



FUNDAÇÃO CARMELITANA MÁRIO PALMÉRIO - FUCAMP
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS - FACIUS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

GÉSSICA PATRÍCIA SOUSA GONÇALVES MACHADO

**O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

MONTE CARMELO-MG
2018

GÉSSICA PATRÍCIA SOUSA GONÇALVES MACHADO

**O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Fucamp - Fundação Carmelitana Mário Palmério, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Tiago Nunes da Silva.

MONTE CARMELO-MG
2018

GÉSSICA PATRÍCIA SOUSA GONÇALVES MACHADO

**O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da FUCAMP - Fundação Carmelitana Mário Palmério, como requisito para obtenção do Título de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Mestre Tiago Nunes da Silva.

Aprovada em ____/____/____.

Banca Examinadora:

MONTE CARMELO/MG

2018

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, primeiramente, pela força e coragem que me deste nessa longa caminhada de Graduação em Direito.

Aos meus pais, Manoel e Kelis, ao meu esposo Lucas e à minha filha Geovana e demais familiares e amigos, que com muito carinho e apoio não mediram esforços para que eu chegasse ao fim de mais uma etapa em minha vida.

Ao meu honrado e competente professor e orientador, Mestre Tiago Nunes da Silva, por ter acreditado em meu trabalho e dedicado seu tempo me orientando com muita dedicação e paciência, para que eu pudesse realizar meu Trabalho de Conclusão de Curso.

RESUMO

O Presente trabalho versou sobre as agências reguladoras, que compõe a estrutura da Administração Pública Indireta, no direito brasileiro, com preponderância no estudo do poder normativo conferido às agências reguladoras para edição de regulamentos. Foi objeto de pesquisa a possível investigação acerca da constitucionalidade do poder normativo e regulador das agências reguladoras instituídas por lei para auxiliar o Poder Público, no que tange a prestação de serviços públicos. A problemática aponta no sentido de averiguar a constitucionalidade do poder normativo conferido às agências reguladoras. No que se refere à justificativa da pesquisa, pode-se afirmar que relevância dessa se deu em razão da tentativa de apresentar resposta acerca da complexidade envolvendo o poder normativo das agências reguladoras, sendo muito controvertido, tanto em sede doutrinária como jurisprudencial. Para desenvolvimento da pesquisa foram abordados os aspectos evolutivos do Estado; as agências reguladoras brasileiras e o poder normativo das agências reguladoras. Quanto, a metodologia da pesquisa foi utilizada o tipo de pesquisa bibliográfico, feita a partir de análise de fonte secundária, por meio de livros, artigos, documentos monográficos, periódicos e outros, que abordam de diferentes maneiras, o tema do trabalho. O método de abordagem aplicado foi o dedutivo para a realização da pesquisa bibliográfica. Por fim, foram utilizados como premissa, os princípios constitucionais da legalidade e reserva legal, a fim de chegar a uma conclusão acerca da legitimidade e constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras brasileiras.

Palavras chaves: Administração Pública. Agências Reguladoras. Constitucionalidade. Estado. Poder Normativo. Princípio da Legalidade.

ABSTRAT

The present work dealt with the regulatory agencies, which compose the structure of the Indirect Public Administration, in Brazilian law, with preponderance in the study of the regulatory power conferred to the regulatory agencies for the edition of regulations. It was investigated the possible investigation on the constitutionality of the normative and regulatory power of the regulatory agencies established by law to assist the Public Power in relation to the provision of public services. The problematic point is to verify the constitutionality of the normative power conferred to the regulatory agencies. With regard to the justification of the research, it can be affirmed that this relevance was due to the attempt to present a response about the complexity involving the regulatory power of the regulatory agencies, being very controversial, in both doctrinal and jurisprudential. For the development of the research the evolutionary aspects of the State were approached; the regulatory agencies of Brazil and the regulatory power of regulatory agencies. The research methodology used the type of bibliographic research, based on analysis of secondary source, through books, articles, monographic documents, periodicals and others, which deal with the theme of work in different ways. The method of applied approach was the deductive for the accomplishment of the bibliographical research. Finally, the constitutional principles of legality and legal reserve were used as a premise in order to arrive at a conclusion about the legitimacy and constitutionality of the regulatory power of Brazilian regulatory agencies.

Keywords: Public Administration. Regulatory agencies. Constitutionality. State. Normative Power. Principle of Legality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 ASPECTOS EVOLUTIVOS DO ESTADO	9
2.1 Legitimidade do poder estatal	10
2.2 O Estado liberal	12
2.3 O Estado de bem-estar social ao Estado neoliberal	14
2.4 Da desestatização pós Constituição de 1988	16
3 AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO BRASILEIRO	18
3.1 Fundamentos das agências reguladoras	23
3.2 Independência das agências reguladoras	24
3.3 Atribuições das agências reguladoras	26
4 PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORA BRASILEIRAS	30
4.1 Dos Privilégios das Agências reguladoras	32
4.2 O Poder Normativo das agências reguladoras face os princípios da legalidade e reserva legal	34
4.3 Legitimidade e constitucionalidade do poder normativo das Agências Reguladoras 35	
CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS	44

1 INTRODUÇÃO

O Presente trabalho versa sobre as agências reguladoras da Administração Indireta no direito brasileiro, com preponderância no estudo do poder normativo conferido às agências reguladoras para edição de regulamentos. Será objeto de pesquisa a possível investigação acerca da constitucionalidade do poder normativo e regulador das agências reguladoras instituídas por lei para auxiliar o Poder Público, no que tange a prestação de serviços públicos.

As agências reguladoras no Brasil exercem papel de fiscalização e controle de determinados serviços delegados à iniciativa privada. Para tanto, as mesmas editam normas dentro de seus respectivos âmbitos de atuação e, se valendo do poder de polícia a elas conferidos, fiscalizam a execução de serviços delegados à iniciativa privada e intermediam determinados conflitos entre concessionários e usuários dos serviços públicos.

É inegável a importância do papel desempenhado pelas agências reguladoras, porém, o que mais suscita controvérsia é o poder normativo conferidos a elas para edição de regulamentos. Diante disso, a problemática da pesquisa aponta no sentido de averiguar a constitucionalidade do poder normativo conferido às agências reguladoras.

De antemão, pode se afirmar que o poder normativo das agências reguladoras limita-se tão somente à edição de atos normativos técnicos, específicos a determinado assunto referente às suas respectivas atividades. Essas jamais poderão elaborar normas complementares, nem instituir obrigações não previstas em lei. Sendo assim, o poder normativo das agências reguladoras encontra seu limite no princípio da legalidade.

Portanto, pode se afirmar que todo o ato normativo editado por agências reguladoras, com o objetivo de regulamentar determinado assunto de sua área de atuação, respeitado o princípio da legalidade, é legítimo e, portanto, constitucional.

No que se refere à justificativa da pesquisa, pode-se afirmar que relevância dessa se dá em razão da tentativa de apresentar resposta acerca da complexidade envolvendo o poder normativo das agências reguladoras, sendo muito controvertido, tanto em sede doutrinária como jurisprudencial.

Para desenvolvimento da pesquisa serão abordados no primeiro capítulo os aspectos evolutivos do Estado; legitimidade do poder estatal; Estado Liberal; Estado de Bem Estar Social ao Estado Neoliberal e da desestatização pós Constituição de 1988.

No segundo capítulo serão estudadas as agências reguladoras brasileiras; seus fundamentos; independência das agências reguladoras bem como suas atribuições. Por fim o terceiro capítulo abordará o poder normativo das agências reguladoras, os privilégios

conferidos às agências; o poder normativo face os princípios da legalidade e reserva legal e, por fim a legitimidade e constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras.

Quanto, a metodologia a ser utilizada para desenvolvimento da pesquisa, adotar-se-á o tipo de pesquisa bibliográfico, feita a partir de análise de fonte secundária, por meio de livros, artigos, documentos monográficos, periódicos e outros, que abordam de diferentes maneiras, o tema do trabalho. O método de abordagem a ser aplicado será o dedutivo para a realização da pesquisa bibliográfica.

Por fim, serão utilizados como premissa, os princípios constitucionais da legalidade e reserva legal, a fim de chegar a uma conclusão acerca da legitimidade e constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras brasileiras.

2 ASPECTOS EVOLUTIVOS DO ESTADO

O Estado representa uma instituição complexa, que visa estabelecer as normas por meio de seus poderes, para facilitar a convivência em sociedade, cria direitos e impõe obrigação e necessita se submeter às leis, devendo atuar sempre com respeito à legalidade e aos direitos fundamentais dos indivíduos.

O Estado é uma instituição política, social e juridicamente organizada, dotada de personalidade própria de Direito Público, submetido às normas estipuladas pela Constituição Federal e dirigido por um governo que possui soberania reconhecida interna e externamente. (CARVALHO, 2016, p. 29)

Um Estado soberano é constituído por um governo, que é elemento condutor, um povo, que representa o componente humano e um território, que é o espaço físico que ocupa. Para tanto, o Estado é responsável pela organização e controle social, pois detém o monopólio legítimo do uso de força. (CARVALHO, 2016, p. 29)

Nesse viés, afirma Morais (2011, p. 2) que:

Podemos conceituar o Estado como sendo "o povo politicamente organizado", porém tal conceituação jamais conseguirá descrever e demonstrar a imensa faceta e sua importância. Fazendo uma comparação com Santo Agostinho, se pensarmos o Estado saberemos como o mesmo é, já se nos perguntarmos o que o mesmo é, não saberemos responder de maneira clara e definitiva. O Estado é a mais complexa das organizações sociais, sendo resultado de elevado desenvolvimento humano, alguns autores situam seu aparecimento com seu contorno atual, nos tempos modernos, apesar de as cidades grega e romana já apresentarem características semelhantes.

Dessa forma, verifica-se a complexidade do conceito de Estado, pois a conceituação do Estado jamais será capaz de demonstrar ou descrever sua importância, tanto para os cidadãos como para reorganizar e reestruturar a sociedade, a fim de impor a ordem social, garantir direitos e obrigar os cidadãos a respeitarem os direitos alheios.

Todavia, apesar do uso legítimo da força para impor a ordem na sociedade, garantir o mínimo a cada indivíduo, enquanto pessoa humana, dotada de direitos inerentes à sua personalidade, o Estado ainda deixa a desejar em termos de organização social, haja vista que a cada instante fato indesejável, prejudicial, imoral e inaceitável ocorre na sociedade, até porque, o homem é mau por natureza e ávido por lucro e constantemente burla as normas em prol de interesses mesquinhos e individualistas.

Assim, há todos os instantes os cidadãos sentem a interferência do Estado em suas vidas, seja ao obriga-los a respeitarem uma norma, a pagarem tributos, atenderem uma ordem judicial, dentre outras situações presentes no cotidiano dos indivíduos.

O nascimento do Estado se prende às vicissitudes política enfrentadas pela sociedade no início dos tempos modernos. Com o início das lutas religiosas na Idade Média, a insegurança obrigou a instituir "algo" acima das facções em conflito. O rei passaria de um apoiador de um determinado grupo, para ser um soberano acima das partes, neutro em si. (MORAIS, 2011, p. 2)

Deste modo, pode-se afirmar que o Estado surge para o homem, e não o homem para o Estado. O mesmo é fruto de evolução social, tornando-se clara a importância de o cidadão interferir na organização estatal, seja através do voto, seja cobrando dos representantes, posições efetivas que transformem, melhorem e proporcionem o melhor a todos; políticas públicas voltadas aos direitos fundamentais ou mesmo através dos institutos jurídicos do processo político-democrático, fundamento do Estado Democrático de Direito. (MORAIS, 2011, p. 2)

Insta salientar, que o termo "Estado" teve origem no latim, significando ordem, estado. Tal denominação passou a ser admitida a partir dos séculos dezesseis e dezessete. Na Antiga Grécia, os gregos usavam a expressão *polis* para denominar a sociedade política. (MORAIS, 2011, p. 3)

Já para os romanos, o termo usado era *civitas*. Na Idade Média utilizavam os termos “principados”, “reino”, enquanto que para os povos germânicos, o Estado era denominado de “*reich* e *staat*”. A palavra Estado, com seu atual significado, foi utilizada pela primeira vez em na literatura política por Nicolau Maquiavel, em sua obra *Il Príncipe*, publicada no ano de 1531. (MORAIS, 2011, p. 3)

Por conseguinte, constata-se que a denominação Estado utilizada na modernidade para designar uma pessoa fictícia, responsável por reestruturar e reorganizar a sociedade, impondo ordem, garantindo o mínimo existencial e criando normas para os fatos sociais, nem sempre teve a mesma denominação, pois cada período da história, bem como as civilizações tinham suas próprias denominações para essa figura que se conhece hoje como Estado.

2.1 Legitimidade do poder estatal

A figura do Estado é dotada de poder e esse poder é legitimado pelo direito, que é a regra emanada da sociedade e fundamentada na lei moral e na lei social. Insta mencionar que Direito e poder não se confundem.

O direito está por traz de uma sociedade organizada, é ele o responsável por oferecer as normas que regulamentarão as relações. Quem quer que assuma o Estado o converterá em direito, pois somente o uso da força não basta para impor a ordem na sociedade. Porém, para o poder ser legítimo há de ser criado por pessoas legitimadas. (MERENDI, 2005, n. p.)

A lei suprema e básica de qualquer sociedade é sua Constituição, assim o povo não detém a faculdade de criar sua própria Lei Maior, mas tão somente o poder constituinte que, legitimado pelo povo atua em nome desse a fim de estabelecer as diretrizes para o Estado e a sociedade em geral, positivando o necessário ao ser humano para uma vida em sociedade.

O Poder Constituinte é o que exerce o poder soberano, porém ele dá a linha mestra e deixa que os demais poderes ajam por si, tendo sempre como limite a Lei Maior. Mas essa não é absoluta, haja vista a necessidade de compatibilizá-la com as convenções, tratados e conferências internacionais, que são firmados a cada instante pelas organizações internacionais. (MERENDI, 2005, n. p.)

Por outro lado, a soberania, apesar de ser útil para qualificar o poder do Estado, atualmente, encontra condicionada a normas externas da orbita internacional. Até porque, não é nada viável para um Estado que necessite negociar externamente com o mundo internacional, desrespeitar as convenções e tratados internacionais. Portanto, nem mesmo a soberania de um Estado é absoluta. (MERENDI, 2005, n. p.)

O Estado ainda é soberano, porque a soberania embora exercida com limitação não foi igualada por nenhuma ordem de direito interna, nem superada por nenhuma outra externa. As organizações internacionais são destituídas de supremacia sobre os Estados, pois são estes ainda que criam tais organizações. Com isso, os Estados continuam, portanto, a ocuparem uma posição de destaque invulgar na organização política do mundo, porém, não exercem soberania absoluta. (MERENDI, 2005, n. p.)

Destarte, surge a indagação: se o próprio Estado cria suas leis, como pode, então, se submeter a elas? Diferentemente do passado, o Estado moderno busca obedecer ao seu ordenamento, haja vista se tratar de uma coerência necessária. Não poderia ser diferente, o Estado não poderia mais impor leis e não se submeter às mesmas, sob pena de retroceder ao absolutismo. (MERENDI, 2005, n. p.)

Por conseguinte, é necessário que o Estado atue de forma cautelosa, principalmente com respeito à personalidade humana e aos direitos fundamentais dos cidadãos. Pois mesmo estando subordinado ao Estado, o cidadão é pessoa humana, superior ao Estado. Sendo assim cabe ao mesmo agir com respeito à dignidade dos cidadãos e aos valores sociais da coletividade

2.2 O Estado liberal

O Estado liberal surgiu por volta do século XVII a XX com a ascensão da burguesia e com o surgimento e predominância do mercado como principal instituição política e econômica, além da progressiva internacionalização da economia e do comércio.

O Estado Liberal tem como característica um mercado natural, no qual a pauta de atuação de todos os participantes é a realização de seus interesses, bem como a plena liberdade dos cidadãos. (POLANYI *apud* MORAES, 2014, p. 271)

A Revolução Francesa foi a grande responsável por esse modelo de Estado idealizado e imposto pela burguesia, e em prol exclusivamente dessa. Assim, o Estado Liberal é um Estado Burguês.

O Estado Burguês tem como ideal o individualismo da burguesia e a livre iniciativa privada, sem intervenção estatal e sem a garantia do mínimo existencial à classe operária, porque esse modelo favorecia exclusivamente a burguesia. A classe burguesa em ascensão pleiteava a liberdade contratual, liberdade de propriedade, de comércio e de indústria.

A burguesia na segunda metade da Idade Moderna passa a ser o grande agente de mudanças históricas nas sociedades europeias. Sua visão a respeito da sociedade é quase totalmente a expressão de seus próprios interesses. (MASCARO, 2009, p. 54)

No início da Idade Moderna, nos tempos em que o renascimento se desenvolve também se consolida o regime político absolutista, porém, enquanto o renascimento é humanista, o absolutismo é teológico e representa uma conservação dos velhos preceitos medievais em plena modernidade. (MASCARO, 2009, p. 54)

O surgimento do Estado moderno, com grandes territórios nacionais unificados, quebra o isolamento e a autonomia produtiva do velho sistema feudal e propicia a atividade mercantil dos burgueses. O Absolutismo, em um primeiro momento é benéfico à burguesia, por quebrar o sistema feudal. (MASCARO, 2009, p. 53)

Entretanto, o absolutismo passa a ser ruim aos interesses burgueses, na medida em que, já consolidada economicamente, percebe que, politicamente, a concentração de poderes nas mãos do soberano lhe é prejudicial, pois o rei privilegia apenas os nobres e não os burgueses,

impedindo o pleno desenvolvimento mercantil burguês, por falta de condições de igualdade formal. (MASCARO, 2009, p. 54)

Assim, contra essa desigualdade e os privilégios políticos advindos do Absolutismo, a burguesia levantará uma nova concepção política e social, o Iluminismo. Esse culmina na Revolução Francesa de 1789, com intuito de quebrar os preconceitos absolutistas e se fundar em uma sociedade que atende aos interesses econômicos e políticos do capitalismo. (MASCARO, 2009, p. 54)

Portanto, o Estado Liberal impôs limitações ao poder do soberano e essas limitações constituem o objetivo primeiro do movimento que culminou no Estado Liberal, pois a corrente ideológica que prevalece no seio da Revolução Francesa objetiva a criação de um mercado autorregulado e imune a interferências estatais de qualquer gênero. (MORAES, 2014, p. 273)

Dessa forma, por meio da concepção de uma Constituição plenamente liberal “geral e abstrata” portadora de uma igualdade estritamente formal e do abstencionismo econômico, o novo modelo de Estado atribui segurança jurídica às trocas mercantis, cria um mercado de trabalho repleto de mão de obra barata e assegura a livre iniciativa por meio da realização de qualquer atividade potencialmente lucrativa. (POLANYI *apud* MORAES, 2014, p. 273)

Destarte, o principal objetivo da Burguesia é consolidar um Estado liberal que apregoa a liberdade, igualdade, propriedade e a livre iniciativa privada, sem interferência estatal, pois toda sua ideologia contribuiria para a perpetuação do capitalismo e da exploração da mão de obra barata.

Por conseguinte, qualquer ação intervencionista do Estado Liberal baseia na seguinte premissa: só é legítima a ação estatal absolutamente necessária à segurança individual dos cidadãos. O Estado Liberal se caracteriza por uma ideologia de manutenção do “status quo” e sua finalidade é sua própria autocontenção, excetuadas apenas as hipóteses de ameaça à segurança individual. Assim, qualquer ação política transformadora se encontra automaticamente fora desse espectro e, portanto, fora do campo de legalidade. (MORAES, 2014, p. 273)

Essa forma de Estado de Direito tem como ideologia a majestosa igualdade das leis, não leva em consideração os aspectos econômicos e sociais dos indivíduos, apenas tipifica direitos abstratos e sem efetividade alguma para a classe operária, haja vista que o Estado não se preocupa em criar mecanismos que visa garantir, se quer o mínimo existencial.

Em termos gerais, é essa perspectiva que norteará a existência do Estado Liberal durante todo o século XIX, principalmente durante seu apogeu pós-1848, haja vista que a

quantidade de riquezas produzidas possibilita algumas concessões sociais para acalmar o clamor das massas excluídas. (MORAES, 2014, p. 274)

Desta feita, tal período de ápice perdurará por mais meio século, mas entrará em declínio a partir de 1880, juntamente com o ocaso dessa fase do capitalismo. O espírito liberal é fortemente abalado pela Primeira Guerra Mundial, momento em que já começa a existir uma forte tendência ao Estado do Bem-Estar Social, sendo inviável a perpetuação do Estado Liberal. (MORAES, 2014, p. 274)

Do exposto, nota-se que o Estado liberal representa uma evolução há seu tempo, contudo, devido ao forte clamor social da parte operária e a devastação mundial da Primeira Guerra Mundial, o Estado é obrigado a tomar posições intervencionista na busca de acalmar a maioria da sociedade, representada pela a classe operária, sob pena de pôr em risco o próprio sistema capitalista. Assim, surge então o Estado Social.

2.3 O Estado de bem-estar social ao Estado neoliberal

O Estado do bem estar social surge após as misérias advindas do liberalismo que só favorecia a classe burguesa. Após a Primeira Guerra Mundial, bem como a crise econômica de 1929, as estruturas políticas econômicas do liberalismo restaram abaladas. Com isso, surgiu uma brecha para a ascensão de outro modelo de Estado alternativo.

Em 1936 o economista britânico John Maynard Keynes, forte defensor do intervencionismo estatal publicou sua obra sobre “A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda” e, sua obra veio contribuir, devido a devastação da Primeira Guerra Mundial para as primeiras intervenções estatais. Na Europa um modelo análogo foi idealizado pelo economista sueco Gunnar Myrdal e posto em prática. Com isso, deu-se o nome de *Welfare state*, que significa Estado de Bem-estar Social. Tal modelo, visa a promoção e manutenção do bem estar político e social do país e de seus cidadãos. (NAGAMINE, 2017, n. p.)

O Estado do Bem-Estar social trata-se de um Estado protetor e defensor social e organizador da economia. E, diferentemente do Estado liberal que não intervia na economia, mas tão somente idealizavam direitos abstratos, esse novo modelo de Estado busca efetivar ao menos o mínimo existencial ao cidadão, a fim de garantir sua dignidade humana. (NAGAMINE, 2017, n. p.)

Esse novo modelo, diferentemente, também, do Estado mínimo postulado pelo neoliberalismo, é o regulador de toda vida e saúde social, política e econômica do país e faz isso em parceria com a iniciativa privada.

O Estado do bem estar social se distingue do Estado liberal e neoliberal justamente, porquê assume o papel de garantidor dos serviços públicos de qualidade e de proteção à população. Esse novo modelo foi criado na Europa, sob o império da ideologia da “social-democracia” que se diferencia do liberalismo e do socialismo real (comunismo). (GOMES, 2013, p. 13)

Portanto, no Estado de bem-estar social é imprescindível garantir aos indivíduos os direitos sociais, ou seja, condições mínimas nas áreas de educação, saúde, habitação, seguridade social, e outras. Assim, em momentos de crise e desemprego, cabe ao Estado intervir na economia a fim de buscar a manutenção da renda e do trabalho das pessoas prejudicadas com a situação do país. (NAGAMINE, 2017, n. p.)

Ademais, no Estado do Bem-estar Social, o Estado estabelece leis trabalhistas rigorosas, regulando as relações entre empregado e empregador, estipulando salário mínimo, jornada diária máxima, direitos trabalhistas indisponíveis ao trabalhador, seguro-desemprego, dentre outros para garantir a dignidade do trabalhador. (NAGAMINE, 2017, n. p.)

Dessa forma, o Estado do Bem-estar Social é mais intervencionista, abarca quase todas as responsabilidades sociais e visa garantir e efetivar os direitos sociais aos seus cidadãos, por meio de políticas públicas voltadas para tal fim. Intervém na iniciativa privada, nas relações de emprego e visa garantir o mínimo aos cidadãos em situações de desamparo econômico.

Todavia, com a crise mundial de 1973, provocada pelo aumento excessivo no preço do petróleo, surgiu na Escola Monetarista do economista Milton Friedman, a proposta de políticas neoliberal a ser adotadas pelos Estados, defendendo a não participação do Estado na economia. De acordo com esta doutrina, deve haver total liberdade de comércio (livre mercado), pois este princípio garante o crescimento econômico e o desenvolvimento social de um país. (SAPADJIAN, 2008, p. 10)

O neoliberalismo tem características próprias, tais como a mínima participação do Estado na economia do país, pouca intervenção no mercado de trabalho, livres circulação de capitais internacionais, com ênfase na globalização, propostas de privatização das empresas estatais, adoção de políticas contra o protecionismo econômico; abertura da economia para entrada de multinacionais; desburocratização do Estado, a fim de simplificar a atividade econômica; posição contrária aos impostos e tributos excessivos; aumento da produção, como objetivo básico de atingir o desenvolvimento econômico, dentre outras. (SPADJIAN, 2008, p. 10)

Porém, este sistema não é visto como benéfico por todos os cientistas, pois os críticos ao sistema afirmam que a economia neoliberal beneficia apenas as grandes potências

econômicas e as empresas multinacionais. Dessa forma, os países pobres ou em processo de desenvolvimento, como é o caso do Brasil sofrem com os resultados de uma política neoliberal, haja vista que tal sistema ocasiona desemprego, baixos salários, aumento das diferenças sociais, além de aumentar a dívida externa, por dependência de capital de outros países. (SAPADJIAN, 2008, p. 10)

Contudo, os defensores do neoliberalismo afirmam que este sistema proporciona o desenvolvimento econômico e social de um país, pois deixa a economia mais competitiva, proporciona o desenvolvimento tecnológico e, através da livre concorrência, faz os preços e a inflação caírem. (SAPADJIAN, 2008, p. 11)

Por conseguinte, ao que parece, o neoliberalismo só é viável em países desenvolvidos, pois países subdesenvolvidos onde concentra desigualdade social elevadíssima, a mínima intervenção do Estado prejudicaria ainda mais parcela da população que vivem em situações de miserabilidade, que necessita da garantia e efetividade dos direitos sociais, que o Estado só é capaz de oferecer, se adotar políticas de Bem-estar Social.

2.4 Da desestatização pós Constituição de 1988

Com o surgimento da crise do Estado Social iniciou-se a era das privatizações, bem como da reforma estatal. Assim, restou ultrapassada a ideia de que o Estado deveria ter o domínio e o controle nas prestações dos serviços públicos à população.

Desta feita, buscou diminuir a atribuição do Estado na estrutura econômica e social, privatizando, com isso, as empresas e determinados serviços público, surgindo assim a figura da desregulação, da concessão, da permissão de serviço público e da terceirização, ficando o Estado com sua função de planejamento e regulação. (ELSING, 2014, p. 17)

O Estado continuou com a titularidade dos serviços, porém, o que ocorreu foi apenas a transferência da execução à iniciativa privada, na expectativa de revitalização deles pelos investimentos particulares, visando à qualidade na prestação dos serviços públicos, já que a iniciativa privada possui mais condições para tanto. (ELSING, 2014, p. 17)

Portanto, a desestatização apresenta vantajoso para o Estado e para a própria sociedade, pois possibilita a prestação de serviços com mais qualidades e eficiência e com menos custos para o Estado. A Constituição Federal de 1988 mudou o papel do Estado no que concerne ao desempenho de suas atividades econômicas, haja vista que restringiu a exploração direta de atividades econômicas pelo próprio Estado. (ELSING, 2014, p. 19)

Por conseguinte, o papel do Estado hodiernamente, apresenta-se como um agente regulador e normativo das atividades econômicas, e só explorará atividade econômica diretamente, nos casos previstos na Constituição, ou seja, o que antes era regra, atualmente apresenta-se como exceção.

3 AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO BRASILEIRO

No processo de modernização do Estado brasileiro foi criado um grupo especial de autarquias, denominadas de agências com objetivo de controlar as pessoas privadas incumbidas da prestação de serviços públicos, com intuito de evitar abusos praticados por pessoas da iniciativa privada e intervir no domínio econômico na busca pelo equilíbrio. Essas agências autárquicas classificam-se em agências executivas e agências reguladoras.

As agências executivas instituídas sob a forma de autarquia se distinguem das agências reguladoras por não terem funções de exercer o controle sobre pessoas da iniciativa privada, incumbidas de prestar serviços públicos. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 521)

Logo, diferentemente das agências reguladoras criadas para controlar e fiscalizar a delegação de serviços públicos, as agências executivas têm por finalidade exercer atividades da própria Administração Pública.

Assim, as agências executivas destinam-se a exercer atividade estatal que deve ser descentralizada. O fundamento de sua atuação é a operacionalidade, pois visam a efetiva execução e implementação de atividade descentralizada. A previsão normativa desse tipo de autarquia surgiu com a edição da Lei nº. 9.649 de 27 de maio de 1998. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 522)

Destarte, são exemplos de agências executivas o Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial-INMETRO, a Agência Brasileira de Inteligência-ABIM, a Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia-SUDAM e a Superintendência do desenvolvimento do Nordeste-SUDENE. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 523)

Portanto, serão agências executivas todas aquelas que tenham plano estratégico de reestruturação e desenvolvimento institucional em andamento e tenham celebrado contrato de gestão com o Ministério supervisor. A essas agências a lei assegura autonomia de gestão e a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para que possam atingir suas metas e os objetivos institucionais.

Já as agências reguladoras são órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta com função de regular determinada matéria a ela atribuída. Se pertencer a Administração Indireta está sujeita ao controle da especialidade, o que significa dizer, que cada uma é especializada na matéria que lhe foi atribuída por lei. O vocábulo “regulador” atribuído a essas agências diz respeito à incumbência as mesmas de organizar determinado setor afeto à agência, bem como, controlar as entidades que atuam nesse setor. (DI PIETRO, 2016, p. 573)

A reforma administrativa que instituiu as agências reguladoras inovou quanto a terminologia “agência”, copiada do regime norte americano, porém, as funções exercidas pelas agências não representam muita novidade para o Estado, já que as funções de normativa e de regulação vinham sendo exercidas pela Administração Direta e Indireta. (MARINELA, 2012, p. 134)

A regulação das Agências, em sentido amplo, engloba toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção, através da concessão de serviço público, ou o exercício do poder de polícia. (DI PIETRO, 2016, p. 576)

As agências reguladoras representam uma figura introduzida pela reforma administrativa dos anos de 1990, quando houve a necessidade de desenvolvimento da atividade regulatória do Estado, por meio das pessoas jurídicas de direito público independentes, denominadas de agências reguladoras. (GODOI JUNIOR, 2008, p. 44)

O Estado de bem estar social tem como característica principal o intervencionismo, logo, o Estado brasileiro precisava criar uma figura de pessoa jurídica independente e apta a intervir no domínio econômico para manter o equilíbrio e evitar abusos praticados pela iniciativa privada, que busca desenfreadamente obtenção de lucros e mais lucros.

Pode se dizer que o surgimento das agências reguladoras brasileiras se deu com a adoção parcial dos modelos utilizados nos Estados Unidos e na França. O objetivo primordial das agências reguladoras brasileiras é a intervenção do Estado no domínio econômico, típico do Estado *Welfare State*, que busca intervir na economia para promoção do desenvolvimento econômico, sob o ponto de vista do revigoramento da competição na economia no setor privado. (GODOI JUNIOR, 2008, p. 40)

Pode se afirmar que as Agências Reguladoras se deram com o Programa Nacional de Desestatização, com o objetivo de reduzir o déficit público, passando à iniciativa privada atividades que eram dispendiosas para o Estado, transferindo determinados serviços ao setor privado, com intenção de reduzir os gastos e buscar maior eficiência na prestação dos serviços públicos. (CARVALHO, 2016, p. 456)

Assim, esse afastamento do Estado passou a demandar órgãos responsáveis pela fiscalização e controle das atividades delegadas à iniciativa privada, fazendo necessária a criação dessa autarquia especial para fiscalizar, regular e normatizar a prestação de serviços público por particulares, evitando que os mesmos busquem lucros desenfreadamente, o que prejudicaria, sem dúvida, os direitos da coletividade.

José dos Santos Carvalho Filho (2016, p. 520) manifesta no seguinte sentido:

As essas autarquias reguladoras foram atribuídas a função principal de controlar em toda a sua extensão a prestação de serviços públicos e o exercício de atividades econômicas, bem como a própria atuação de pessoas privadas que passaram a executá-los, inclusive impondo sua adequação aos fins colimados pelo governo e as estratégias econômicas e administrativas que inspiram o processo de desestatização.

Portanto, a criação dessa autarquia foi essencial para fiscalizar a execução de serviços públicos delegados à iniciativa privada, buscando preservar, em princípio, o interesse público e os direitos fundamentais. Por isso, foi essencial a delegação do poder de polícia típico da Administração Pública a entidades públicas independentes, para fiscalizar os serviços prestados pelo setor privado.

Após a Segunda Guerra Mundial, com a devastação pós-guerra, a sociedade pleiteava por um Estado mais presente na vida do cidadão, um Estado engajado com os direitos sociais; não fazia mais sentido um Estado liberal, já que seria prejudicial a maioria. Assim, diante de uma sociedade crescente, complexa e dinâmica, os instrumentos tradicionais de atuação apresentavam-se impotentes, necessitando assim, de instrumentos aptos e tecnicamente especializados.

A partir de então começaram a surgir, com a adoção de modelos típicos norte americano, entidades dotadas de independência frente ao Estado, aptas a direcionar as mais variadas atividades sociais de interesses públicos, ainda mais levando em consideração a especialização técnica e autonomia em relação à própria figura do Estado.

A Lei nº. 9.491 de 9 de setembro de 1997, instituiu o plano nacional de desestatização com objetivo de reduzir o déficit público e sanear as finanças governamentais. Para isso, transferiu à iniciativa privada atividades até então típicas do Estado que o exercia de forma dispendiosa e inadequada.

Assim, uma das formas de implementar a transferência dessas atividades à iniciativa privada se deu por meio da privatização, pelo qual se antevia a alienação a pessoas estranhas à Administração, direitos pertencentes ao Estado que lhe garantiam a preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade. (CARVALHO FILHO, 2016, p.518)

Nestes termos, o Estado passou a privatizar diversos serviços até então exercido por ele através de pessoas jurídicas públicas, passando para o setor privado a prestação de serviços que

o mesmo não tinha condições de continuar executando, já que geravam ônus excessivos e, sem especialização alguma gerava prejuízos a população ao próprio Estado.

Neste aspecto comenta Carvalho Filho (2016, p.518):

[...] As antigas pessoas paraestatais se transformariam, desse modo, em pessoas do setor exclusivamente privado, ou, em outras palavras, convertia-se o processo de descentralização por delegação negocial, já que as novas pessoas desempenhariam suas atividades através do sistema da concessão de serviços públicos. O afastamento do Estado, porém, dessas atividades haveria de exigir a instituição de órgãos reguladores, como, aliás, passou a constar do artigo 21, XI, da CF, com a redação da EC nº.8/1995. Pela natureza da função a ser exercida, foram então criadas, sob a forma de autarquias (agências autárquicas ou governamentais) as denominadas agências reguladoras, entidades com típica função de controle.

Logo, parece viável ao Estado e até mesmo à sociedade a descentralização dos serviços públicos que eram prestados pelo Estado de forma dispendiosa e inadequada, já que carecia de especialização técnica.

Destarte, foi através da privatização dos serviços públicos a terceiros da iniciativa privada, para que pudessem exercê-los de forma mais adequada e sem custos ao Poder Público, que o Estado se eximiu de gastos excessivos que vinha suportando.

Por conseguinte, com a desestatização dos serviços públicos o Estado se viu obrigado a criar entidades e órgãos independentes, com o objetivo fiscalização e normatização, com traços de autonomia face ao poder central do Estado que, conseqüentemente, proporciona maior agilidade e eficiência. (CARVALHO FILHO, 2016, p.518)

Portanto, a falta de recursos suficientes para manter uma prestação adequada dos serviços públicos por parte do Estado, aliados a dificuldades de administrar, levou à privatização de vários serviços públicos. Porém, a natureza jurídica de tais serviços ainda permanece a mesma, pois o Estado permanece com a titularidade dos mesmos, sendo responsável pela adequada execução dos serviços delegados.

Destarte, a delegação à iniciativa privada trouxe rigorosa modificação no papel do Estado, com isso, ao invés de executar os serviços públicos, o Estado passa a ter função de planejamento, fiscalização e regulação dos mesmos. Desta sorte, as agências reguladoras surgem como personagens indispensáveis para exercer o papel de fiscalização, controle, planejamento e regulação dos referidos serviços.

Mas, é imprescindível salientar que as agências reguladoras não fiscalizam apenas os serviços delegados à iniciativa privada, pois essas podem ser criadas para regulação de

atividades meramente privadas, desde que haja interesse público na prestação desses serviços privados.

Importante trazer à baila o entendimento de José Vicente Godoi Junior (2008, p. 42):

Entretanto, certo é que o Brasil até a década de 1990 vivia sob a égide de um governo absolutamente intervencionista, que atuava em praticamente todos os setores da Economia. Este modelo de governo gerou consequências graves, eis que o aparelho administrativo estatal, no caso, especialmente suas empresas públicas e as sociedades de economia mista, cresceu demais, fato que culminou no completo esgotamento da capacidade de investimento do setor público. A quase total falta de investimentos gerou, por óbvio, um verdadeiro desserviço à população, posto que a qualidade de todos os serviços que eram geridos pelo Estado se mostrava abaixo da linha do aceitável. A telefonia, por exemplo, era caótica. Mesmo em estados desenvolvidos do Sul e Sudeste, por vezes, para se completar uma ligação local, era necessário aguardar vários segundos, senão minutos, para obter o tom de discagem. O crescimento vertiginoso dos planos de saúde privados demonstra a quase ausência do Estado na área da saúde.

Portanto, ante o caos apresentado pela execução de determinados serviços por parte do Estado, bem como a falta de verbas para tanto, o Estado se viu obrigado a promover uma reforma completa em sua estrutura, culminando assim, na figura da desestatização.

Ademais, cabe trazer à baila que a relação jurídica entre as agências reguladoras e as entidades privadas sob seu controle tem gerado diversos posicionamentos e decisões em relação às necessidades de afastar influências indevidas das entidades privadas sobre as agências reguladoras de modo a evitar beneficiar as empresas privadas em desfavor dos usuários do serviço.

Isso é denominado pela doutrina de “teoria da captura”, pela qual se busca impedir uma vinculação promíscua entre a agência, de um lado, e o governo instituir de outro, com comprometimento da independência da pessoa responsável pelo controle da agência. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 520)

Logo, é imprescindível afastar qualquer influência indevida sob as agências reguladoras, tanto das empresas privadas controladas por elas, quanto do próprio governo, pois, do contrário, prejudicaria a atuação dessas autarquias responsáveis pelo controle e fiscalização da execução de certos serviços delegados a pessoas do setor privado.

Neste aspecto, cabe salientar que as agências reguladoras necessitam, sem margem de dúvida, que lhe seja outorgada certa independência em relação ao governo instituidor, no que concerne à sua atuação, pois se houver interferência do governo, o sistema da agência perde sua pureza e vocação. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 520)

Já no que concerne à natureza jurídica das agências reguladoras tem que essas são pessoas jurídicas de Direito Público, criadas por lei específica, com regime especial, assim como as autarquias.

Portanto, as agências reguladoras de natureza jurídica de autarquia especial, criada por lei, incumbida de fiscalizar, disciplinar e normatizar a prestação, por agentes econômicos públicos e privados prestadores de serviços públicos.

Assim, a natureza jurídica de autarquia especial conferida às agências reguladoras confere às mesmas autonomias para desempenharem suas funções junto as empresas controladas e com independência, também, em relação ao próprio Estado.

Dessa forma, as Agências Reguladoras surgem como instrumentos balanceadores da descentralização da ação estatal, com intuito de perseguir maior eficiência e qualidade na prestação dos serviços públicos executados pela iniciativa privada, visando, assim, preservar o interesse da coletividade.

3.1 Fundamentos das agências reguladoras

Os fundamentos da criação de agências reguladoras estão relacionados ao fato da necessidade do Estado em instituir órgãos especializados, responsáveis pela regulamentação, controle e fiscalização de serviços públicos transferidos à iniciativa privada. A Constituição da República de 1988 foi promulgada visando à efetivação do Estado Social, porém, o constituinte brasileiro apontava para o modelo falido de Estado-empresário, grande prestador de serviços públicos.

Todavia, diante do fracasso apresentado por esse modelo de Estado, não restou alternativa senão uma reformulação estatal, adotando-se o Estado subsidiário, conseqüentemente, diversas mudanças foram implementadas, entre elas, a privatização de diversos serviços públicos que, até então eram prestados pelo Estado, com isso, fez se necessário instituir órgãos responsáveis por fiscalizar a privatização dos serviços públicos, a fim de garantir eficiência e qualidade na prestação desses serviços pela iniciativa privada. (GODOI JUNIOR, 2008, p.44)

Assim, pelo fato de os particulares visarem sempre lucros, coube ao Estado incrementar controles sobre suas atividades, com intuito de garantir a fixação de preços justos e a prestação de serviços de qualidade. Com isso, o Estado brasileiro passou de produtor para regulador.

Diante disso, instituíram as Agências Reguladoras, a princípio embasadas pelas novas orientações descritas nos art. 21, XI e Art. 177, § 2º, III, ambos da Constituição de 1988, com

redações dadas pelas Emendas Constitucionais nº 8 e 9 de 1995, surgindo assim a previsão para criação de órgãos referentes ao controle de determinados setores privatizados, o que fez surgir as agências sob a forma de autarquia, tendo como atribuição especial o exercício da função regulatória.

Por outro lado, outro fundamento das Agências Reguladoras diz respeito à imposição da preservação da competição no mercado, como meio do desenvolvimento econômico, impondo-se a adoção de medidas necessárias para tal. (GODOI JUNIOR, 2008, p.48)

Ademais, o governo achou por bem intervir na economia por meio das agências reguladoras, embasado no interesse público, a fim de perseguir prestação eficiente das atividades econômicas para retificação das falhas apresentadas no mercado, na busca da realização de objetivos coletivos e garantia de fornecimento de determinados serviços fundamentais para a coletividade.

Desta feita, no que concerne à prestação de serviços públicos, a Magna Carta em seu art. 21, incisos XI assegura que compete à União: explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de telecomunicações nos termos da lei.

Portanto, nota-se que o fundamento da criação das agências reguladoras está intrinsecamente relacionado à necessidade de órgãos responsáveis por fiscalizar, normatizar e regular a exploração de determinados serviços públicos essenciais à população, serviços esses que devem ser prestados com qualidade, prezando sempre pelo interesse público.

Logo, as agências reguladoras foram instituídas para colaborar com o Estado na fiscalização da execução desses serviços prestados pela iniciativa privada. Tanto é assim que a Constituição de 1988 em seu art. 174, aduz que, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Portanto, as agências reguladoras resultam diretamente do regime de desestatização introduzido de forma compassada na Administração Pública brasileira.

Por conseguinte, pode se afirmar que o Brasil incorporou ao Direito Administrativo um instrumento bastante moderno e eficiente, de intervenção na Economia, e fiscalização da execução dos serviços prestados pela iniciativa privada, que são as agências reguladoras.

3.2 Independência das agências reguladoras

Agências Reguladoras como já exposto anteriormente são instituídas por lei, sob a forma de autarquia especial, o que faz com que as mesmas venham gozar de certa margem de independência frente ao órgão que estão vinculadas. Essas agências reguladoras foram

instituídas ante a necessidade de se criar um ente administrativo altamente especializado na área de sua atuação, técnico e independente no que se refere a intervenções políticas.

No que tange a independência das agências reguladoras, pode se dizer que as mesmas não são independentes em relação ao Poder Judiciário, nem tampouco ao Poder legislativo. A independência maior é em relação ao Poder Executivo, mas nos estritos limites da lei, podendo variar de um caso para outro.

Por sua vez, no que diz respeito a independência das agências reguladoras, em relação ao Poder Judiciário, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016, p. 579) afirma que:

Independência em relação ao Poder Judiciário praticamente não existe; a agência pode dirimir conflitos em última instância administrativa, a mesma forma que outros órgãos administrativos, mas isto não impede o controle das suas decisões pelo Poder Judiciário, tendo em vista a norma do artigo 5º, XXXV, da Constituição, em cujos termos ‘a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito’. Esse dispositivo significa a adoção, no direito brasileiro, do sistema de unidade de jurisdição, ao contrário de outros países que seguiram o direito francês e adotaram o sistema de dualidade de jurisdição, que admite ao lado da jurisdição comum, a jurisdição administrativa, com competência para dirimir conflitos de interesse envolvendo a Administração Pública, com força de coisa julgada. Essa possibilidade não existe no direito brasileiro. Qualquer tipo de ato praticado pelas agências reguladoras, desde que cause lesão ou ameaça de lesão, pode ser apreciado pelo poder judiciário.

Por conseguinte, deduz-se que a agência reguladora não possui independência em relação ao Poder Judiciário, pois qualquer lesão ou ameaça de lesão pode e deve ser apreciada pelo Poder Judiciário, já que o Brasil adotou o sistema uno de jurisdição. Assim, as agências reguladoras até pode dirimir conflitos em âmbito administrativo, porém, suas decisões não faz coisa julgada material, podendo ser revista pelo Poder Judiciário.

Já, em relação ao Poder Legislativo não há independência das agências reguladoras, tendo em vista que não pode haver antinomia entre seus atos normativos e as normas constitucionais ou legais, ante o princípio da legalidade. Ademais, o Congresso Nacional pode exercer o poder de controle sobre as agências reguladoras e demais órgãos do poder executivo, tais como controle financeiro, contábil e orçamentário com auxílio do Tribunal de Contas, conforme dispõem os artigos 49, inciso X e artigo 70 e seguintes da Constituição Federal de 1988. (DI PIETRO, 2016, p. 579)

Assim, nota-se que por mais que as agências reguladoras tenham poder normativo, esse poder é meramente relacionado a questões técnicas e de seu âmbito de atuação, o que significa

dizer que as mesmas não podem criar, modificar ou extinguir direito, mas tão apenas regulamentar direitos já existentes instituídos por leis.

Por fim, quanto ao Poder Executivo, pode se dizer que as agências reguladoras, por mais que são instituídas por ele, são autônomas em relação ao mesmo e goza de certa margem de independência em relação a seu órgão instituidor, para que possa exercer suas atribuições legais sem interferências desnecessárias.

Nestes termos, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016, p. 579) expõe que:

[...] A independência maior que existe é em relação ao Poder Executivo, assim mesmo nos limites estabelecidos em lei, podendo variar de um caso para outro. Como as autarquias compõem a Administração Indireta, sendo-lhes aplicáveis todas as normas constitucionais pertinentes; assim sendo, estão sujeitas à tutela ou controle administrativo exercido pelo Ministério a que se acham vinculadas, ao controle Congresso Nacional, previsto no artigo 49, X, da Constituição, não podendo escapar à 'direção superior da administração federal', prevista no artigo 84, II. Porém, como autarquias de regime especial, os seus atos não podem ser revistos ou alterados pelo Poder Executivo. A estabilidade outorgada aos dirigentes das agências confere maior independência, não muito comum na maior parte da Administração Indireta, em que os dirigentes, por ocuparem cargos de confiança do chefe do poder executivo, acabam por curvar-se a interferências mesmo que ilícitas.

Dessa forma, nota-se que a independência em relação ao Poder Executivo é meramente relativa, pois as agências estão sujeitas ao controle exercido pelo Ministério a que estão vinculadas. Todavia, seus atos não podem ser revistos ou alterados pelo Poder Executivo, o que acaba conferindo certa margem de independência às agências, porém, seus atos não podem extrapolar os limites impostos por lei, já que essas estão sujeitas ao controle exercido pelo Judiciário e pelo Legislativo.

3.3 Atribuições das agências reguladoras

As agências reguladoras possuem diversas atribuições e são instituídas para disciplinar e controlar certas atividades típicas do Poder Público delegadas a terceiros, cujo principal objetivo é fiscalizar o exercício dessas atividades, em busca de garantir eficiência e qualidade aos usuários dos serviços públicos.

Assim, dentre as atribuições das agências reguladoras, Di Pietro (2016, p. 579) destaca-se:

[...] Regulamentar os serviços que constituem objeto da delegação, realizar o procedimento licitatório para escolha do concessionário, permissionário ou autorizatário, celebrar contrato de concessão ou permissão ou praticar ato unilateral de outorga da autorização, definir o valor de tarifa e da sua revisão ou reajuste, controlar a execução dos serviços, aplicar sanções, encapar, decretar a caducidade, intervir e fazer a rescisão amigável, fazer a reversão de bens ao término da concessão, exercer o papel de ouvidor de denúncias e reclamações dos usuários, enfim exercer todas as prerrogativas que a lei lhe outorga ao Poder Público na concessão, permissão e autorização.

Logo, nota-se que ao instituir uma agência reguladora a lei transfere às mesmas diversas funções típicas do poder executivo, já que são criadas para tal fim, de modo a executar suas atividades com segurança, eficiência e qualidade, já que são especializadas na área de sua atuação.

Ademais, as agências reguladoras são criadas com a finalidade de disciplinar e controlar certas atividades. Assim, dentre essas atividades pode-se destacar, os serviços públicos propriamente ditos, atividade de fomento e fiscalização de atividade privada, atividade protagonizada pelo Estado e para uso de bem público.

A primeira atividade diz respeito ao controle e fiscalização de serviços públicos propriamente ditos, que se trata dos serviços essenciais à população, serviços indispensáveis que precisam de prestação especializada, eficiente e com preços justos. (MELLO, 2012, p. 174)

Dentre esses serviços pode-se destacar o fornecimento de energia elétrica, cuja agência reguladora é a ANEEL- Agência Nacional de Energia Elétrica, criada pela Lei nº. 9.427 de 26 de dezembro de 1996 e também o serviço de telecomunicação, cuja agência se trata da ANATEL- Agência Nacional de Telecomunicação, instituída pela Lei nº. 9.472 de 16 de julho de 1997, dentre outros serviços. (MELLO, 2012, p. 174)

Assim, as agências reguladoras acima mencionadas foram instituídas para regulamentar, controlar e fiscalizar o exercício desses serviços indispensáveis à população, serviços cujo interesse público deve prevalecer, devendo ter preço acessível a todos com prestação adequada e eficiente, já que se trata de serviços indispensáveis.

A segunda atividade das agências reguladora diz respeito a de fomento e fiscalização de serviços privados, como, por exemplo, a Agência Nacional do Cinema-ANCINE, instituída pela Medida Provisória de 2001, alterada pela Lei 10.454, de 13 de maio de 2002, cujo serviço é estritamente privado, mas de interesse público. (MELLO, 2012, p. 174)

Já no que concerne a segunda atividade, pouco divulgada, já que ao falar de agências reguladoras logo se lembra das agências instituídas para fiscalizar e controlar a concessão de serviços delegados a iniciativa privada. Mas, há serviços estritamente privados que há muito

interesse público envolvido, tal como os serviços cinematográficos mencionados acima, cuja agência reguladora é a ANCINE.

A terceira atividade das agências reguladoras diz respeito ao controle e fiscalização de atividades econômicas integrante da indústria do petróleo, cuja disciplina e controle competem a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis-ANP instituída pela Lei 9.478 de 06 de agosto de 1997. (MELLO, 2012, p. 175)

A terceira atividade mencionada nada mais é que o controle e fiscalização de atividade econômica de interesse público, tal como a atividade da indústria do petróleo, cuja agência específica para tal fim é a ANP, que regula a atividade de extração do petróleo no país, cujo monopólio pertence à União que o exerce através da Petrobras, sociedade de economia mista, cujo controle majoritário pertence à União.

A quarta atividade diz respeito ao controle de serviços que o Estado também protagoniza, que, quando o fizer serão serviços públicos, mas que podem ser executados pela iniciativa privada, cujo exemplo, são os serviços de saúde, que os particulares também podem desempenhar no exercício da iniciativa privada, sob a disciplina da Agência Nacional de Vigilância Sanitária-ANVS, instituída pela Lei nº. 9.784 de 26 de janeiro de 1999, atualmente denominada de NAVISA e da Agência de Saúde Suplementar- ANS, criada pela Lei nº. 9.961 de 28 de janeiro de 2000. (MELLO, 2012, p. 175)

Portanto, a quarta atividade diz respeito à fiscalização de serviços prestados pelo próprio Estado ou por particular, tais como os serviços de saúde, que é um serviço essencial, prestado tanto pelo Estado quanto pelo particular e se submete as regulamentações da ANVISA, que tem por objetivo fiscalizar, controlar e regulamentar essa atividade para que possa ser prestada da melhor maneira possível, priorizando sempre o interesse público.

E, por fim há a agência reguladora de uso de bem público, tal como a Agência Nacional de Águas-ANA, criada pela Lei nº. 9.984 de 17 de julho de 2000. Destarte essa última em nada se difere das demais, já que a finalidade da ANA é controlar, fiscalizar e regular o uso de bem público tal como a água, bem esse indispensável e essencial tanto para os seres humanos quanto para os seres vivos.

Ademais, insta salientar que as agências reguladoras podem ser instituídas pela União, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. No âmbito federal não há nenhuma surpresa, já que todas as agências reguladoras conhecidas são nacionais.

Porém, os Estados também atuar por cooperação serem credenciados pelo poder concedente realizar atividades complementares de fiscalização e controle dos serviços prestados nos respectivos territórios, é o que determina o artigo 36 da Lei nº. 9.074 de 07 de

julho de 1995 que estabelece as normas de outorga e prorrogação das concessões e permissões públicas. Com isso, autarquias estaduais podem ser instituídas para tal fim.

Entretanto, os Municípios não foram mencionados no aludido dispositivo mencionado, mas há criações de várias agências reguladoras no âmbito municipal. Elas existem e atuam com supedâneo no artigo 30 da lei nº. 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, já que o dispositivo não veda a participação do município no controle e fiscalização dos serviços prestados no âmbito municipal. Logo, nota-se que além das agências reguladoras federais, podem ser instituídas agências reguladoras estaduais, distritais e municipais, já que não existe vedação em relação a isso. (GODOI JUNIOR, 2008, p. 67)

Por todo o exposto, pode-se concluir que a instituição das autarquias foi de extrema relevância para o Estado, quando esse se viu obrigado a reestruturar sua organização interna, privatizando diversos serviços públicos, já que, se o mesmo notou seu despreparo para exercer determinados serviços essenciais, não encontrava preparado para fiscalizar e controlar todos esses serviços sem instituir órgãos especializados para tal fim, já que cabe ao Estado diversas funções.

Logo, para exercer todas, nos estritos limites da lei, o mesmo precisa de órgãos e entidades especializadas para contribuir com o mesmo na execução de todas suas tarefas sob pena de não atender o princípio na eficiência prestação dos serviços públicos.

4 PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORA BRASILEIRAS

A competência regulatória das agências reguladoras é responsável por conferir a competência normativa para edição de atos, com isso, pode se dizer que o poder normativo das agências é inerente ao exercício da função regulatória. Assim, as leis instituidoras das agências outorgam competência normativa às mesmas.

O poder normativo das agências reguladoras tem natureza regulamentar, advindo da delegação de competência legislativa pela via da deslegalização. A Constituição de 1988 veda a delegação da atividade legislativa do Poder Legislativo aos demais poderes, com exceção das leis delegadas, conforme prevê o art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitória.

No entanto, a vedação a outros poderes não se aplica às agências reguladoras, pois, o que é vedado ao Poder Público, em regra, é a competência atribuída ao Poder Legislativo, o que se difere do poder normativo oriundo do próprio exercício da função administrativa, sem o qual a Administração não conseguiria aplicar as leis e especificar matéria por elas demandada.

A lei instituidora das agências reguladoras é responsável por estabelecer os limites para a ação normativa, por meio de regras, devendo ser entendido como delegados os regulamentos editados pelas agências reguladoras. Mas esses regulamentos não podem criar novas obrigações, mas tão somente especificar as obrigações instituídas por lei que demandam complementação técnica.

O poder normativo das agências reguladoras trata-se de uma prerrogativa conferida à Administração Indireta, a fim de conferir autonomia para que as Agências reguladoras possam desempenhar seus papéis, conferidos por lei, na busca de fiscalizar e controlar a prestação dos serviços delegados à iniciativa privada.

O poder normativo tem por objetivo instituir regras para fiscalização, controle e punição a ser aplicados aos prestadores de serviços públicos, visando garantir a qualidade e eficiência na prestação dos serviços públicos pelos delegatários.

O poder normativo se justifica em face a necessidade de descentralização normativa de natureza técnica, já que são necessárias regras específicas e técnicas, com facilidade de alteração, devido a necessidade de se adequar constantemente aos anseios da população.

Dessa forma, dificultaria acompanhar as evoluções e necessidade de adequação da prestação dos serviços públicos, caso fosse necessário a exigência de normas emanadas diretamente do Poder Legislativo, devido à dificuldade na aprovação de uma lei, o que demandaria muito tempo, podendo a vir prejudicar o interesse dos usuários, ante a demora de aprovação das regras de aplicação aos delegatários de serviços públicos.

Por outro lado, aparentemente, nota-se uma constante inquietação dos estudiosos do direito no que tange a legitimidade e constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras, por não ser emanada diretamente do Poder Legislativo, nem elaborada pelo Presidente da República como ocorre nos casos de lei delegada, sendo, portanto, instituída pelos próprios servidores das agências reguladoras.

No entanto, a lei instituidora das agências reguladoras confere competência às mesmas para exercer moderadamente o poder regulamentar, para edição de normas técnicas a serem aplicadas aos prestadores de serviços públicos, desde que respeitado o princípio da legalidade e reserva legal.

Logo, o poder normativo das agências reguladoras não pode criar direitos e obrigações, sem que haja lei anterior emanada do Poder Legislativo prévia instituindo tais direitos e obrigações, o que significa dizer, que o poder regulamentar não pode inovar o ordenamento jurídico com novos direitos e obrigações, pois, se assim fizer, estará violando o princípio da legalidade, reserva legal e o princípio da separação dos poderes, já que cabe ao Legislativo legislar, não podendo o Executivo, salvo exceções relacionada a lei delegada, legislar, já que tal função é típica do Legislativo.

Assim, a competência atribuída às agências reguladoras, decorre da necessidade de acompanhar as mudanças nos setores regulados, já que o Poder Legislativo não consegue abarcar cotidianamente todas as mudanças que ocorre, o que acabaria por prejudicar os usuários dos serviços públicos, devido as lacunas que ocorreriam, casos fossem necessária a edição de normas diretamente do legislativo.

Nestes termos, insta mencionar que normas editadas pelo poder regulamentar possuem baixa densidade normativa, ou seja, não cria, nem modifica direitos e obrigações existentes, apenas facilita a aplicação desses. Visa apenas estabelecer parâmetros genéricos, com intuito de conferir agilidade às agências no cumprimento dos papéis a elas conferidos.

Neste sentido, Moreira citado por Rafael Lucchesi (2014, p. 3) explicita que:

O poder normativo das Agências Reguladoras se enquadra como uma variedade de delegação, denominada pela doutrina de deslegalização em que o que se pretende é atender a necessidade de uma normatividade essencialmente técnica com um mínimo de influência político administrativa do Estado em certos setores da prestação de bens e de serviços, públicos ou não.

Logo, nota-se que, conforme comentado pelo autor, o poder normativo das agências reguladoras se enquadra na figura da deslegalização, pretendendo com agilidade, atender às

demandas necessárias a garantir aos usuários dos serviços públicos maior eficiência, qualidade e preço justo no uso dos serviços públicos.

Além do mais, as Agências são especializadas e técnicas e são responsáveis por fiscalizar diretamente os delegatários, por tais motivos, são elas que melhor entendem da necessidade de adequação das regras gerais instituídas por leis para garantir o controle da prestação dos serviços públicos, pela iniciativa privada, já que o legislativo não tem especialidade alguma nem conhece das necessidades diárias, bem como, das constantes mudanças no setor da Administração Indireta.

4.1 Dos Privilégios das Agências reguladoras

A sociedade contemporânea se mostra cada vez mais complexa e exige do Estado habilidade técnica para lidar com a questão que envolve a prestação de serviços públicos aos administrados. E, diante do número cada vez maior de atividade que exige habilidade técnica do Estado, o mesmo se vê obrigado a delegar diversas atividades à iniciativa privada, em busca de uma prestação cada vez mais especializada e técnica, o que o Estado não conseguiria fornecer à população.

Mas isso, não significa dizer que o Estado não tem mais responsabilidade sobre esses serviços delegados, pelo contrário, continua com sua titularidade, devendo fiscalizar a execução dessas atividades para que os delegatários não venham pôr em risco o interesse público e os direitos dos usuários dos serviços delegados.

Para tanto, se vê obrigado a criar órgãos técnicos especializados na fiscalização desses serviços delegados à iniciativa privada, o que fez surgir as agências reguladoras. No entanto, para a efetividade na fiscalização e controle desses serviços delegados, as agências reguladoras precisam de autonomia, com independência política e independência técnica; independência normativa; poder de fiscalização e poder sancionador.

Com relação à independência política dos gestores das agências reguladoras, pode-se dizer que o provimento dos cargos de direção sofre limitação, já que cabe ao Presidente da República com aprovação do Senado Federal indicar os dirigentes das agências, que não poderão sofrer exoneração arbitrária, conforme prevê a Lei nº 9.986/2000. (GOMES, 2015, p. 2)

No entanto, devido a necessidade de independência técnicas das agências reguladoras, no momento de escolha dos dirigentes, o caráter técnico deve predominar, tendo em vista que os atos e normas das agências reguladoras demandam conhecimento técnico. Além do mais, as

agências reguladoras gozam de independência financeira, orçamentária e gerencial, sendo a autonomia financeira a responsável por conferir, na prática, a efetividade da autonomia das referidas agências.

Para mais, as agências reguladoras também gozam de independência normativa, o que é imprescindível para que a regulação se dê de forma satisfatória, já que para exercer suas atividades, as agências necessitam de regulamentos para definir os procedimentos e parâmetros dos serviços prestados aos usuários por delegatários. (GOMES, 2015, p. 2)

Cabe destacar, que o poder normativo é intrínseco à função regulatória das agências reguladoras, logo, as leis instituidoras das agências lhe conferem poder normativo para regulamentar os parâmetros de atuação, no que tange ao controle e fiscalização dos serviços públicos delegados.

No entanto, o poder normativo das agências reguladoras acaba suscitando questionamento a respeito de sua constitucionalidade, face o princípio da legalidade e reserva legal. Todavia, como será relatado adiante, a despeito dos questionamentos, o poder normativo das agências reguladoras não fere o princípio da legalidade nem mesmo o da reserva legal, já que é conferido por lei e não tem o condão de criar ou extinguir direitos e obrigações, mas tão somente regulamentar o que a lei estabelece.

Já a atividade fiscalizatória exercida pelas agências objetiva analisar se os serviços delegados estão sendo prestados de forma eficiente e adequada, e por um preço razoável e justo, a fim de garantir a essencialidade dos serviços e os direitos dos usuários. (GOMES, 2015, p. 3).

Por fim, a atividade sancionadora é decorrente da competência de fiscalização, haja vista que as referidas agências, nos casos de descumprimento por parte dos delegatários, das normas estabelecidas, as agências reguladoras, visando garantir os direitos dos usuários podem e devem aplicar sanções aos descumpridores das normas, a fim de garantir a eficiência, qualidade e preço justo dos serviços. (GOMES, 2015, p. 3)

Portanto, para que as agências reguladoras possam desempenhar suas atividades com eficiência, garantindo fiscalização e controle dos serviços delegados à iniciativa privada, as mesmas fazem jus a diversas prerrogativas, tais como, autonomia dos dirigentes, independência política e técnica, independência normativa, poder de fiscalização e poder de punição.

4.2 O Poder Normativo das agências reguladoras face os princípios da legalidade e reserva legal

O princípio da legalidade é a diretriz básica da Administração Pública, o que significa dizer que toda e qualquer atuação do agente administrativo deve ser pautada na lei, do contrário, a atividade é ilícita. Tal princípio implica subordinação absoluta aos ditames da lei, tendo em vista o regime democrático adotado pela Constituição Federal de 1988, até porque, esse é o único caminho para efetivação de um regime democrático de direito, já que evita arbitrariedade e abuso de poder, que não pode permear em uma democracia.

O princípio da legalidade adveio do Estado de Direito e representa uma das principais garantias aos direitos dos cidadãos, tendo em vista que, ao mesmo tempo em que a lei os define, estabelece também os limites de atuação do Poder Público que visa restringir o exercício de tais direitos em benefício do interesse público. (DI PIETRO, 2016, p. 95)

Pelo princípio da legalidade, a Administração só pode fazer o que a lei permite, ao contrário dos particulares, que pode fazer tudo que a lei não proíbe, ou seja, prevalece a autonomia da vontade. Nestes termos, não cabe à Administração Pública, por meio de atos administrativos conceder direitos aos administrados, ou impor obrigações que não haja previsão legal, pois, para tanto, é necessário de lei emanada do Poder Legislativo. (DI PIETRO, 2016, p. 95)

O princípio da legalidade se difere do princípio da reserva legal, pois enquanto àquele é de abrangência ampla e abstrata, o segundo é concreto e incide sobre campos especificados pela Magna Carta no qual exige do legislativo um tratamento determinado sobre algum assunto, sem a participação do executivo.

No entanto, ressalta Gomes, (2015, p. 2):

Ocorre que o papel do Executivo vem crescendo, em razão da necessidade de uma maior agilidade e de mais especialização e técnica nas ações estatais. Dessa forma, foi preciso fazer uma releitura do Princípio da Reserva Legal, criando uma distinção entre reserva absoluta e reserva relativa de lei. Fala-se em reserva legal absoluta quando se exige do legislador que esgote o tratamento da matéria, sem deixar espaço remanescente para a atuação discricionária dos agentes públicos que vão aplicá-la. Por outro lado, será relativa quando a Constituição, apesar de exigir lei formal para tratar a matéria, permitir que esta fixe apenas parâmetros de atuação para o órgão administrativo, podendo ser a lei complementada por ato infralegal, desde que respeitados os limites estabelecidos na legislação. Também se observa uma flexibilização do Princípio da Reserva Legal por parte do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 264289/CE, que admitiu

a possibilidade de delegação pelo Legislativo da função normativa para o Executivo, desde que com a fixação de parâmetros.

Logo, devido à complexidade da sociedade moderna, o Poder Público precisa se adequar para atender as necessidades da sociedade, diante disso o princípio da reserva legal tem sofrido flexibilização. Ademais, tem sido subdividido em reserva legal absoluta e reserva legal relativa.

Pela reserva legal absoluta, não há discricionariedade alguma do Poder Público, pois a lei fixa os parâmetros de atuação esgotando o tratamento da matéria. Em contrapartida, a reserva legal relativa permite ao Poder Público, no momento da aplicação da lei, estabelecer determinadas regras para facilitar a aplicação da lei. Diante disso, o poder normativo das agências reguladoras se encaixa nesta abertura que o princípio da reserva legal relativo permite.

Já no que concerne o princípio da legalidade e o poder normativo das agências reguladoras, pode se afirmar que não há incompatibilidade alguma, pelo contrário, existe tal poder, porque existe uma lei instituindo a agência reguladora e definindo seus parâmetros de atuação.

Por conseguinte, respeitando os limites impostos pela lei, o poder normativo das agências não apresenta qualquer contradição com o princípio da legalidade, até porque, está pautado no princípio da reserva legal relativo, que permite certa margem de discricionariedade ao Poder Público, permitindo ao mesmo, a complementação da matéria por ato infralegal.

Pelo exposto, o poder normativo das agências reguladoras, a despeito de não apresentar contradição com o princípio da legalidade, deve estrita obediência ao mesmo, já que os atos das referidas agências não podem inovar no ordenamento jurídico, criando direitos e obrigações não regulamentado em lei, pois se assim fizer, será eivado de vício de legalidade, não produzindo qualquer efeito no mundo jurídico.

4.3 Legitimidade e constitucionalidade do poder normativo das Agências Reguladoras

Para analisar a legitimidade e constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras, é importante ressaltar a preocupação de muitos doutrinadores no que diz respeito à concessão de poder normativo a entes da Administração Indireta, já que a competência para criar normas jurídicas é do Poder Legislativo e não do Executivo, muito menos da Administração Indireta.

Em Estado Democrático de Direito, somente o Poder legislativo, salvo pouquíssimas exceções, possui competência para legislar, haja vista que seus membros são representantes

do povo eleitos diretamente pelo povo, o que não ocorre nos casos das agências reguladoras, tendo em vista que seus membros, em regra, são servidores públicos providos no cargo por meio de concurso público ou indicação.

No entanto, a despeito dos questionamentos, pode se afirmar que o poder normativo das agências reguladoras é legítimo e constitucional, já que as agências e suas prerrogativas são instituídas por lei, emanada do Poder Legislativo, poder esse cujos membros são representantes do povo, eleito por eles, logo, presume-se a concordância dos cidadãos no que tange a criação das agências reguladoras e suas prerrogativas.

Além do mais, os beneficiários diretos são os usuários dos serviços públicos, já que a instituição das agências reguladoras visa sobremaneira preservar o interesse e os direitos dos cidadãos, usuários dos serviços públicos, delegados à iniciativa privada, pois, mesmo que o Estado, por entender incapaz de prestar todos os tipos de serviços públicos, delegando determinados serviços ao setor privado, ainda continua titular dos mesmos e, portanto, obrigado a fiscalizar o desempenho desses serviços para garantir a qualidade e eficiência aos usuários.

Para isso, nada mais certo que a criação de órgãos especializados para tal fim, pois de nada adianta ao Estado continuar responsável por fiscalizar esses serviços se não ter entes especializados e técnicos para conhecer a necessidade e aprimoramento, crescimento e adequação desses serviços aos interesses dos usuários, o que, de fato, justifica a criação das agências reguladoras, que, por sua vez, visando cumprir com eficiência suas responsabilidades, faz jus a certos privilégios para facilitar o cumprimento de suas obrigações.

Nestes termos, Rafael Lucchesi (2014, p. 5) afirma que:

[...] O povo já teria exercitado a sua possibilidade de escolha, e não poderia impedir seus representantes eleitos de decidir pela adoção de tais características para as Agências, já que, uma vez eleitos, podem os representantes deliberar livremente sobre os mais diversos assuntos, bastando a posterior aprovação nas comissões do Senado para que uma lei, por exemplo, a que autorizou o surgimento das Agências reguladoras, entre em vigor brevemente. Sendo assim, se a mais importante das comissões, a CCJ (Comissão de Constituição e Justiça) não viu ilegalidade ou inconstitucionalidade no poder normativo concedido às Agências, não cabe à este singelo trabalho realizar tão grave acusação. Mas isso não impede a exposição de eventuais posicionamentos, para o bom exercício do raciocínio jurídico e até É claro que pode-se defender a legitimidade da atuação das Agências se partirmos do fato de que elas foram criadas pelo Legislativo, portanto surgiram legalmente, e seus poderes foram bem delimitados quando da edição de sua lei de criação mesmo por amor ao debate.

Destarte, conforme relatado pelo autor, o poder normativo das agências reguladoras é conferido por lei, lei essa emanada do Poder Legislativo e aprovada na Comissão de Constituição e Justiça, que analisa suposta antinomia com a Norma Suprema e, por ter sido aprovada e encontrar em vigor, e cada dia mais se expandindo, se trata de norma constitucional, legítima e importante para o Estado e principalmente para a sociedade.

Ademais, devidas as agências reguladoras ser instituídas por lei, pode se dizer que o poder normativo a elas conferido possui uma legitimidade derivada, já que decorre de lei anterior que estabelece tal poder. Assim, duas teorias foram desenvolvidas a fim de justificar a constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras, ou seja teoria da sujeição especial e teoria da deslegalização.

A teoria da sujeição especial afirma ser legítimas as normas instituídas pelas agências reguladoras, por meio de seu poder regulamentar, desde que respeitada as regras gerais estabelecidas por lei, bem como os limites da desconcentração normativa, a serem observadas pelo regulador. (BARBOSA, 2014, p. 1)

Já a teoria da deslegalização, afirma que o poder normativo das agências reguladoras decorre diretamente da lei, e será legítimo quando observar os preceitos gerais e limites fixados em lei. Assim, diante de ambas as teorias, nota-se uma similitude entre elas, já que reconhecem a legitimidade do poder normativo das agências reguladoras, nos casos de submissão do referido poder aos limites impostos pela lei instituidora e aos princípios gerais, principalmente ao princípio da legalidade, no entanto, essa segunda teoria é mais aceita entre os doutrinadores. (BARBOSA, 2014, p. 1)

Portanto, conforme se vê não resta dúvida alguma acerca da constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras, já que o mesmo é instituído por lei para garantir e facilitar a execução das atividades das agências reguladoras.

No entanto, esses regulamentos precisam estar de acordo com os limites impostos por lei, devendo respeitar o princípio da legalidade e reserva legal, não podendo inovar o ordenamento, mas tão somente facilitar a aplicação das leis genéricas emanadas do Legislativo.

Nessa linha de pensamento, para explicitar a constitucionalidade do poder normativo das Agências Reguladoras, faz necessário uma breve síntese da figura das leis, regulamento e ato regulatório, citando a teoria de Hans Kelsen para explicar a diferença entre leis, regulamento e ato regulatório.

Nessa linha de raciocínio, comenta Martins (2011, n. p.) que:

Seguindo-se a teoria kelseniana, as leis estão quase no topo da pirâmide hierárquica das espécies normativas, encontrando-se abaixo apenas da própria constituição. Por decorrerem diretamente do texto maior, elas são consideradas atos normativos primários e fonte, por natureza, de direitos e obrigações. Assim, as leis são as espécies normativas apropriadas para se estabelecer obrigações, sendo certo que, a princípio, não é permitido no sistema constitucional brasileiro que atos normativos infra legais estabeleçam obrigações não previstas em lei. Trata-se do princípio da reserva legal, estabelecido no art. 5º, II, da Constituição. Ademais, em função do princípio da separação de poderes (art. 2º), compete exclusivamente ao Poder Legislativo editar leis, sendo tal competência absoluta e indelegável.

Logo, nota-se que o referido autor trata as leis como atos normativos primários, pois derivam do texto constitucional e são as fontes criadoras de direitos e obrigações. As únicas responsáveis por estabelecer direitos e obrigações são as leis, haja vista que os atos normativos e resoluções não podem criar direitos e obrigações no sistema constitucional brasileiro, até porque, é competência exclusiva e absoluta do Poder Legislativo. O Poder Executivo pode elaborar decretos normativos e resoluções, nos termos do art. 84, IV da Constituição Federal, nos estritos limites delegados pelo Legislativo.

Assim, compete ao Poder Executivo elaborar atos normativos abstratos para regulamentar as leis, ou seja, complementar o conteúdo, a fim de facilitar o cumprimento. Portanto, não é permitido ao Poder Executivo, em decretos e resoluções, diante do princípio da reserva legal, inovar no ordenamento jurídico, de modo a criar ou extinguir obrigações previstas ou não em leis, ou ainda modificar indevidamente as suas hipóteses de incidência.

Nesse sentido, sobre o poder normativo das agências reguladoras, Martins (2011, n. p.) afirma que:

É necessário que se perceba que a lei criadora das autarquias especiais estabelecerá limites para a ação normativa destas por meio de standards e que os regulamentos editados por elas devem ser entendidos como delegados, distinguindo-se, portanto, do regulamento autônomo e do de execução. O regulamento de complementação ou regulamento delegado não devem introduzir obrigações novas, mas, especificar as obrigações introduzidas por lei que demandem complementação técnica. O exercício da competência regulamentar nos limites do espaço de liberdade conferido pela lei é condição que deve ser observada para sua compatibilidade com um sistema jurídico no qual é vedada a criação de obrigações por outro veículo que não seja a lei.

Nesta senda, o referido autor assevera que os regulamentos editados por agências reguladoras devem ser entendidos como delegados, diferenciando dos regulamentos executivos e autônomos. Os regulamentos executivos (ou de execução) destinam-se a desenvolvimento de textos legais.

Assim, a lei infraconstitucional atua como fundamento de validade e como limite desses regulamentos. Daí a afirmação de que os regulamentos executivos são editados para a fiel execução da lei. Já os regulamentos autônomos são aqueles, cujos fundamentos de validades são retirados da própria Carta Política, não havendo intermediação legislativa.

Como é sabido, isso ocorre para compatibilizar a atuação do Estado com a complexidade técnica e a especialização do momento atual da sociedade. Constitui uma forma de descentralização administrativa para realização das finalidades do Estado.

A competência normativa que se atribui às agências reguladoras é de grande importância para o funcionamento e a organização do Poder Público, não se trata de inovação legislativa, não representa inovação da ordem jurídica, pois não há competência legislativa, apenas regulatória.

Teixeira (2008, n. p.) conceitua função regulatória como:

O dever-poder de a Administração Pública intervir, indiretamente, na ordem econômico-social, seja por meio de ente criado especialmente para essa função, seja de forma centralizada, com o objetivo de atingir o equilíbrio do sistema objeto de regulação, combatendo, por meio de exercício de ponderação de interesses dos diversos envolvidos e com uso de critérios prioritariamente técnicos, suas imperfeições.

Desta feita, nota-se que o poder normativo das agências reguladoras é de extrema importância para fiscalização e intervenção na ordem econômica-social, na busca de ponderar os interesses meramente capitalistas dos permissionários, com o interesse da coletividade. Assim, pode se afirmar que tal poder é legítimo, não fere a Constituição Federal, pelo contrário, busca dar efetividade aos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

Nessa linha de raciocínio, cabe destacar que a função regulatória consiste em uma forma de intervenção do Estado na ordem econômica, com o escopo de se atingir o equilíbrio do sistema e estimular práticas saudáveis de competição, através da elaboração de regras de direito e da instituição de uma estrutura de fiscalização e repressão de ilícitos, a ser desempenhada pelas agências em substituição à intervenção estatal tradicional. (MARTINS, 2011, n. p.)

A defesa da constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras não deve soar como competência dessas autarquias para a produção de regulamentos autônomos, pois

todo o poder normativo a elas atribuído deve estar nos moldes e limites das determinações legais das leis que as criaram. Nesse contexto, destacam Medeiros e Nelson (2012, p. 132) que:

Todo esse repasse de poder normativo para as agências reguladoras faz sentido no contexto da complexidade e tecnicidade das relações sociais e econômicas, já que o Estado se incumbiu de promover o bem comum de forma eficiente, atendendo aos princípios democráticos e aos preceitos da justiça social. A recusa do poder normativo ao Poder Executivo não impede uma crise democrática. Se outorgar esse poder ao Executivo, pode acarretar arbítrio, ameaçando a democracia, e recusar poderá destruí-la. A recusa de atribuição do poder normativo a quem se apresenta em condições de exercitá-lo, com certo grau de eficiência, pode levar o governo à impotência, e a democracia ao desastre.

Por consequência, os autores referidos entendem a necessidade de repassar essa prerrogativa para as agências reguladoras, tendo em vista que as mesmas são especializadas e poderão agir de maneira eficiente, para assegurar o interesse coletivo, atendendo aos princípios democráticos.

Nesse viés, pode-se afirmar que o poder normativo das agências reguladoras é meramente técnico e limitado, se quer chega à abstração e generalidade dos regulamentos editados pelo Chefe do Executivo. Sendo assim, qualquer ato delas, que não seja direcionado apenas à sua área de atuação é flagrantemente inconstitucional.

Nessa linha de raciocínio, cabe trazer à baila o posicionamento de Almeida e Xavier (2012, p. 29):

Outro fato a ser considerado é que mesmo sendo estritamente técnicos, esses atos somente poderão ser praticados com expressa autorização legal. É que o legislador, não possuindo conhecimentos ilimitados e específicos sobre todas as áreas em que há edição legislativa, poderá, e até deverá apenas fixar os parâmetros e linhas gerais da regulamentação de tais assuntos e deixar que os órgãos técnicos e especializados ditem as diretrizes para a concretização da vontade legislativa. A extensão e o limite dos atos normativos técnicos praticados pelas agências reguladoras serão fixados pela lei de sua criação ou a lei que remeteu determinado assunto à regulação.

Dessa forma, os atos normativos das agências, bem como seus limites, devem estar discriminados nas leis que as criaram. Portanto, a justificativa dessa delegação por parte do Legislativo à Administração Indireta, está relacionada ao fato de que o mesmo não detém conhecimento ilimitado e específico sobre todas as áreas, por tal motivo, nada mais justo que conceder a órgãos técnicos e especializados as diretrizes gerais e os parâmetros para que esses órgãos ditem as normas para determinada área.

Ademais, pode se afirmar que os atos normativos das agências são constitucionais quando meramente técnico e para fins exclusivos de regulamentar sua área de atuação, não podendo estabelecer medidas que fujam dos limites impostos por lei, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. (ALMEIDA; COELHO, 2005, p. 107)

Além do exposto, cabe trazer à baila, que a Suprema Corte em Ação Direta de Constitucionalidade nº 1668-DF, de 1998, decidiu pela constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras. Neste sentido, destaca-se:

[...] nada impede que a Agência tenha funções normativas, desde, porém, que absolutamente subordinadas à legislação, e, eventualmente, às normas de segundo grau, de caráter regulamentar, que o Presidente da República entenda baixar. Assim, [...] entendo que nada pode subtrair da responsabilidade do agente político, que é o Chefe do Poder Executivo, a ampla competência reguladora da lei das telecomunicações. Dou interpretação conforme para enfatizar que os incisos IV e X referem-se a normas subordinadas à lei e, se for o caso, aos regulamentos do Poder Executivo. (STF, 1988, on-line)

Portanto, a Corte Suprema chancela o entendimento da constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras, desde que observado o princípio da legalidade, e os limites impostos pelas leis que as criaram, bem como as leis editadas pelo Chefe do Executivo, sendo que, a inobservância acarreta vício de legalidade do ato normativo regulamentado pelas agências reguladoras.

Logo, além da decisão do STF no que tange a constitucionalidade, constata-se que a maioria dos doutrinadores defende a constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras, desde que seus regulamentos sejam meramente técnicos e auxiliares de suas atividades fiscalizatórias, sendo vedada a criação de direitos e obrigações, haja vista que tal competência é exclusiva do Legislativo.

Assim, os regulamentos das agências não podem inovar o ordenamento jurídico brasileiro, podendo, tão somente, contribuir para o cumprimento das leis originárias e fiscalizar os concessionários de serviços públicos.

Pelo exposto, nota-se que o poder normativo é constitucional por apresentar compatibilidade com o princípio da legalidade, reserva legal e até mesmo o princípio da separação dos poderes, já que as agências não criam nem modifica direitos e obrigações não regulamentados por lei, mas tão somente, institui regulamentos para facilitar a aplicação das normas gerais emanadas do legislativo, a fim de controlar e fiscalizar os delegatários de serviços públicos, visando garantir a eficiência e qualidade na prestação dos serviços públicos aos cidadãos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As agências reguladoras foram criadas no processo de modernização do Estado, cujo objetivo consiste em controlar as pessoas privadas incumbidas da prestação de serviços públicos, com intuito de evitar abusos praticados pela iniciativa privada na prestação de serviços delegados.

Os fundamentos da criação de agências reguladoras estão relacionados ao fato da necessidade do Estado em instituir órgãos especializados, responsáveis pela regulamentação, controle e fiscalização de serviços públicos transferidos à iniciativa privada.

Mas para que as agências reguladoras pudessem apresentar êxito em sua atuação, foi necessário conferir a elas uma série de prerrogativas, visando garantir autonomia para facilitar sua atuação. Dentre essas prerrogativas conferidas por lei, o poder regulamentar é o mais polêmico, devido à possibilidade de as agências, órgãos da Administração Indireta ter poder de regulamentar normas a serem aplicadas aos delegatários de serviços públicos, sem ao menos pertencer ao Poder Legislativo.

Esse poder normativo conferido às agências tem natureza regulamentar, advindo da delegação de competência legislativa pela via da deslegalização, cujo objetivo é instituir regras para fiscalização, controle e punição a ser aplicados aos prestadores de serviços públicos, visando garantir a qualidade e eficiência na prestação dos serviços públicos pelos delegatários.

Tal poder se justifica, face a necessidade de descentralização normativa de natureza técnica, já que são necessárias regras específicas e técnicas, com facilidade de alteração, devido a necessidade de se adequar constantemente aos anseios da população.

No entanto, a lei instituidora das agências reguladoras confere competência às mesmas para exercer moderadamente o poder regulamentar, para edição de normas técnicas a serem aplicadas aos prestadores de serviços públicos, desde que respeitado o princípio da legalidade e reserva legal.

Logo, o poder normativo das agências reguladoras não pode criar direitos e obrigações, sem que haja lei anterior emanada do Poder Legislativo prévia instituindo tais direitos e obrigações, o que significa dizer, que o poder regulamentar não pode inovar o ordenamento jurídico com novos direitos e obrigações, pois, se assim fizer, estará violando o princípio da legalidade, reserva legal e o princípio da separação dos poderes, já que cabe ao Legislativo legislar, não podendo o Executivo, salvo exceções relacionada a lei delegada, legislar, já que tal função é típica do Legislativo.

Assim, a competência atribuída às agências reguladoras, decorre da necessidade de acompanhar as mudanças nos setores regulados, já que o Poder Legislativo não consegue abarcar cotidianamente todas as mudanças que ocorre, o que acabaria por prejudicar os usuários dos serviços públicos, devido as lacunas que ocorreriam, casos fossem necessária a edição de normas diretamente do legislativo.

Por conseguinte, respeitando os limites impostos pela lei, o poder normativo das agências não apresenta qualquer contradição com o princípio da legalidade, até porque, está pautado no princípio da reserva legal relativo, que permite certa margem de discricionariedade ao Poder Público, permitindo ao mesmo, a complementação da matéria por ato infralegal.

Dessa forma, os atos normativos das agências, bem como seus limites, devem estar discriminados nas leis que as criaram. Portanto, a justificativa dessa delegação por parte do Legislativo à Administração Indireta, está relacionada ao fato de que o mesmo não detém conhecimento ilimitado e específico sobre todas as áreas, por tal motivo, nada mais justo que conceder a órgãos técnicos e especializados as diretrizes gerais e os parâmetros para que esses órgãos ditem as normas para determinada área.

Ademais, pode se afirmar que os atos normativos das agências são constitucionais quando meramente técnico e para fins exclusivos de regulamentar sua área de atuação, não podendo estabelecer medidas que fujam dos limites impostos por lei, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

Diante disso, nota-se que o poder normativo é constitucional por apresentar compatibilidade com o princípio da legalidade, reserva legal e até mesmo o princípio da separação dos poderes, já que as agências não criam nem modificam direitos e obrigações não regulamentados por lei, mas tão somente, institui regulamentos para facilitar a aplicação das normas gerais emanadas do legislativo, a fim de controlar e fiscalizar os delegatários de serviços públicos, visando garantir a eficiência e qualidade na prestação dos serviços públicos aos cidadãos.

Por todo o exposto, o poder normativo das agências reguladoras é constitucional, porque se limita tão somente à edição de atos normativos técnicos, específicos a determinado assunto referente às suas respectivas atividades, sem, contudo, inovar o ordenamento com direitos e obrigações não regulamentados em lei, já que inovação, modificação ou extinção de direitos e obrigações compete ao Poder Legislativo, nos termos da Constituição.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Elizangela Santos de; XAVIER, Elton Dias. O poder normativo e regulador das agências reguladoras federais: **abrangência e limites**. 2012. Disponível em: < www.ambito-juridico.com.br >. Acesso em: jun. de 2018.

ALMEIDA, Renato Franco de; COELHO, Aline Bayerl. **O poder normativo das agências reguladoras**. 2005. Disponível em: < www.egov.ufsc.br >. Acesso em: jun. de 2018.

BARBOSA, Júlia de Carvalho. **A legitimidade do poder normativo das agências reguladoras**. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br>>. Acesso em: jun. de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **ADin-MC nº 1.668-DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, julgado em 20 de agosto de 1998. Publicado no Diário da Justiça em 31 de agosto de 1998. Acesso em: jun. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2016.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. Salvador: Ed. Juspodvm, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia. Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2016.

ELSING, Raquel Nascimento. **Constitucionalidade e limites da atribuição de poder normativo às Agências Reguladoras**. 2014. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br>>. Acesso em: nov. de 2017.

GODOI JUNIOR, José Vicente. Agências reguladoras: **característica, atividade e força normativa**. 2008. Disponível em: <<http://www.unimar.br>>. Acesso em: mar. 2018.

GOMES, Cristiane Barbosa dos Santos. **Os limites do poder normativo das Agências Reguladoras**. 2015. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br>>. Acesso em: jun. de 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **Que se entende por Estado de Bem-Estar social?** 2013. Disponível em <<http://lfg.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: nov. de 2017.

LUCCHESI, Rafael. **Poder normativo da Agência Reguladora**. 2014. Disponível em <<http://rafaelucchesi.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: jun. de 2018.

MASCARO, Alysson Leandro. **Lições de Sociologia do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. Ed. 6. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. **A legitimidade da criação normativa das agências reguladoras**. 2011. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br>>. Acesso em jun. 2018.

MELLO; Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2012.

MERENDI, Tatiana Peghim. **O poder do Estado**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VIII, n. 22, ago 2005. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: nov. de 2017.

MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de; NELSON, Rocco Antônio Rangel Rosso. **A constitucionalidade do poder normativo das agências reguladora na ótica do redimensionamento do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo v. 271, 2016.

MORAES, Ricardo Quartim de. **A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente**. 2014. Disponível em: <<http://www.12.senado.leg.br>>. Acesso em: nov. de 2017.

MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. **Sobre a evolução do Estado. Do Estado absolutista ao Estado Democrático de Direito**. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18831>>. Acesso em: nov. 2017.

NAGAMINE, Lucas Civile. **Qual a diferença entre o Estado liberal e o Estado de bem-estar?** 2017. Disponível em: <<http://guiadoestudante.abril.com.br>>. Acesso em: nov. de 2017.

SAPADJIAN, Fabiana Yezeguelian. **Políticas econômicas neoliberais dos anos 90 que desembocaram na crise de 2001 na Argentina**. São Paulo: 2008. Disponível em: <<http://www.fiap.br/pdf>>. Acesso em: nov. de 2017.

TEIXEIRA, Leopoldo Fontenele. **Controle jurisdicional dos atos regulatórios**. 2008. Disponível em: <<http://www.univali.br/>>. Acesso em: jun. de 2018.