme artigo 70 da Constituição Federal. Assim, anualmente cada Agência Reguladora apresenta um relatório anual de atividades de sua competência ao Ministério ao qual está vinculada e ao Congresso Nacional.

Quanto ao Poder Legislativo, esse exerce uma fiscalização indireta, concretizada através da aprovação das pessoas que compõe o órgão de direção das Agências Reguladoras, verificando se o corpo dirigente possui as qualificações que o cargo exige, ou se não possuem qualquer causa de incompatibilidade.

Vale lembrar que as comissões parlamentares de inquérito podem colher depoimentos, documentos, informações etc. Destacado, então, o controle indireto por parte do Legislativo.

Também pode o Poder Legislativo criar agências reguladoras, alterar seus dispositivos ou, até mesmo, extingui-las. A importância do Poder Legislativo no controle das agências reguladoras é bem destacada por Adilson Abreu Dallari⁴¹:

O poder legislativo não exerce apenas a atividade de legislar: fazer as leis. Ele tem papel extremamente relevante no tocante à formulação de políticas públicas, especialmente ao discutir e aprovar os orçamentos e votar a lei de diretrizes orçamentárias. Mas, sem dúvida alguma, cabe ao Parlamento um papel fundamental no acompanhamento e na fiscalização das atividades da Administração Pública, seja por meios ordinários, seja por meios extraordinários, como as comissões parlamentares de inquérito. (DALLARI, 2003, P. 18).

É de se destacar, ainda, a existência de outros meios de controle, tais como: os pedidos escritos de informação, convocação para comparecimento, fiscalização de atos da Administração Direta e Indireta, aprovações e autorizações de atos do executivo, CPI, sustação de atos normativos do Poder Executivo, fiscalização financeira e orçamentária. Todos previstos na Constituição Federal, em seus artigos 50, §2º; 50; 49, X; 49, V e 70, respectivamente.

No artigo 5º XXXV da Constituição Federal está versada a forma de controle externo do Poder Judiciário sobre os atos praticados pelas Agências Reguladoras.

Em se tratando dos limites de tal atuação, é admissível no que tange as políticas públicas adotadas pelas agências, bem como, seus atos administrativos abstratos e concretos, Marçal Justen Filho⁴², entende que o controle jurisdicional é possível, inclusive quanto à discricionariedade:

[...] O controle jurisdicional não pode invadir aquele núcleo de autonomia decisória inerente à discricionariedade. Mas o respeito a esse núcleo de mérito não significa sequer impossibilidade de questionamento e exame. O Judiciário pode verificar se a autoridade administrativa adotou todas as providências necessárias ao desempenho satisfatório de uma competência discricionária. (JUSTEN FILHO, 2002, p. 590).

Luís Roberto Barroso⁴³, apesar de entender pela impossibilidade de controle pelo Poder Executivo, pela via do recurso hierárquico impróprio, conclui que a autonomia das Agências Reguladoras é relativa, quando se trata do controle dos atos administrativos, eis

⁴¹ DALLARI, Adilson Abreu. Controle político das agências reguladoras. *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 18, 2003;

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002.

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras: Constituição, transformações do estado e legitimidade democrática – Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, n. 229, p. 285-311, jul./set. 2002.

que cabem algumas exceções, como aquela exercida pelo Poder Judiciário, ainda que de forma contida:

[...] no tocante às decisões das agências reguladoras, a posição do Judiciário deve ser de relativa autocontenção, somente devendo invalidá-las quando não possam resistir aos testes constitucionalmente qualificados, como os da razoabilidade ou moralidade, já mencionados, ou outros, como o da isonomia e mesmo o da dignidade da pessoa humana. Notadamente no que diz respeito a decisões informadas por critérios técnicos, deverá agir com parcimônia, sob pena de se cair no domínio da incerteza e do subjetivismo. (BARROSO, 2002, p. 306).

Destacam-se como controle social sobre as Agências Reguladoras os mecanismos que permitem a particulares a participação efetiva nos órgãos das agências ou na participação indireta, influenciando na sua atuação. É o controle voltado a setores da sociedade sobre os serviços públicos, prestados pelo Estado ou por empresas privadas.

Como garantia dessa participação popular, se destacam as Ouvidorias, as quais recebem e analisam as reclamações e sugestões formuladas pelos usuários ou consumidores, sendo essa repartição que propõe medidas para atender as queixas.

Há também os conselhos consultivos: órgãos opinativos que visam manifestar sobre o plano geral, plano de metas e demais políticas governamentais das agências, antes de serem encaminhados aos respectivos Ministérios afins, podem aconselhar a eliminação de determinado serviço prestado, apreciar relatórios anuais do Conselho Diretor, fazer proposições etc. O conselho consultivo é composto por representantes da sociedade.

Portanto, o controle social, nada mais é do que a atuação direta de representantes da sociedade nos órgãos deliberativos e/ou diretórios das agências reguladoras.

Não se pode olvidar do controle social efetuado por meio de audiências públicas, em que são coletados subsídios e informações, propiciando que os particulares se manifestem e deem publicidade dos atos regulatórios das agências

Os contratos de gestão, são outra forma de controle social, relativo a algumas agências reguladoras, não se trata de um contrato jurídico em si, mas sim de um contrato gerado entre o órgão público e uma pessoa jurídica de Direito Público interno, ou seja, não há obrigações e prestações recíprocas, pois cabe ao Ministério apenas acompanhar a execução do contrato, avaliar seu desempenho institucional e divulgá-lo. Em contrapartida cabe a autarquia o dever de aprimorar o serviço público incumbido a ela,

nos termos do contrato de gestão. Importante frisar que o contrato não é comutativo, dado que ambas as partes visam o mesmo interesse.

Tamanha a importância do contrato de gestão como forma de controle das agências e de suas atividades desenvolvidas, que houve a criação de um Projeto de Lei 3.337/04, embora hoje arquivado:

Será o instrumento de acompanhamento da atuação administrativa da autarquia e da avaliação do seu desempenho, tendo como objetivos aperfeiçoar o acompanhamento da gestão, promovendo maior transparência e controle social e aperfeiçoar as relações de cooperação da Agência com o Poder Público, em particular no cumprimento das políticas públicas definidas em lei. Além de estabelecer parâmetro para a administração interna da Agência Reguladora, o contrato de gestão e de desempenho deverá especificar, minimamente, as metas de desempenho administrativo e de fiscalização a serem atingidas, prazos de consecução e respectivos indicadores e os mecanismos de avaliação que permitam quantificar, de forma objetiva, o seu alcance, estimar os recursos orçamentários e cronograma de desembolso dos recursos financeiros necessários ao alcance das metas pactuadas, e fixar as obrigações e responsabilidades das partes em relação às metas definidas e a sistemática de acompanhamento e avaliação, contendo critérios, parâmetros e prazos, bem como as medidas a serem adotadas em caso de descumprimento injustificado das metas e obrigações pactuadas.⁴⁴

Assim, é de se concluir que, embora as Agências Reguladoras gozem de independência, como autarquias especiais que possuem o maior grau de autonomia, são submetidas a diversas formas de controle, com o intuito de que seja garantida maior legitimação à sua atuação.

3.2 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO SOBRE OS LIMITES DE ATUAÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Como já tratado anteriormente, com a Reforma Administrativa do Estado, que se deu no Brasil na década de 1990, buscou-se o aprimoramento e a adaptação à nova

⁴⁴ OLIVEIRA E SILVA, José Dirceu de. Projeto de Lei 3.337, de 2004. Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, acresce e altera dispositivos das Leis nº 9.472, de 16 de julho de 1997, nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, nº 9.984, de 17 de julho de 2000, nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e nº 10.233, de 5 de junho de 2001, da Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências. Disponível em:

realidade, o que fez exsurgir diversos instrumentos novos de gestão pública e meios de organização da Administração Pública.

Neste contexto, o Estado deixa de ser o ator principal no mercado passando a ser coadjuvante, agindo como orientador nos rumos a serem trilhados pela iniciativa privada e, para tanto, atuando mais na definição dos limites do exercício dessa atividade, de modo a dar efetividade às políticas públicas.

Sob esse prisma, a regulação no exercício de atividades de gerenciamento, normatização e fiscalização do exercício da atividade econômica, encerra importante instrumento.

No entanto, dentre as competências dessa atividade, é na condição de criadora das normas de regulação do mercado que reside o maior embate doutrinário sobre o tema.

Cabe lembrar que, em termos clássicos da estrutura do Estado Moderno, em regra, é o Poder Legislativo o titular da competência para editar normas, sobretudo as leis, de acordo com o devido processo legal previamente estabelecido e as Agências Reguladoras não fazem parte deste Poder.

Assim, o poder normativo ou regulador das Agências Reguladoras, especialmente quanto à fixação de quais são os limites deste poder e quais as barreiras do sistema jurídico brasileiro para o respectivo exercício, encerra questão que ainda carece de pacificação. O tema permanece controvertido, eis que não há um consenso objetivo sobre o assunto, havendo diferentes posicionamentos que merecem ser considerados e avaliados.

Luis Roberto Barroso aponta que a normatização das Agências Reguladoras deverá ser apenas de ordem operacional e, por conseguinte, não abrange o poder de regulamentar leis, muito menos inovar na ordem jurídica ou contrariá-la, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da separação dos poderes. (BARROSO, 2018, pág. 55)⁴⁵.

No mesmo sentido, Edmir Netto de Araújo⁴⁶ entende que as Agências Reguladoras não podem inovar a ordem jurídica ou contrariá-la, sob pena de violação aos

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto, Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018;

⁴⁶ ARAÚJO, Edmir Netto de. In: MORAES, Alexandre de (org). Agências reguladoras – São Paulo: Atlas, 2002. 2ª tiragem.

princípios da legalidade e da separação de poderes. Sustenta a limitação da normatização à seara operacional:

Assim, suas normatizações deverão ser operacionais apenas, regras que, às vezes aparentemente autônomas, prendem-se a disposições legais efetivamente existentes. [...]

Mesmo assim, essa definição de regras operacionais e tecnicamente discricionárias não pode contrariar normas legais e inovar na ordem jurídica legal-formal. Com efeito, até autores que sabidamente apoiam em maior grau o exercício da função regulatória ressaltam essa função essencialmente operacional do processo de regulação e a necessidade da observância dos parâmetros legais. (ARAÚJO, 2002, pág. 55-56).

Floriano de Azevedo Marques Neto⁴⁷, no entanto, defende a constitucionalidade dos poderes normativos das Agências Reguladoras sustentando que, em função da enorme dificuldade de operação dentro dos limites rígidos do positivismo jurídico e, em especial, do princípio da legalidade, em paralelo a um forte exercício da atividade regulamentadora, as agências independentes não estão subordinadas ao princípio da legalidade, mas apenas à “*régle de droit*”:

O fato é que a atuação destes órgãos reguladores reflete a crise vivida pelo princípio da legalidade, crise esta que não decorre meramente do fenômeno do surgimento das agências, mas da própria profusão de fontes normativas. Aqui parece se colocar a chave para superar a crítica, sempre presente, relativa à suposta contraposição entre a nova regulação estatal e princípio da legalidade. A oposição não está entre as competências e funções das agências e afigura da lei como fonte necessária das competências do agente público. O que parece estar em questão é a motriz da legalidade.

[...]

A relação das agências reguladoras com o Direito se dá em face de uma nova legalidade: a Lei define as metas principais e os contornos da atividade do órgão regulador, cometendo-lhe (nestes limites e sob o controle do judiciário e do próprio Legislativo) uma ampla margem de atuação. Atuação esta que segue um novo tipo de discricionariedade, pautado fundamentalmente pelos objetivos definidos na Lei para serem implementados no setor regulador. (MARQUES NETO, 2006, pág. 94)

O mesmo autor, em outra obra, reforça seu argumento acima esposado, no sentido de reconhecer a possibilidade de as Agências Reguladoras exercerem o poder normativo:

Alega-se que a Constituição de 88 interditou a possibilidade de delegação normativa e que o artigo 84, IV, confere exclusivamente ao Presidente da República competência para regulamentar as leis aprovadas pelo Parlamento. A tese cai por terra quando vemos que no artigo 49, V, o constituinte, ao prever a competência do Congresso de sustar atos normativos infralegais utilizou a seguinte construção: “sustar atos do Poder Executivo, que exorbitem do poder

⁴⁷ MARQUES NETO, Florian de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: Direito administrativo econômico. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público; Malheiros; 2006

regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”. (MARQUES NETO, 2009, pág. 108)⁴⁸

Observe-se que a expressão “Poder Executivo” é mais ampla do que a do seu chefe e, ainda, que a Constituição admite, ainda que de forma genérica a possibilidade de delegação legislativa, dada a previsão de exercício de Controle pelo Congresso da atividade normativa delegada.

Em sentido contrário, André Castro Carvalho e Paulo Victor Barchi Losinskaskas⁴⁹ sustentam que a competência legislativa é indelegável por força dos artigos 44 e 48 da Constituição Federal, e, ainda, pelo art. 25 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. Assim, os autores negam a aplicação dessa teoria dentro do Direito Constitucional brasileiro.

Alertam os autores que a teoria tem importância para a literatura internacional, haja vista tratar-se da forma de atuação das agências reguladoras norte-americanas, onde há a delegação do Poder Legislativo às entidades reguladoras, razão pela qual lá elas atuam com maior liberdade para regular. (CARVALHO, LOSINSKAS, 2014, pág. 4).

Assim, com os destaques acima, conclui-se pela sustentação de duas linhas de entendimento quanto ao poder normativo das Agências Reguladoras, uma restrita, meramente operacional e outra mais ampla quanto à discricionariedade, inclusive com a defesa da possibilidade de delegação legislativa.

Apesar do citado embate doutrinário, no entanto, há um ponto de convergência, no sentido de que deve ser afastada da discussão a possibilidade de criação de lei pela própria entidade, algo que não se pode reconhecer como afeto às Agências Reguladoras, uma vez que entendimento consolidado de que tal competência deve ficar a cargo do Poder Legislativo, com observância do processo legislativo estabelecido pela Constituição Federal.

De certa forma, o embate doutrinário sobre o tema reside exatamente no conteúdo dos atos normativos, se amplos ou limitados, e quanto aos aspectos eminentemente

⁴⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico. 1. Ed. 1. Reimpressão. – Belo Horizonte: Fórum 2009.

⁴⁹ CARVALHO, André Castro; LOSINSKAS, Paulo Victor Barchi. O princípio da legalidade e a regulação econômica. Revista dos Tribunais Nordeste | vol. 4/2014 | p. 99 – 114; 2014, disponível em <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/offload/get?> Acesso em 07/03/2024.

técnicos e explicativos, afastando-se a inovação ou criação de obrigações nos termos jurídicos.

Assim, cabe debater o conteúdo desses atos normativos que são expedidos pelas agências reguladoras, pois é certo que a forma já lhes é dada pela própria Constituição Federal em face à legalidade estrita.

A par da questão relativa à extensão do conteúdo dos atos normativos da Agência Reguladoras, segundo Gustavo Binzenbojm⁵⁰, merece ainda discussão sobre os três principais focos de tensão sobre a estrutura regulatória brasileira, que são os seguintes:

- (I) a tensão com o princípio da legalidade, decorrente da adoção por diversas agências da tese da deslegalização e da banalização da edição de atos normativos;
- (II) a tensão com o sistema de separação de poderes e de freios e contrapesos, decorrente da fragilidade dos mecanismos políticos de controle do Presidente e do Congresso, e da timidez do próprio Judiciário no controle jurídico;
- (III) a tensão com o regime democrático, especialmente em decorrência da não sujeição dos administradores aos procedimentos de accountability eleitoral e da circunstância de estarem investidos em mandatos a termo, que ultrapassam os limites dos mandatos dos agentes políticos eleitos. (BINENBOJM, 2005, pág. 8)

Para a teoria da deslegalização, as Agências Reguladoras não mais se sujeitariam às normas ditadas pela autonomia dos cidadãos. No entanto, ainda que as Agências reguladoras gozem de elevada autonomia, não podem subverter a hierarquia existente entre atos legislativos e atos administrativos.

Com relação aos mecanismos de controle, cabe lembrar que, a par de sua autonomia, as Agências Reguladoras devem se submeter à política pública estabelecida pela Administração Central, especialmente as previstas nas próprias leis instituidoras das referidas agências. Além disso, os Poderes Legislativo e Judiciário também exercem controle, conforme já tratado no item 3.1. supra.

No que alude à tensão democrática, Leila Cuéllar⁵¹ aponta que as Agência Reguladoras, além de se submeterem aos princípios constitucionais que regem o atuar da

⁵⁰ BINENBOJM, Gustavo. As agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia. n. 3. ago-set-out, 2005. Disponível em <https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/redae-3-agosto-2005-gustavo-binenbojm.pdf>. Acesso em: 10.03.2024.

⁵¹ CUÉLLAR, Leila. Introdução às agências reguladoras brasileiras – Belo Horizonte: Fórum 2008. (Coleção Luso-brasileira de Direito Público, 2);

Administração Pública, devem dar conhecimento de seus projetos de norma, facultando o respectivo acesso aos interessados, permitindo participação e apresentação de sugestões e críticas. (CUÉLLAR, 2008, pág. 102).

O exercício desse procedimento formal, que garante publicidade e participação, encerra importante forma de controle da atuação das Agências Reguladoras, minimizando os eventuais controles jurídicos e políticos.

Binenbojm⁵² considera que a participação popular no Brasil, diante das Agências Reguladoras, se dá mediante três mecanismos de controle social: as audiências públicas, as consultas públicas e os conselhos consultivos. (BINENBOJM, 2005, pág. 15).

Nas audiências públicas ocorre a participação de indivíduos ou grupos determinados interessados, que apresentam suas ideias e sugestões, em sessões abertas a cidadãos, associações e demais interessados, de forma a viabilizar que a Administração Pública decida com maior probabilidade de atender aos anseios de todos os envolvidos na atividade regulatória.

Na consulta pública, em regra mediante procedimento prévio à elaboração da norma, questiona-se à opinião pública acerca de assuntos de interesse coletivo, levantando-se opiniões a respeito do conteúdo das regras a serem editadas pela Agência Reguladora.

Importante frisar que o procedimento estabelece regras que determinam o exame das propostas levantadas, haja vista que as questões formuladas ao público devem ser examinadas em sua inteireza pela Agência Reguladora com a devida consideração. A rejeição ou adoção das medidas propostas deve ser motivada e posta à disposição dos consultados. Além disso, não se pode alterar a matéria exposta ao questionamento que possa descaracterizá-la em relação ao que foi apresentado à consulta. Toleram-se somente alterações que constituam decorrência lógica das matérias apresentadas ao público. Fora desta hipótese, torna-se necessário reiniciar o procedimento.

Alfim, os conselhos consultivos são órgãos compostos de pessoas da sociedade e representantes de órgãos cujos interesses são atingidos pela regulação, que tem por escopo a participação social de forma institucionalizada.

⁵² *Ibid.*, p. 15.

Apesar das considerações doutrinárias aqui apontadas com relativa divergência, alguns pontos podem ser indicados como convergentes, com alguma segurança, como é o caso do entendimento de que as Agências Reguladoras não gozam de poder ilimitado e, bem por isso, não podem editar normas e regras livremente, pois, inicialmente, sua competência já surge limitada em sua lei criadora, alcançando somente o âmbito de sua atuação

Além disso, os atos administrativos e normativos das Agências Reguladora não podem ser contrários à lei, nem as revogar.

Registre-se que as Agências Reguladoras se submetem a controles externos do próprio Poder Executivo, do Legislativo, da sociedade civil e, em qualquer hipótese, do Poder Judiciário.

Quanto ao alcance das normas, ainda que haja discussão quanto a sua extensão, é certo que se reconhece maior liberdade e autonomia nas questões operacionais, dada as características técnicas e as decorrentes da especialidade do segmento regulamentado.

Em termos práticos, no entanto, a partir da leitura das leis criadoras das Agências Reguladoras existentes no Brasil, verificam-se situações concretas em que foram atribuídas competências normativas, que indicam alguma possibilidade de inovação e instituição de novas obrigações para os participantes do setor regulado o que importa remeter eventual discussão a esse respeito ao Poder Judiciário, conforme será tratado a seguir.

3.3 LIMITES DA ATUAÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS ANALISADOS EM DECISÕES DO STF

Inicialmente, com relação à tese da deslegalização, cumpre registrar o apontamento de Marçal Justen Filho⁵³ ao analisar julgamento da Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.668, na qual se discutiu a constitucionalidade de disposições da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), ocasião na qual o Supremo Tribunal

⁵³JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002.

Federal afirmou, utilizando-se da interpretação conforme à Constituição, que a competência normativa da ANATEL apresenta natureza regulamentar, devendo observar, assim, os limites legais. (JUSTEN FILHO, 2002, pág. 538).

No aludido julgamento, julgou-se sobre a possibilidade de a Agência em editar resoluções que viessem a derogar, por exemplo, a Lei de Licitações (deslegalização). A Suprema Corte rejeitou tal possibilidade, firmando o entendimento de que a competência da ANATEL, na matéria, era infralegal e que, portanto, se sujeitava às normas da Lei de Licitações.

No que se refere especificamente à questão do poder normativo das Agências Reguladoras em face do Princípio da Reserva Legal, dois julgados do Supremo Tribunal Federal enfrentam o tema – a ADI 4.923/DF (4679, 4747 e 4756), julgada em 8 de novembro de 2017 e a ADI 4874 / DF, julgada em 1º de fevereiro de 2018 – o que será objeto de análise a seguir.

A ADI nº 4.923 / DF foi levada para julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, pela Associação Brasileira de Televisão por Assinatura em UHF – ABTVU, em razão da Lei 12.485/2011, que tratou do novo marco regulatório da televisão por assinatura, em conjunto com outras três ações sobre o mesmo tema, registradas sob os números 4679, 4747 e 4756, ajuizadas, respectivamente, pelo Partido Democratas – DEM, Associação NEOTV e pela Associação Brasileira de Radiodifusores – ABRA, as quais restaram por impugnar vários temas decorrentes do questionamento de 23 (vinte e três) artigos da referida lei.

Em linhas gerais, segundo o relatório do Ministro Relator Luiz Fux, o conjunto das ações tratou de uma inconstitucionalidade formal por, supostamente, o Poder Legislativo ter violado a iniciativa privativa do Poder Executivo, ao dispor sobre atribuições da Agência Nacional do Cinema – ANCINE, a qual integra a administração e, ainda, onze teses de inconstitucionalidade material: a) ao impor restrições à propriedade cruzada e vedação à verticalização da cadeia de valor audiovisual; b) violação ao princípio da reserva legal, ao delegar poderes legislativos à ANCINE; c) ofensa à igualdade entre brasileiros e estrangeiros, ao promover a restrição à participação de estrangeiros nas atividades de programação e empacotamento de conteúdo audiovisual de acesso condicionado; d) possibilidade de ocorrência de censura prévia pela ANCINE; e) quebra de liberdade dos assinantes e privilégio mercadológico decorrente do estabelecimento de

cotas de conteúdo nacional, o que também violaria a livre iniciativa e a liberdade profissional; f) fixação de tempo máximo de publicidade comercial; g) reserva inconstitucional de mercado ao vincular publicidade comercial direcionada ao público brasileiro contratada no exterior por agência estrangeira; h) postulou-se pela interpretação conforme a Constituição da regra de que a outorga do serviço de comunicação de acesso condicionado seja procedida por processo licitatório; i) violação à livre iniciativa decorrente da imposição de disponibilização gratuita de canais de programação obrigatória; j) insurgência quanto à possibilidade da ANCINE cancelar registro de agente econômico em razão de descumprimento das obrigações criadas pela lei questionada; k) por fim, questionaram-se as regras de transição estabelecidas na lei.

O referido julgamento foi precedido das manifestações da Câmara Federal, do Senado Federal, da Presidência da República via Consultoria-Geral da União, da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República, todas pela defesa da constitucionalidade da lei vergastada. Realizou-se, ainda, audiência pública, dada a complexidade técnica da matéria em debate, com a participação de trinta expositores. Admitiram-se, também, outras instituições na qualidade de *amicus curiae*.

Ao final, o eminente Relator votou pela procedência parcial da ADI 4.679, para reconhecer apenas a inconstitucionalidade material do art. 25 da Lei 12.485/2011, que tratava da reserva de mercado às empresas de publicidade brasileira, por violação ao princípio da isonomia, e pela improcedência das demais ADIs, no que foi acompanhado por unanimidade pelos demais Ministros da Suprema Corte.

Apesar da amplitude do julgado, na presente pesquisa, a análise concentrar-se-á especificamente no questionamento referente à violação do princípio da reserva legal, eis que os demais temas fogem do escopo deste trabalho.

Em sua respectiva ADI, o Partido Democratas – DEM alegou que o art. 9º, parágrafo único da Lei nº 12.485/11, abaixo transcrito, representaria “inconstitucional delegação do poder de legislar e, logo, abuso do poder legislativo por parte do Congresso Nacional”, haja vista que o referido artigo determina que as atividades de programação e de empacotamento serão objeto de regulação e fiscalização pela ANCINE, porém, segundo o autor, sem fixar balizas objetivas para o exercício da competência regulatória pela autoridade administrativa. O DEM sustentou que o dispositivo violaria “a reserva legal de lei federal estabelecida expressamente na Constituição em seu art. 220, § 3º”.

Apontou, também, que os princípios encartados no art. 3º da lei questionada não seriam suficientes para restringir a discricionariedade conferida à agência, de modo que, na prática, a entidade seria transformada em “regulador absoluto de atividades de produção, programação e empacotamento relacionadas à distribuição do serviço de televisão por assinatura, com poderes para editar normas, expedir licenças e aplicar sanções, desde que atenda aos princípios da comunicação audiovisual materializados pela própria norma em questão”.

O mesmo vício de inconstitucionalidade, segundo sustentado na ADI, alcançaria ainda outros dois artigos da aludida lei, os artigos 21 e 22. O artigo 21 permite que a ANCINE dispense o cumprimento de cotas de conteúdo nacional (fixadas nos artigos 16 a 18) nas hipóteses de comprovada impossibilidade de seu integral cumprimento pelos agentes econômicos do setor. O artigo 22, por sua vez, atribui à Agência poderes para definir a faixa de horário nobre na TV por assinatura, conforme transcrição a seguir:

No que se refere ao art. 21, o autor afirmou que “a referida Lei silencia quanto aos critérios adotados na hipótese [de a ANCINE] consentir com a operação de empresas que não conseguirem cumprir a integralidade das exigências estabelecidas nos arts. 16 e 18”, o que caracterizaria “a intenção de conceder poder absoluto à ANCINE sobre o setor audiovisual de acesso condicionado”.

Afirmou ainda o DEM “que (...) esses critérios deveriam estar definidos na própria Lei nº. 12.485/2011 e não em termos genéricos como consta no dispositivo”.

Por outro lado, no que alude ao art. 22, alegou o Partido requerente que se caracterizaria violação à Constituição “impor restrições à liberdade de expressão do setor audiovisual de acesso condicionado, valendo-se, para tanto, tão somente de regulamento a ser por ela [ANCINE] editado”, quando tais restrições deveriam constar de lei e não de ato administrativo, o que violaria também ao caput dos artigos 170 e 174, o inciso IV do art. 170, e inciso IX do art. 5º da Lei Maior.

No voto, o Relator Ministro Fux enfrentou de forma conjunta as alegações suscitadas. Ressaltou, inicialmente, que a questão levantada cuida da definição dos limites dos poderes normativos conferidos às agências reguladoras, reconhecendo a importância do tema, uma vez que, segundo o Ministro, “o reconhecimento de autoridade normativa a agências reguladoras independentes põe em xeque concepções mais tradicionais quanto à centralidade da lei formal na disciplina das relações sociais”.

Entendeu que o cerne do debate recai sobre a própria noção conceitual de legalidade, “pedra de toque do Estado de Direito”.

Fundamentou que a atualidade não pode ser vista sob a ótica estritamente descritiva que existia no início “do jusnaturalismo racionalista que inspirou os movimentos de ruptura com o Antigo Regime no final do século XVIII”.

Argumentou o Relator, que o modelo de Estado de perfil minimalista, no que se refere à atuação junto à iniciativa privada, restou substituído por um “Estado interventor nas esferas antes hegemônicas da sociedade civil, assumindo o papel de provedor de necessidades fundamentais e corretor de antigas e novas iniquidades”.

Sustentou a criação das agências reguladoras independentes como uma resposta institucional para a atualidade que exige, nos mais variados ramos da vida social, mais conhecimento técnico e especializado dos órgãos estatais, além de celeridade nas ações e respostas, o que não é atendido pelo processo legislativo formal, dada sua morosidade.

Apresentou que, no Brasil, “essas autoridades surgem como autarquias de regime especial, dotadas de autonomia reforçada e concentradoras de funções públicas normalmente distribuídas entre poderes do Estado”.

Especificamente para julgamento em questão, O Ministro Relator destacou a competência normativa das agências reguladoras independentes como função que acaba por propiciar espaços mais ou menos amplos à atividade que permite a criação de normas para determinados setores com aptidão e agilidade.

Ainda segundo o Relator, “a questão que se coloca nestes autos é saber se esse modelo de relação entre lei e regulamento é necessariamente incompatível com o princípio da legalidade” e responde negativamente.

O Ministro Fux, sustentou que “o princípio da legalidade, neste novo cenário histórico e político, não pode mais se prender ao paradigma liberal clássico, que enxergava na lei formal (i.e., aquela emanada dos órgãos constitucionalmente investidos de função legiferante, notadamente o Parlamento) ”.

Entendeu o Relator que a autoridade normativa das agências reguladoras não implica em uma crise da legalidade, mas, na verdade, numa forma de superação da visão clássica oitocentista. Defende que a crise não está no princípio da legalidade, mas o conteúdo totalizante da prescrição legal.

Compreendeu uma nova legalidade para a relação das agências reguladoras com o Direito, pela qual “a lei define as metas principais e os contornos da atividade do órgão regulador, cometendo-lhe (nestes limites e sob o controle do Judiciário e do próprio Legislativo) ampla margem de atuação”.

Apesar disso, ressaltou que nem toda atribuição de poderes normativos à Administração Pública será abarcada pela constitucionalidade, haja vista que a lei atributiva dependerá de o legislador estabelecer *standards* suficientes, para que não ocorra a delegação pura e simples de função legislativa.

Argumentou, no entanto, que não constitui tarefa fácil estabelecer qual é o conteúdo mínimo que, nessas circunstâncias, a lei deve ter e apontou casos de jurisprudência no direito comparado, nos quais todas as delegações, ainda que amplas, foram reputadas válidas e concluiu que é “preciso cautela do Poder Judiciário ao declarar a inconstitucionalidade de leis que atribuam poderes normativos às agências reguladoras”. Tolher, pela via judicial, a discricionariedade das instâncias administrativas, pode tornar-se indesejável e até improdutivo.

Na sociedade atual, previsões legislativas detalhadas de políticas públicas tornam-se difíceis de aplicação prática. Além disso, o Judiciário também pode não estar bem-preparado para distinguir as situações, em especial nos casos de elevada complexidade técnica de alguns setores do mercado ou da própria sociedade.

O Relator lembra que a “administração é um exercício de experimentação” e, por vezes, envolve matéria política ou economicamente volátil. Assim, “mudanças constantes nos parâmetros básicos do problema impedem o desenvolvimento de uma política detalhada que possa ser aplicada por qualquer período maior de tempo”.

O próprio Congresso possui limitações institucionais e técnicas para detalhar políticas regulatórias. Afirmou o Ministro que “as maiorias legislativas representam tipicamente coalizões de interesse que devem guardar harmonia não apenas entre si, mas também com oponentes. Políticos com frequência preferem não tomar posição firme e clara em assuntos controversos de políticas econômicas ou sociais.”

Por outro lado, a previsão legislativa detalhada exige investigação intensa e contínua, decisão, e revisão de complexos e específicos assuntos. “Tal tarefa demandaria recursos que o Congresso, na maioria dos casos, não tem capacidade ou interesse em

reunir”. O exercício da legislatura detalhada exige, ainda, um elevado grau de descentralização, incompatível com a atuação congressional.

O conjunto dessas circunstâncias justificam amplas delegações de autoridade a agências administrativas.

O Relator questionou a capacidade de o Poder Legislativo produzir decisões mais responsáveis, sobre questões de políticas públicas, do que as agências as quais são essencialmente técnicas.

Questionou também a eficácia do Poder Judiciário no exercício da missão de aplicar a teoria da não-delegação, eis que as cortes podem impor um detalhamento legislativo maior do que a matéria comporte, mediante julgamentos subjetivos.

O Ministro Relator lembrou que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1.668/DF, já teve a oportunidade de reconhecer a validade de lei federal que, ao instituir a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), conferiu-lhe, com relativa amplitude, poder normativo. Apontou o caso como precedente para o caso em testilha.

Fundamentou, ainda, que, embora o art. 9º, parágrafo único da Lei nº 12.485/11 estabeleça que “as atividades de programação e de empacotamento serão objeto de regulação e fiscalização pela Agência Nacional do Cinema (ANCINE)”, a própria Lei dispõe que tal atribuição deverá ser exercida com observância das regras fixadas pela Medida Provisória nº 2.228-1 de 2001, que criou a agência reguladora, o que indicaria o ato normativo que fundamenta a conduta da ANCINE.

Além disso, apontou que a Lei nº 12.485/11, em seu artigo 3º, prevê, expressamente, diversos princípios fundamentais da comunicação audiovisual de acesso condicionado.

Desta forma, segundo o Relator, tais princípios, ainda que genericamente, “fixam diretrizes de atuação a conformar a conduta de todas as autoridades do Estado que estejam envolvidas na disciplina do setor audiovisual brasileiro, impedindo que qualquer delas se transforme em órgão titular de um pretense poder regulatório absoluto, como sugere o Partido Democratas”.

Lembrou que o cidadão ou pessoa jurídica que se sinta prejudicado pela atuação das agências reguladoras poderá reclamar a adequada tutela jurisdicional. Além disso, o próprio Poder Legislativo, na hipótese de atuação exorbitante das agências, poderá, com

fulcro expresso no art. 49, V, da Constituição, “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar”.

Concluiu, assim, que “a técnica legislativa empregada no diploma em exame é exatamente aquela típica do Estado regulador contemporâneo, em que a lei define as metas principais e os contornos da atividade do órgão regulador, cometendo-lhe (nestes limites e sob o controle do Judiciário e do próprio Legislativo) margem relativamente ampla de atuação”.

Sustentou o posicionamento como o mais adequado, “na medida em que (i) a matéria, de um lado, se reveste de significativo dinamismo, como denotam as tendências de convergência tecnológica que tornaram obsoleta a legislação nacional anterior, e (ii) a disciplina do setor audiovisual, em diferentes aspectos, suscita questões de elevada complexidade técnica, a exigir conhecimento especializado, como aquele titularizado pela ANCINE”.

A exigência de lei formal que esgote o conteúdo normativo para o caso é “impraticável” e “desaconselhável”, caracterizando um “paradigma de legalidade criado para um perfil de Estado que já não existe mais”.

Alertou que a matéria deixada para regulamentação da ANCINE, pelo art. 21 da lei questionada, é evidentemente técnica e importa no emprego do conhecimento especializado da agência na análise de variáveis concretas muito voláteis, razão pela qual asseverou que o legislador, ao invés de promover delegação absoluta, agiu com prudência e remeteu a análise de tais aspectos ao caso concreto, não engessando o tema com “regras gerais incapazes de (i) assimilar os nuances de cada situação particular dos agentes econômicos e (ii) incorporar o próprio dinamismo da matéria”.

Concluiu no mesmo sentido com relação ao art. 22, que também envolve matéria com aspectos técnicos, suscetíveis, por isso, de delegação a órgãos especializados.

Assim, no ponto particular aqui tratado, votou pela improcedência do pedido dos autores, no que foi acompanhado por unanimidade. No entanto, alguns Ministros – Edson Fachin, Rosa Weber e Carmen Lúcia – lançaram votos expressos sobre o tema, os quais serão tratados a seguir.

O Ministro Edson Fachin entendeu que a questão está fundamentada no caput do art. 174 da Constituição da República e, ainda, apontou como precedente da Corte a ADI-

MC 1668, citada por Justen Filho, conforme registro acima, pela qual entendeu-se que é constitucional a competência da agência para expedir normas, desde que subordinada aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado.

Rosa Weber argumentou que em “quase todo o mundo, a atividade regulatória da Administração desempenha papel fundamental na proteção dos direitos e interesses individuais e coletivos. ”

Lembrou a Ministra que a questão da competência normativa das agências reguladoras em face dos princípios da legalidade, da separação de poderes e da legitimação democrática das decisões políticas, encerra “vasto e rico debate doutrinário no âmbito do direito público contemporâneo”.

Segundo Weber, o desenvolvimento da regulação social acompanha o incremento na complexidade das próprias relações sociais e que as autarquias especiais representam inegável aperfeiçoamento da administração estatal, no sentido do oferecimento de respostas ágeis e flexíveis da Administração Pública em face à complexidade das relações sociais verificadas na modernidade.

Argumentou a Ministra Rosa Weber, que o “escopo do modelo regulatório adotado no Brasil não se reduz à regulação concorrencial”, ou correção das chamadas “falhas de mercado”. Trata-se de também instrumento necessário para o atingimento de objetivos gerais de interesse público.

A Ministra Cármen Lúcia apresentou citações de diversos doutrinadores (Marçal Justen Filho, Lúcia Valle Figueiredo, Celso Antônio Bandeira de Mello, Diogo Figueiredo Moreira Neto e Floriano Azevedo Marques Neto) que apontam, em apertada síntese, para a complexidade das relações sociais da atualidade, das especialidades técnicas e da necessidade da atuação das Agências Reguladoras diante da impossibilidade de que todo o arcabouço regulatório seja editado pelo Parlamento.

Pois bem. Se no julgamento da ADI 4.923/DF a decisão foi unânime, o mesmo não ocorreu na ADI 4874 / DF, o que demonstra que, também no Supremo Tribunal Federal, o tema ainda gera discussão.

O julgamento da ADI 4874 / DF tratou da questão relativa à importação e comercialização de produtos fumíferos e derivados do tabaco contendo aditivos, com intervenção da ANVISA.

O caso discutiu a função normativa das agências reguladoras, em face da liberdade de iniciativa e do direito à saúde e teve como relatora a Ministra Rosa Weber, julgado em 1º de fevereiro de 2018, pelo Tribunal Pleno, com acórdão publicado em 1º de fevereiro de 2019.

Após o julgamento, foram apresentados embargos de declaração, que foram conhecidos, porém rejeitados, com acórdão publicado em 17 de março de 2022.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade foi ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) contra a Resolução da Diretoria Colegiada 14/2012, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que proíbe a adição de aroma e sabor em cigarros.

A questão não foi de simples solução, eis que a votação terminou empatada com cinco votos contrários e cinco favoráveis à declaração de inconstitucionalidade da resolução da Anvisa, haja vista que o Ministro Roberto Barroso declarou sua suspeição para o julgamento.

Em setembro de 2013, a Ministra Rosa Weber concedera liminar para suspender parcialmente a aplicação da resolução. No entanto, como não foi alcançado o quórum mínimo de seis votos para se declarar a invalidade da norma, e a ação foi julgada improcedente, mas sem eficácia vinculante e efeitos *erga omnes*, a liminar foi cassada.

Ao propor a ação, a CNI sustentara que a Anvisa, ao editar a resolução, valeu-se de sua competência regulamentar, prevista na Lei 9.782/1999 que trata do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, para atuar em caráter genérico e abstrato. Postulava que o STF desse ao caso interpretação conforme a Constituição, no sentido de que atuação da Agência Reguladora deveria ser direcionada a sujeitos determinados, em situações concretas e, em caso de risco à saúde excepcional e urgente, declarando-se a inconstitucionalidade da RDC 14/2012.

Enfrentando a questão, a Corte Suprema se dividiu entre duas vertentes: a) o posicionamento no sentido de que a Anvisa atuou dentro de suas atribuições ao proibir a adição de essências de sabor e aroma ao cigarro, devido ao dano potencial das

substâncias à saúde; b) o entendimento de que a referida Agência extrapolou sua competência.

Pelo segundo posicionamento, a agência deveria se limitar a proibir a circulação de produtos em situações de risco iminente à saúde, ou seja, em caráter emergencial.

No julgamento, houve maioria quanto à improcedência do pedido da CNI em relação à interpretação conforme a Constituição aos dispositivos da Lei 9.782/1999, ficando vencido, neste ponto, o ministro Marco Aurélio. O empate, efetivamente, se deu no exame da constitucionalidade da resolução.

Considerando que o resultado do julgamento não gerou efeito vinculante, não há empecilhos a eventuais decisões divergentes das demais instâncias do Judiciário acerca da resolução.

A relatora, em seu voto, afirmou que a liberdade de ação ou discricionariedade normativa das agências reguladoras encontra limites nos objetivos fixados na lei e nas políticas públicas estabelecidas pela administração central. “Mostra-se legítima a atuação normativa do agente regulador sempre que capaz de ser justificada como a integração de uma evidente escolha legislativa”.

Reconheceu o viés técnico da função regulatória das agências e apontou que não é inferior ou exterior à legislação, mas apenas diferente. “O poder normativo atribuído às agências reguladoras consiste em instrumento para a implementação das diretrizes, finalidades, objetivos e princípios expresso na Constituição e na legislação setorial”, explicou. “Poder normativo não é Poder legislativo”.

A respeito da alegada inconstitucionalidade da resolução, pontuou que, a despeito do direito fundamental à liberdade de iniciativa, o Estado pode impor condições e limites para exploração de atividades privadas, tendo em vista a necessidade de sua compatibilização com os demais princípios, garantias e direitos fundamentais.

Especificamente no que alude ao controle do tabaco, a saúde e o direito à informação devem ser protegidos. “Os preceitos constitucionais que elevam a saúde à estatura de direito social de todos e atribui ao Estado o dever de garanti-la mediante políticas sociais que visem à redução do risco de doenças impõe a adoção de uma agenda positiva voltada à concretização deste direito”. Assim, a relatora orientou-se pela

possibilidade de a ANVISA tomar medidas repressivas concretas para suspender ou evitar risco iminente à saúde.

A relatora foi acompanhada pelos ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Cármen Lúcia.

O ministro Fachin, pontuou que os paradigmas invocados pela ANVISA, para a edição da resolução, estão alinhados com normas internacionais que foram referendadas pelo Brasil.

Entendeu o ministro Ricardo Lewandowski que a agência agiu dentro do poder geral de polícia da administração pública em matéria sanitária para prevenir o tabagismo, o qual encerra um problema de saúde pública, e considerou que os aditivos em cigarros são um atrativo para o consumo do produto, em especial para o público jovem.

Segundo o ministro Celso de Mello, as agências reguladoras possuem liberdade e discricionariedade técnica que as legitimam a editarem e formularem atos normativos destinados a viabilizar políticas públicas.

A então presidente do STF na oportunidade, Ministra Cármen Lúcia, por sua vez, disse não ver nenhum tipo de exorbitância na medida, que visa dar cumprimento as normas constitucionais, legais e de acordos internacionais firmados pelo Brasil.

No entanto, houve abertura de divergência parcial pelo Ministro Alexandre de Moraes, para considerar inconstitucionais os artigos da resolução da ANVISA que proíbem os aditivos de sabor em cigarros.

O Ministro sustentou que o dispositivo da lei que trata da atuação da ANVISA não apresenta inconstitucionalidade em sua redação, na medida em que deixa claro que essa atuação deve ocorrer na forma de medida cautelar em caso de risco iminente à saúde.

Apesar disso, para o Ministro Alexandre de Moraes, a agência extrapolou na atuação legislativa, haja vista que todos os produtos derivados do tabaco são classificados como fonte de risco à saúde e sua proibição foge da atuação, cautelar ou emergencial da ANVISA. Nesse sentido, a resolução assume a forma de ato administrativo autônomo e, bem por isso, inconstitucional. “A delegação presente na lei de criação da agência não é um cheque em branco para que ela possa agir como bem entender”.

Pela tese divergente, violaram-se os princípios da legalidade e da descentralização da atuação legislativa, pois a lei de criação da agência prevê o exercício da regulamentação, controle e fiscalização de produtos e serviços, incluindo cigarros e suas variações, mas dentro dos parâmetros legais. “Em momento algum a lei permitiu que se proibisse seja qual fosse a espécie de produto de tabaco”. Dessa forma, considerou inconstitucionais os artigos da resolução que proíbem os aditivos de aroma e sabor, mantendo a parte relativa a limites máximos de nicotina e alcatrão, que, a seu ver, estão dentro da atuação regulamentar da agência.

O voto divergente foi seguido pelos ministros Luiz Fux, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e, em parte, pelo ministro Marco Aurélio.

Para o Ministro Luiz Fux, a ANVISA não teve a pretensão de impedir ou prevenir riscos à saúde, mas sim “não tornar os cigarros mais agradáveis e atraentes para os consumidores”.

O Ministro Dias Toffoli reconheceu o poder regulamentar da agência, mas entendeu que, no caso concreto, a ANVISA o extrapolou.

Para o ministro Gilmar Mendes, houve violação ao princípio da reserva legal, na edição da resolução, com consequências em termos de representatividade. “Se um órgão pode autorizar ou proibir determinada atividade, estamos suprimindo o poder do Congresso Nacional de legislar sobre isso, e transferindo-o a um órgão burocrático”.

O Ministro Marco Aurélio, ponderou que a atuação das agências se dá no campo executivo e tem caráter fiscalizador. “Cabe apenas ao Congresso proibir algum produto no território brasileiro, por melhor que seja a intenção”.

CONCLUSÕES

A partir da metade do séc. XVIII, promoveu-se a instalação do capitalismo nas economias ocidentais, que, por evolução histórica, foi substituído pelo modelo intervencionista. No entanto, após diversas alterações do viés econômico e político, a consolidação do Estado moderno só ocorreu no século XIX e o Estado democrático de direito apenas no século XX, no qual se faz necessária a legalidade, como caracterizadora de legitimidade e justiça.

Atualmente, ao direito constitucional atribuiu-se força normativa, a qual regula e harmoniza a realidade social e política, impondo deveres e assegurando direitos. No Brasil, seguindo essa linha, a Constituição Federal de 1988, na fixação dos princípios e fundamento da ordem econômica, passou a preocupar-se com a qualidade de vida e a dignidade da pessoa humana, para além das clássicas liberdades individuais.

Gradativamente, em contraposição à tradicional autonomia da vontade, surgiram os denominados princípios de ordem pública, mediante normas cogentes sobre as relações privadas, diante de uma atualidade, na qual a economia considera outras relações sociais, cada vez mais complexas, que extrapolam os conceitos tradicionais da livre iniciativa da propriedade, de modo a exigir um papel ativo do Estado.

O fenômeno bélico, a partir da Primeira Guerra, impôs ao Estado a intervenção nas decisões dos agentes da economia privada, para atender as necessidades dele decorrentes. A crise de 1929 consolidou essa necessidade e, por conseguinte, do estabelecimento do Direito Econômico, que não se mostrou temporário, eis que se consolidou como nova concepção do Estado, inclusive no Brasil.

Mais recentemente, percebe-se uma redefinição do Estado, com limitações no conceito de soberania, dada a formação de blocos políticos e econômicos, diante da globalização, sem caracterizar a extinção ou exercício de papel secundário pelo Estado, que responde por prestações positivas indispensáveis na proteção social em face de eventuais abusos dos particulares. Trata-se de um novo modelo, com viés igualitário, que gera efeitos nos planos político, econômico-social e institucional, no qual o igualitário enfatiza a ideia de igualdade para todos, valorando cada pessoa com a mesma importância, quanto aos seus interesses e necessidades mínimas existenciais

A visão da intervenção econômica do Estado deixa de ser cartesiana ou pendular, fundada apenas em duas variáveis decorrentes da maior ou menor intervenção. A questão envolve diversos fatores que não se encaixam mais nesse plano, pois resultam de vários vetores, de ordem não só econômica, mas também social, ética, religiosa, dentre outras, o que eleva a discussão para uma visão espacial. Em consequência, não se tem mais um simples movimento *pendular*, mas dentro de uma determinada ordem evolutiva, algo que mais se assemelha a um *espiral*.

O desdobramento da evolução do Estado apresentada indica que migrou de um modelo de “Estado Provedor” para outro denominado “Estado Regulador”, que se situa entre os modelos intervencionista e liberal, com eles não se confundindo.

As técnicas de planejamento surgem como pressuposto da intervenção estatal e deve nortear as decisões relativas à atuação do Estado na economia. No Brasil, a Constituição Federal incorpora o indicativo jurídico do planejamento em diversos artigos: 174, 21, 43, 48 e 84.

A complexidade das relações sociais atuais, com novas exigências de celeridade, eficácia e eficiência, encerra a necessidade de adaptação da tradicional Teoria da Separação dos Poderes, em especial quanto à função legislativa e a possibilidade de delegação a órgãos executivos, o que afeta a distribuição da competência, para o fim de edição de normas que determinam os assuntos sujeitos à regulamentação por lei em sentido formal e, por conseguinte, os limites fixados para a regulação, especialmente quanto ao princípio da reserva legal, no que alude às Agências Reguladoras.

No entanto, o poder normativo das agências reguladoras suscita discussões. Apesar disso, alguns posicionamentos mostram-se convergentes, a exemplo do entendimento de que as Agências Reguladoras não gozam de poder ilimitado, eis que não podem editar normas e regras livremente, dada sua competência inicialmente limitada em sua própria lei criadora, alcançando somente o âmbito de sua atuação, evitando atos administrativos e normativos contrários à lei, ou que as revogue.

Além disso, as Agências Reguladoras se submetem a controles externos do próprio Poder Executivo, do Legislativo, da sociedade civil e, em qualquer hipótese, do Poder Judiciário.

A discussão, na verdade, reside no alcance das normas, quanto a sua extensão, é certo que se reconhece maior liberdade e autonomia nas questões operacionais, dada as características técnicas e as decorrentes da especialidade do segmento regulamentado.

As correntes de pensamento doutrinário estão divididas em duas situações: aqueles que reconhecem às Agências Reguladoras um poder normativo limitado, restrito a questões técnicas e de caráter operacional e, de outro lado, os que sustentam às Agências Reguladoras uma atuação mais independente, com exercício efetivo de sua autonomia para cumprir as funções que lhes são atribuídas.

Em termos jurisprudenciais, no julgamento da ADI nº 4.923/DF destacou-se a importância do tema relativo aos limites dos poderes normativos conferidos às agências reguladoras, ao reconhecer que a criação das Agências Reguladoras independentes caracterizou resposta institucional para a atualidade que exige maior conhecimento técnico e especializado dos órgãos estatais, além de celeridade nas ações, o que não é atendido pelo processo legislativo formal, dada sua morosidade.

A jurisprudência destaca a competência normativa das agências reguladoras como função que acaba por propiciar espaços mais ou menos amplos à atividade que permite a criação de normas para determinados setores com aptidão e agilidade, sem que isso importe em incompatibilidade com o princípio da legalidade.

Sob essa perspectiva, a legalidade para na relação das agências reguladoras com o Direito, a lei define as metas principais e os contornos da atividade do órgão regulador, dando-lhe ampla margem de atuação, embora não constitua tarefa fácil estabelecer qual é o conteúdo mínimo que, nessas circunstâncias, a lei deve ter, o que pode ser objeto de controle, inclusive dos Poderes Legislativo e Judiciário.

A exigência de lei formal que esgote o conteúdo normativo para o caso é “impraticável” e “desaconselhável”, caracterizando um “paradigma de legalidade criado para um perfil de Estado que já não existe mais”.

Já no julgamento da ADI 4874/DF, cabe frisar que a divergência aberta pelo Ministro Alexandre de Moraes não se refere a inconstitucionalidade na redação entabulada pela ANVISA, na medida em que deixa claro que essa atuação deve ocorrer na forma de medida cautelar em caso de risco iminente à saúde.

Porém, para o Ministro divergente, a agência extrapolou na atuação legislativa ao estabelecer proibição a inclusão de aditivos nos derivados de tabaco, pois todos os produtos derivados do tabaco são classificados como fonte de risco à saúde e a proibição foge da atuação, cautelar ou emergencial da ANVISA, bem como não encontra amparo na lei.

Destacaram os demais Ministros que acompanharam a divergência, que houve um estabelecimento de proibição não previsto na lei, o que violaria o princípio da reserva legal, ainda que louvável a pretensão da Agência Reguladora na proteção à saúde.

Diante de todo o explanado, é de se concluir que, tanto a doutrina como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, entendem que a atuação normativa das Agências Reguladoras brasileiras é constitucional e não fere os Princípios da Legalidade e da Reserva Legal, desde que a Lei formal estabeleça os objetivos principais e os contornos da atividade do órgão regulador.

Também é certo que as Agências Reguladoras se sujeitam à Constituição Federal, especialmente no que se refere aos princípios determinados à Administração Pública e, ainda, na atualidade, não podem inovar ou revogar normas hierarquicamente superiores do ordenamento jurídico pátrio.

As Agências possuem ampla autonomia e independência no que se refere à normatização de temas operacionais, dada suas especialidades técnicas para tanto. Neste ponto em particular, comparando-se os posicionamentos doutrinários e os julgados do Supremo Tribunal Federal analisados, percebe-se que a jurisprudência reconhece mais amplitude à independência das Agências Reguladoras do que a doutrina até então.

Conclui-se que o estabelecimento de uma independência em maior amplitude é uma tendência do Estado Regulador, dada a crescente complexidade das relações sociais e das novas tecnologias.

Apesar dessa ampla autonomia, os órgãos de regulação se sujeitam e, por certo, ainda se sujeitarão ao controle do Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como do Tribunal de Contas e da própria sociedade, quer por reclamações, quer por participação democrática na formulação de críticas e sugestões preservadas por mecanismos legais.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. LEHFELD, Lucas de Souza. BARROSO, Luís Roberto. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. TOJAL, Sebastião Botto de Barros. MORAES, Alexandre de (org). Agências reguladoras – São Paulo: Atlas, 2002; 2ª tiragem.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras: Constituição, transformações do estado e legitimidade democrática – Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, n. 229, p. 285-311, jul./set. 2002.

BARROSO, Luís Roberto, Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. BERCOVICI, Gilberto. MELO, Claudineu de (org). Direitos humanos, democracia e república. Homenagem a Fábio Konder Comparato – São Paulo: Quartier Latin do Brasil 2009.

BERCOVICI, Gilberto. O princípio da subsidiariedade e o autoritarismo. 2015. In <https://www.conjur.com.br/2015-nov-08/estado-economia-principio-subsidiariedade-autoritarismo/>. Acesso em 12.03.2024

BINENBOJM, Gustavo. As agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia. n. 3. ago-set-out, 2005. Disponível em <https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/redae-3-agosto-2005-gustavo-binenbojm.pdf>. Acesso em: 10.03.2024.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 3.337, de 13 de abril de 2004. Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, acresce e altera dispositivos das Leis nº 9.472, de 16 de julho de 1997, nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, nº 9.984, de 17 de julho de 2000, nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e nº 10.233, de 5 de junho de 2001, da Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências. Disponível em: <

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=248978#>:
~:

text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20gest%C3%A3o%2C%20a,9.986%2C%20de%2018%20de%20julho>. Acesso em: 8 fev. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, 2024. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 04 de janeiro de 2024.

BRASIL, lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, de 31 de dezembro de 1964 Suplemento e retificado em 3 de fevereiro de 1965 Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm. Acesso em 04 de janeiro de 2024.

BRASIL, lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Diário Oficial da União, Brasília, de 9 de dezembro de 1976. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm. Acesso em 08 de março de 2024.

BRASIL, lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Diário Oficial da União, Brasília, de 27 de dezembro de 1996 e republicado em 28 de setembro de 1998. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9427cons.htm. Acesso em 08 de março de 2024.

BRASIL, lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Diário Oficial da União, Brasília, de 17 de julho de 1997. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm. Acesso em 08 de março de 2024.

BRASIL, lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, de 7 de agosto de 1997. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm. Acesso em 08 de março de 2024.

BRASIL, lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, de 27 de janeiro de 1999. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9782.htm. Acesso em 08 de março de 2024.

BRASIL, lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, de 29 de janeiro de 2000. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9961.htm. Acesso em 08 de março de 2024.

BRASIL, lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, integrante do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Singreh) e responsável pela instituição de normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico. (Redação dada pela Lei nº 14.026, de 2020) Diário Oficial da União, Brasília, de 18 de julho de 2000. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9984.htm. Acesso em 08 de março de 2024.

BRASIL, lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, de 6 de junho de 2001. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10233.htm. Acesso em 08 de março de 2024.

BRASIL, lei nº 10.454, de 13 de maio de 2001. Dispõe sobre remissão da Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica - CONDECINE, de que trata a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, de 14 de maio de 2002. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10454.htm. Acesso em 08 de março de 2024.

BRASIL, lei nº 10.742, de 6 de outubro de 2003. Define normas de regulação para o setor farmacêutico, cria a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED e altera a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, e dá outras providências. Diário Oficial da

União, Brasília, de 7 de outubro de 2003. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.742.htm. Acesso em 8 de março de 2024.

BRASIL, lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, de 28 de setembro de 2005. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm. Acesso em 08 de março de 2024.

BRASIL, lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, de 1º de novembro de 2011. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em 08 de março de 2024.

BRASIL, lei nº 13.575, de 26 de dezembro de 2017. Cria a Agência Nacional de Mineração (ANM); extingue o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM); altera as Leis nº 11.046, de 27 de dezembro de 2004, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e revoga a Lei nº 8.876, de 2 de maio de 1994, e dispositivos do Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967 (Código de Mineração). Diário Oficial da União, Brasília, de 27 de dezembro de 2017. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13575.htm. Acesso em 08 de março de 2024.

BRASIL, lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 26 de junho de 2019. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm. Acesso em 04 de janeiro de 2024.

CANOTILHO, J.J. Gomes. MENDES, Gilmar F. SARLETE, Ingo W. STRECK, Lenio L. (Coords). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. 2.380p.

CARVALHO, André Castro; LOSINKAS, Paulo Victor Barchi. O princípio da legalidade e a regulação econômica. *Revista dos Tribunais Nordeste* | vol. 4/2014 | p. 99 – 114; 2014, disponível em <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/offload/get?> Acesso em 07/03/2024.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965.

CUÉLLAR, Leila. As agências reguladoras e seu poder normativo. São Paulo: Dialética, 2001.

CUÉLLAR, Leila. Introdução às agências reguladoras brasileiras – Belo Horizonte: Fórum 2008. (Coleção Luso-brasileira de Direito Público, 2).

DALLARI, Adilson Abreu. Controle político das agências reguladoras. *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 18, 2003.

DEL MASSO, Fabiano. Direito Econômico esquematizado, 4. ed. São Paulo: Método, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Curso de direito constitucional. 28ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.

GAMA, Marina Faraco Lacerda; TAVARES, André Ramos. O STF e a constituição econômica: casos e funções. Curitiba: InterSaberes, 2022.

GRAU, Eros Roberto, Planejamento econômico e regra jurídica – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978.

GUERRA, Sérgio. Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede – Belo Horizonte: Fórum, 2012.

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

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público; Malheiros; 2006

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico. 1. Ed. 1. reimpressão. – Belo Horizonte: Fórum 2009.

OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. Estatais. 2ªed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 10ª ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional – São Paulo: Saraiva, 2002.