

***Breves considerações sobre a constitucionalidade do poder normativo conferido às agências reguladoras***

Cesar Luis Pereira de Campos. Procurador Federal. Graduado em Direito pela UERJ. Pós-graduado em Direito Civil Constitucional pela UERJ. Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela UCAM.

**Sumário:** Introdução; 1. Delegação legislativa inconstitucional; 2. Em defesa da constitucionalidade; 3. Art. 5º, II, da CRFB/88 e os conceitos amplo e restrito de "lei"; 4. Função normativa x função legislativa; 5. Limites e condições para o exercício da função normativa; 6. Conclusão.

**Palavras-chave:** princípio da legalidade. agência reguladora. constitucionalidade. função normativa.

### **Introdução**

A discussão sobre a constitucionalidade do poder normativo conferido às agências reguladoras encontra-se aparentemente assentada tanto no plano fático, quanto jurisprudencial. Entretanto, alguns renomados doutrinadores do Direito Administrativo pátrio defendem a inconstitucionalidade dessa função normativa. O objetivo do presente trabalho é apresentar, de modo sucinto, os argumentos contra e a favor encontrados na doutrina a respeito do tema e explicar nosso posicionamento.

### **1. Delegação legislativa inconstitucional**

Uma das principais críticas doutrinárias contra a função normativa conferida às agências reguladoras diz respeito à invasão que ocorreria na competência constitucional do Poder Legislativo. Segundo essa perspectiva, as agências reguladoras, autarquias especiais pertencentes à Administração Pública Indireta, exercem indevidamente uma competência normativa, decorrente de uma delegação legislativa inconstitucional, violando o princípio da separação dos poderes e tencionando, desse modo, o sistema republicano de freios e contrapesos.

Para essa corrente, a inconstitucionalidade da delegação adviria: (i)

da ausência no texto da Carta Magna de um procedimento para a transferência de competência legislativa às agências reguladoras; e (ii) da impossibilidade dessa delegação se dar por lei ordinária, ao contrário do que ocorre com as leis delegadas e as medidas provisórias, que, dentro das condições e limites expressos na Constituição, autorizam o Poder Executivo a expedir atos legislativos.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO defende esse entendimento ao afirmar que "o que as agências não podem fazer, porque falta o indispensável fundamento constitucional, é baixar regras de conduta, unilateralmente, inovando na ordem jurídica, afetando direitos individuais, substituindo-se ao legislador. Esse óbice constitui-se no mínimo indispensável para preservar o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica."<sup>1</sup>

Em outra passagem, a autora sustenta a impossibilidade de o poder regulamentar ser delegado por lei, e tampouco por ato do Chefe do Executivo, diante da exclusividade com que a CRFB/88 lhe outorgou tal competência.

A corrente que sustenta a existência de uma delegação legislativa inconstitucional também se utiliza do entendimento de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO sobre a regulamentação das leis pelos decretos presidenciais. De acordo com BANDEIRA DE MELLO, não é possível a edição de decretos pelo Poder Executivo que, a pretexto de regulamentarem a lei para sua fiel execução, criam na realidade direitos ou obrigações, violando o papel da lei como fonte exclusiva de inovação da ordem jurídica. Ocorre, assim, na visão desse autor, uma delegação disfarçada e inconstitucional quando a lei defere ao decreto executivo o estabelecimento dos requisitos e condições para o nascimento de direitos ou obrigações, *verbis*:

Este perigo das delegações disfarçadas é especialmente vitando e muito presente no Brasil. Contra ele advertiu Pontes de Miranda, ao apostilar: "Se o Poder Legislativo deixa ao Poder Executivo fazer a lei, delega; o poder regulamentar é o que se exerce sem criação de regras jurídicas que alterem as existentes e sem alteração da própria lei regulamentada. Fora daí, espíritos contaminados pelo totalitarismo de fonte italiano-alemã pretenderam fazer legítimas de novo, as delegações legislativas que a Constituição de 1946, no art. 36, §2º, explicitamente proibiu. Na Constituição de 1967, o art. 6º, parágrafo único, primeira parte, também as veda, mas admite a lei delegada (arts. 52 e parágrafo único, 53 54). Nem o Poder Executivo pode alterar regras jurídicas constantes de lei, a pretexto

---

<sup>1</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade*, In Direito regulatório, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003, p. 49.

de editar decretos para a sua fiel execução, ou regulamentos concernentes a elas, nem tal atribuição pode provir de permissão ou imposição legal de alterar regras legais, ou estendê-las, ou limitá-las.

Considera-se que há delegação disfarçada e inconstitucional efetuada fora do procedimento regular, todas as vezes que a lei remete ao Executivo a criação das regras que configuram o direito ou que gera a obrigação, o dever ou a restrição à liberdade. Isto sucede quando fica deferido ao regulamento definir por si mesmo as condições ou requisitos necessários ao nascimento do direito material ou ao nascimento da obrigação, dever ou restrição.<sup>2</sup>

Essa posição também é defendida classicamente por VICENTE RAO, quando afirma que o Executivo não pode regulamentar ampliando, restringindo ou modificando direitos e obrigações constantes de lei, ou criando direitos e obrigações novos, expondo, ademais, que o regulamento não pode interpretar definitivamente a lei.

Autores como JOSÉ AFONSO DA SILVA criticam, ainda, a "excessiva" independência daquelas entidades em relação à Administração Central, manifestando preocupação em relação ao controle dos atos emanados pelo órgão regulador, bem como sobre sua "captura" pelos interesses do mercado<sup>3</sup>:

A natureza de autarquia especial conferida à Agência pela lei é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira. A legislação dessas agências vem conferindo-lhes uma autonomia de gerenciamento que ultrapassa os limites da descentralização autárquica, o que tem dado sinais de tomada de decisões contrastantes com diretrizes do próprio Poder Executivo, incluindo uma normatividade que vai além das balizas constitucionais.<sup>4</sup>

## **2. Em defesa da constitucionalidade**

Do outro lado, defendendo a constitucionalidade da atuação normativa das agências reguladoras, destacam-se, dentre outros, doutrinadores como ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO E GUSTAVO BINENBOJN.

---

<sup>2</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio de. *Curso de Direito Administrativo*. 10<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 200-201.

<sup>3</sup> O que não significa que o Poder Legislativo esteja imune também a essa captura, principalmente se considerarmos tratar-se de um órgão político e, por conseguinte, sujeito às influências dos mais diversos interesses, muitos deles exclusivamente econômicos.

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 726.

Para ARAGÃO, o "Princípio da Separação de Poderes não pode levar à assertiva de que cada um dos respectivos órgãos exercerá necessariamente apenas uma das três funções tradicionalmente consideradas".<sup>5</sup>

Ele defende as competências das agências reguladoras face à separação dos poderes afirmando que:

[...] as competências complexas das quais as agências reguladoras independentes são dotadas fortalecem o Estado de Direito, vez que, ao retirar do emaranhado das lutas políticas a regulação de importantes atividades sociais e econômicas, atenuando a concentração de poderes na Administração Pública Central, alcançam, com melhor proveito, o escopo maior - não meramente formal - da separação de poderes, qual seja, o de garantir eficazmente a segurança jurídica, a proteção da coletividade e dos indivíduos empreendedores de tais atividades ou por elas atingidos, mantendo-se sempre a possibilidade de interferência do Legislador, seja para alterar o regime jurídico da agência reguladora, ou mesmo para extingui-la.<sup>6</sup>

Esse entendimento se alinha com a afirmação de EROS ROBERTO GRAU de que "a legalidade será observada ainda que a função normativa seja desenvolvida não apenas pelo Poder Legislativo"<sup>7</sup>. Em consonância com essa posição, ARAGÃO aponta que a própria Constituição Federal previu diversos mecanismos de transferência da função legislativa ao Poder Executivo, como a possibilidade de edição de leis delegadas (art. 68)<sup>8</sup>, medidas provisórias (art. 62)<sup>9</sup> e decretos autônomos (art. 84, VI, "a")<sup>10</sup>.

Pela análise dos debates doutrinários travados e sucintamente relatados, é possível concluir que o cerne da questão situa-se no artigo 5º, II da Carta Maior, que define o princípio fundamental da legalidade nos seguintes termos: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma

---

<sup>5</sup> Ibidem, p. 372.

<sup>6</sup> Ibidem, p. 375.

<sup>7</sup> GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. 7ª ed., São Paulo : Malheiro, 2008, p. 179.

<sup>8</sup> Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional

<sup>9</sup> Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

<sup>10</sup> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VI - dispor, mediante decreto, sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

coisa, senão em virtude de lei". Mais especificamente, o ponto de partida para a compreensão da discussão doutrinária encontra-se no conceito de "lei" a que se refere citado enunciado.

### **3. Art. 5º, II, da CRFB/88 e os conceitos amplo e restrito de "lei"**

Pela doutrina estudada, identificam-se dois conceitos possíveis para "lei". Uma primeira definição considera esse termo exclusivamente em sentido formal, como sendo o ato emanado do Poder Legislativo dotado de generalidade e abstração, ou editado com fundamento nas hipóteses de delegação legislativa expressamente previstas no texto constitucional, i.e, as medidas provisórias, as leis delegadas e os decretos autônomos.

Segundo esse entendimento, que adota uma visão mais restrita e formalista do princípio da legalidade, somente os atos previstos nos incisos I a V do artigo 59<sup>11</sup> do Texto Maior poderiam inovar o ordenamento jurídico, ou seja, somente eles seriam admitidos como fontes formais do Direito e estariam em consonância com o princípio da legalidade. Nesse passo, alguns autores incluíram na lista os decretos autônomos, previstos no artigo 84, VI da CRFB/88, caracterizando-os como estatuições primárias<sup>12</sup>.

Essa interpretação do texto constitucional contribui para fundamentar aqueles que se posicionam pela inconstitucionalidade da função normativa das agências reguladoras, ou, ao menos, defendem a impossibilidade de inovação do ordenamento por normas regulatórias.

Mas um conceito mais amplo do termo "lei" pode ser adotado para considerá-la qualquer ato normativo, emanado por autoridade competente, desde que observados na sua elaboração os princípios constitucionais e os *standards*<sup>13</sup> fixados pelo ato de outorga da função normativa.

---

<sup>11</sup> Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções.

<sup>12</sup> Nas palavras de EROS GRAU: "Os ordenamentos jurídicos são referidos como *primários* porque se impõem, aos grupos sociais a que respeitam, por virtude própria, isto é, por *força primária* - tal como ocorre com as normas. Assim, se o caráter inovador da norma a peculiariza, seus reflexos, termos de inovação - para que existam como tais -, penetram o próprio *ordenamento jurídico*. Por isso que a norma configura *inovação no ordenamento jurídico* e, daí, é de ser definida como preceito *primário*." Cf. *Ibidem*, p. 239.

<sup>13</sup> Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Regime jurídico do setor petrolífero*. In: *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 29. No mesmo sentido,

Essa leitura alternativa do enunciado constitucional amplia o conceito de lei para incluir nele o ato normativo, emanado por autoridade competente, com observância dos princípios constitucionais e dos limites e condições estabelecidos pela lei de outorga da competência normativa.

#### 4. Função normativa x função legislativa

A interpretação ora exposta parte da distinção entre função normativa e função legislativa desenvolvida por EROS GRAU com base na doutrina de RENATO ALESSI. Para melhor compreensão do raciocínio, expõe-se nas palavras daquele autor, a diferença entre as noções de norma e lei, essencial para o desenvolvimento do ponto em exame:

*Norma* [segundo ALESSI] é todo preceito expresso mediante estatuições primárias (na medida em que valem por força própria, ainda que eventualmente com base em um poder não originário, mas derivado ou atribuído ao órgão emanante), ao passo que *lei* é toda estatuição, embora carente de conteúdo normativo, expressa, necessariamente com valor de estatuição primária, pelos órgãos legislativos ou por outros órgãos delegados daqueles. A lei não contém, necessariamente, uma norma. Por outro lado, a norma não é necessariamente emanada mediante uma lei. E, assim, temos três combinações possíveis: a *lei-norma*, a *lei não-norma* e a *norma não-lei*.<sup>14</sup>

A noção de função legislativa, destarte, relaciona-se a um critério formal de classificação de funções, que leva em conta o *órgão que a titula*. Segundo esse critério, podemos distinguir as funções executiva, legislativa e judicial.

Já a noção de função normativa vincula-se a um critério de classificação material que considera a *natureza* da função desempenhada. Esse critério distingue as funções administrativa, normativa e jurisdicional. A classificação, desse modo balizada, encontra-se mais consentânea com a realidade atual, na qual os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, frutos da tripartição clássica, exercem de fato, em algum grau, as três funções expostas.<sup>15</sup> Nesse passo, a distinção tradicional entre os poderes pode ser mantida, se partirmos da função típica que desempenham.

---

GOMES, Joaquim Barbosa. *A metamorfose do Estado e da democracia*. Disponível em [http://www.adami.adv.br/artigos/artigo17.asp#\\_ftn47](http://www.adami.adv.br/artigos/artigo17.asp#_ftn47).

<sup>14</sup> GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros 2008, p. 241.

<sup>15</sup> Como exemplo do Legislativo exercendo função jurisdicional, temos o disposto no artigo 52, I da CRFB/88, que estabelece a competência do Senado Federal para *julgar*

A adoção dessa diferenciação entre função normativa e função legislativa nos possibilita reforçar o argumento que nega a existência de delegação legislativa às agências reguladoras.

EROS GRAU, com base em ALESSI, sustenta que os "regulamentos são estatuições primárias – impostas por força própria – ainda que não sejam emanados de um poder *originário*. Por isso se apresentam como *derivados*, no sentido de que devem fundar-se sobre uma *atribuição de poder normativo* contida explícita ou implicitamente na Constituição **ou em uma lei formal.**"<sup>16</sup> (grifo nosso)

E, afirma que "o *exercício da função regulamentar, pelo Executivo, não decorre de uma delegação de função legislativa*"<sup>17</sup> (grifo no original)

Portanto, a produção da norma jurídica, entendida como preceito abstrato, genérico e inovador não é de titularidade exclusiva do Poder Legislativo. Assim, a adoção do princípio da legalidade em termos relativos demonstra-se mais adequada à realidade social – face ao pluralismo jurídico - e à própria integração do ordenamento estatal.

De acordo com EROS GRAU:

Voltando ao art. 5º, II, do texto constitucional, verificamos que, nele, o princípio da legalidade é tomado em *termos relativos*, o que induz a conclusão de que o devido acatamento lhe estará sendo conferido quando - manifesta, explícita ou implicitamente, atribuição para tanto - ato normativo não legislativo, porém regulamentar (ou regimental), definir obrigação de fazer ou não fazer alguma coisa imposta a seus destinatários.

Tanto isso é verdadeiro - que o dispositivo constitucional em pauta consagra o princípio da legalidade em termos apenas relativos - que em pelo menos três oportunidades (isto é, no art. 5º, XXXIX, no art. 150, I, e no parágrafo único do art. 170) a Constituição retoma o princípio, então o adotando, porém, em termos absolutos: não haverá crime ou pena, nem tributo, nem exigência de autorização de órgão público para o exercício de atividade econômica, sem *lei* - aqui entendida como tipo específico de ato legislativo - que os estabeleça. Não tivesse o art. 5º, II, consagrado o princípio da legalidade em termos somente relativos, e razão não haveria a justificar sua

---

e *processar* o Presidente e o Vice-Presidente da República quanto aos crimes de responsabilidade. Por sua vez, o Executivo exerce função normativa ao regulamentar as leis e ao regular setorialmente a economia pelas agências reguladoras. O Judiciário atua na função administrativa, e.g., quando os tribunais elaboram seus regimentos internos e organizam suas secretarias e serviços auxiliares, no exercício da competência privativa conferida pelo art. 96, I, "a" e "b" da CRFB/88.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 243.

<sup>17</sup> Id ibidem.

inserção no bojo da Constituição, em termos então absolutos, nas hipóteses referidas.<sup>18</sup>

É possível, portanto, a atribuição de função normativa - seria incorreto mencionar delegação de poder legislativo - às agências reguladoras mediante lei formal. Essa função tem característica de inovação do ordenamento jurídico, ou seja, pode gerar direitos e obrigações, desde que observados certos limites fixados na legislação. Não podemos, nesse passo, olvidar as lições de HANS KELSEN sobre a aplicação e criação do Direito:

Uma norma que regula a produção de outra norma é aplicada na produção, que ela regula, dessa outra norma. A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. Estes dois conceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. É desacertado distinguir entre atos de criação e aplicação do Direito. Com efeito, se deixarmos de lado casos-limite - a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercitivo - entre os quais desenvolve o processo jurídico, **todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior.** (grifo nosso)<sup>19</sup>

Dentre as diversas normas regulatórias que estabelecem direitos e obrigações, podemos destacar alguns dispositivos da Resolução Anatel n.º 426/2005, que aprovou o Regulamento do Serviço Telefônica Fixo Comutado:

Art. 11. O usuário do STFC tem direito:

(...)

XII - de resposta eficiente e pronta às suas reclamações e correspondências, pela prestadora, conforme estabelece o Regulamento de Gestão de Qualidade da Prestação do STFC (RGQ-STFC);

(...)

XV - à obtenção gratuita, mediante solicitação encaminhada ao serviço de atendimento de usuários mantido pela prestadora, da não divulgação do seu código de acesso em relação de assinantes e no serviço de informação de código de acesso de assinante do STFC;

(...)

XXV - ao atendimento pessoal que lhe permita efetuar interação relativa à prestação do STFC, nos termos da regulamentação, sendo vedada a substituição do atendimento pessoal pelo oferecimento de auto-atendimento por telefone, correio eletrônico ou outras formas similares;

As normas em destaque oferecem maior concreção aos direitos conferidos aos usuários pelo art. 3º, I, VI e X da Lei n.º 9.472/98<sup>20</sup> e, portanto, inovam em certa medida o ordenamento jurídico.

---

<sup>18</sup> Ibidem, p. 247.

<sup>19</sup> V. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 260-261.

<sup>20</sup> Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito: I - de acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional; VI - à não divulgação, caso

Outro exemplo de geração de direitos pela regulação pode ser encontrado no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 200201000095750, pela Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (relatora Des. Federal Selene Maria de Almeida), no qual ficou assentada a necessidade de intervenção do judiciário visando à tutela dos interesses dos consumidores previstos na Resolução ANATEL n.º 85/98, *verbis*:

DJ DATA:25/11/2004 PAGINA:34

Decisão A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao agravo.

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇOS DE TELEFONIA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITOS DISPONÍVEIS. APLICAÇÃO IDÊNTICA A TODOS QUE SE ENCONTREM A SITUAÇÃO ASSEMBELHADA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA CUJA VIGÊNCIA NÃO RESTOU DEMONSTRADA. COBRANÇA DE DÉBITOS EM PRAZO SUPERIOR AO ESTABELECIDO NA RESOLUÇÃO ANATEL 85/98. DEFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. NECESSIDADE DE TUTELA DOS INTERESSES DOS CONSUMIDORES. FIXAÇÃO DE PRAZO O PAGAMENTO DOS DÉBITOS EXISTENTES. IMPOSSIBILIDADE. REGULAMENTAÇÃO DA MATÉRIA. COMPETÊNCIA DA ANATEL. FACULDADE DE APRESENTAÇÃO DE PLANO DE PARCELAMENTO CONFERIDA A CONCESSIONÁRIA. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Possui o Ministério Público legitimidade para propor em juízo ação civil pública objetivando a tutela de direitos individuais homogêneos, nos moldes do art. 81, p. único, inc. III c/c art. 82, inc. I, da Lei 8.078/90. Precedentes do STJ. 2. Embora os direitos discutidos em juízo sejam disponíveis, são direitos do consumidor que terão aplicação idêntica a todos quanto se encontrem em situação assemelhada, ou seja, que estejam sendo cobrados por serviços pretéritos em prazo superior ao previsto na regulamentação da prestação de serviço telefônico. 3. Afasta-se a preliminar de ausência de interesse de agir do Ministério Público Federal em razão da existência de termo de ajustamento de conduta que versa sobre a matéria discutida nos autos, uma vez que a Embratel não demonstrou a plena vigência do acordo, faculdade que lhe foi conferida pela decisão que apreciou o pedido de efeito suspensivo. **4. A cobrança de débitos pela concessionária de serviços de telefonia em prazo superior ao determinado no artigo 61 da Resolução ANATEL 85/98 demonstra a deficiência na prestação dos serviços, a ensejar a intervenção do Poder Judiciário visando à tutela dos interesses dos consumidores.** 5. Contudo, descabe ao Judiciário fixar prazos para o pagamento dos débitos existentes, substituindo-se a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, a quem compete a regulamentação da matéria. 6. Faculta-se à concessionária agravante a apresentação de plano de parcelamento dos débitos **em conformidade com a especificação que venha a ser estabelecida pela ANATEL.** 7. Agravo de instrumento parcialmente provido. (grifos nossos)

Neste acórdão, o TRF da 1ª Região reconheceu como direito dos consumidores a necessidade de a empresa de telefonia respeitar os prazos

---

o requeira, de seu código de acesso; X - de resposta às suas reclamações pela prestadora do serviço;

fixados pela ANATEL em norma regulatória, o que demonstra a possibilidade de que direitos e obrigações sindicáveis judicialmente sejam criados pela agência reguladora no exercício de sua função normativa.

## **5. Limites e condições para o exercício da função normativa**

Entretanto, essa atribuição de competência normativa não pode ser desprovida de limites e condições, pois, caso contrário, seria aberto espaço para uma atuação arbitrária do ente dela detentor. Ou seja, a integração do ordenamento jurídico por meio da regulação possui um caráter inovador limitado.

Os autores que defendem a constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras apontam a necessidade da fixação dessas balizas, condicionando o exercício desse poder aos princípios constitucionais, às disposições legais e aos eventuais regulamentos expedidos pelo Chefe do Executivo.

A atividade regulatória deve obedecer a determinados parâmetros estabelecidos em normas superiores, as quais, devido a sua baixa densidade normativa, possibilitam sua complementação pelo ente regulador, mediante a expedição de atos administrativos normativos. As chamadas leis-quadro fixam, assim, as diretrizes, o escopo que deve ser seguido pela regulação.<sup>21</sup>

Dentre os princípios constitucionais que devem ser respeitados no exercício da função normativa podemos destacar o do devido processo legal. Nesse sentido, expõe DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO:

Efetivamente, se assim não fora, a lei deslegalizadora, ao atribuir função reguladora a um determinado órgão, para tanto criado ou credenciado, estar-lhe-ia abrindo uma exceção constitucional e um espaço de atuação arbitrária, se, ao deslegalizar, o eximisse de atuar vinculadamente a um pertinente e devido processo legal, a que estão inescapavelmente obrigados todos os órgãos do Estado no desempenho de quaisquer de suas funções extroversas, e, assim, capazes de alcançar as pessoas.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Segundo o mestre EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA a lei de deslegalização "não é uma lei de regulação material, não é uma norma diretamente aplicável como *norma agendi*, não é uma lei cujo conteúdo deva simplesmente ser completado; é uma lei que limita seus efeitos ao abrir aos regulamentos a possibilidade de entrar em uma matéria até então regulada por lei." Cf. DE ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, Civitas, Madrid, 3ª ed., 1998, p. 221 apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p. 422.

<sup>22</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 179.

A grande dificuldade colocada pela doutrina estaria em relacionar especificamente, *a priori* e em abstrato, quais seriam essas balizas, os *standards* mínimos que legitimariam essa atuação normativa.

Mas, a despeito do desafio apontado, é possível relacionar como uma das barreiras à atuação regulatória as matérias submetidas à reserva absoluta de lei formal.

Além disso, haverá matérias mais sensíveis, de maior repercussão social, que demandarão maiores diretrizes para o exercício da função normativa. Questões menos relevantes, que não afetem direitos fundamentais, poderão ser normatizadas com maior espaço de liberdade pelo ente regulador.

O que se verifica essencial é que a lei, ao atribuir poder normativo àquele ente, preveja condições e diretrizes suficientes para garantir o controle e a legitimidade das normas a serem por ele emanadas. É importante novamente ressaltar que a norma regulatória não se submete apenas às disposições da lei que atribuiu a competência normativa. Sua elaboração deve-se orientar pelos princípios e valores constitucionais, com destaque aos princípios da proporcionalidade e do devido processo legal, que servem como instrumento de controle prévio ao exercício da regulação, bem como à democracia deliberativa<sup>23</sup>, a qual atua em prol da formação da necessária legitimidade da norma a ser expedida.

---

<sup>23</sup> JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA, com base nos estudos de JOSHUA COHEN, AMY GUTMAN e DENNIS THOMPSON formula duas definições para democracia deliberativa. A primeira, partindo de uma concepção formal, desenvolvida por Cohen, considera democracia deliberativa *"uma associação permanente na qual seus membros, que se reconhecem mutuamente capazes de argumentar e decidir os rumos coletivos a partir de uma troca de razões, escolhem agir por meio de deliberações públicas, tomadas dentro de instituições que expressem claramente seu caráter deliberativo, reservando espaço às preferências pessoais."* Uma segunda definição é extraída com base nas características da democracia deliberativa estudadas por Gutman e Thompson: *"uma forma de governo na qual cidadãos livres e iguais (e seus representantes) justificam decisões em um processo no qual eles se oferecem razões mutuamente aceitáveis e acessíveis, com o propósito de chegar a conclusões vinculantes no presente mas abertas a mudanças no futuro."* SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente. *A captura democrática da Constituição Econômica: uma proposta de releitura das atividades públicas de fomento, disciplina e intervenção direta na economia à luz do pragmatismo e da razão pública*. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Público: Rio de Janeiro, 2010.

Ressaltamos, ainda, que a deslegalização, como técnica legislativa, não se confunde com o fundamento do poder normativo das agências reguladoras. Sendo um fenômeno que pressupõe a degradação do grau hierárquico de uma matéria, ela será verificada apenas naquelas situações em que a matéria antes disciplinada em lei passa a ser tratada pelo ente regulador mediante normas hierarquicamente inferiores. Logo, não haverá deslegalização se a questão for desde o início regulada por normas infralegais derivadas desse poder normativo.

## **6. Conclusão**

A despeito da posição de renomados autores que consideram a atribuição de competência normativa às agências reguladoras uma espécie de delegação legislativa inconstitucional, é possível sustentar, com base na doutrina apresentada, uma interpretação mais ampla do princípio da legalidade, abarcando no seu conceito o ato normativo que tenha sido elaborado com observância dos princípios e regras do ordenamento jurídico.

Essa leitura alternativa do princípio insculpido no artigo 5º, II da Carta Magna possibilita sustentar a constitucionalidade da atribuição de competência normativa às agências reguladoras, por meio de leis formais, as quais, no exercício dessa função, expedem atos que, apesar de genéricos e abstratos, não perdem sua natureza administrativa. Desse modo, pela classificação de Renato Alessi, exposta por Eros Grau, o ato regulatório pode ser considerado uma "norma não-lei".

Por serem em essência atos administrativos, a elaboração das normas pelos entes de regulação deve observar todos os princípios constitucionais que balizam a atuação da Administração Pública, encontrando-se na base da pirâmide normativo do nosso ordenamento jurídico.

## **7. Referência bibliográfica**

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio de. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 200-201.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade, In: *Direito regulatório*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. 7ª ed., São Paulo: Malheiro, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 260-261.

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

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 726.

SUNDFELD, Carlos Ari. Regime jurídico do setor petrolífero. In: *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006.