

PODER REGULAMENTAR DAS AGÊNCIAS REGULADORAS SOB O VIÉS DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE

Daiane Silvia Santana Brandi (IC) e Leopoldo Rocha Soares (Orientador)

Apoio: PIVIC Mackenzie

RESUMO

As transformações político-econômicas que ocorreram no Brasil no início da década de 1990 influenciaram diretamente a maneira de se entender a Administração Pública. A crise econômico-financeira do Estado se mostrou determinante para a criação das agências reguladoras no País. As privatizações e desestatizações de determinados serviços públicos foram a causa da necessidade de se estabelecer órgãos públicos com a capacidade de garantir ao Estado a manutenção dos poderes de regular e fiscalizar tais atividades originalmente de cunho público. Uma das características inerentes aos órgãos administrativos consiste na prerrogativa de elaborar atos normativos. No entanto, a amplitude do poder regulamentar exercido pelas agências reguladoras é amplamente controvertida e questionada por diversos doutrinadores, sobretudo no que se refere aos limites de sua função regulatória e a vinculação do particular. Isso se deve ao impasse existente entre esta atribuição e o teor do princípio da legalidade estabelecido pela Constituição Federal. Nota-se que certas agências reguladoras são, por vezes, dotadas de poder para instituir normas com forças equiparadas à lei. Questiona-se se estas normas estão, de fato, de acordo com as limitações impostas pelo princípio da legalidade e, além disso, quais são estes limites. Conclui-se que é vedado a qualquer órgão da Administração Pública a elaboração de atos normativos, de qualquer espécie, que seja capaz de inovar na ordem jurídica, criando direitos e obrigações.

Palavras-chave: Agências reguladoras. Poder regulamentar. Legalidade.

ABSTRACT

The political-economic transformations that happened in Brazil in the early 1990s directly influenced the way of understanding Public Administration. The government's economic and financial crisis proved to be a determining factor for the creation of regulatory agencies in the country. The privatizations and denationalization of certain public services were the cause of the need to create public departments with the capacity to assure to State the maintenance of the powers to regulate and supervise such activities originally of a public nature. One of the characteristics inherent to administrative departments is the prerogative to prepare normative acts. However, the extent of the regulatory power exercised by the regulatory agencies is widely controversial and questioned by several indoctrinators, especially with regard to the limits of their regulatory function and the binding of the individual. This is due to the dilemma

existing between this attribution and the tenor of the principle of legality established by the Federal Constitution. It is noted that certain regulatory agencies are sometimes empowered to institute standards with forces equivalent to the law. It is questioned if these rules are, in fact, in accordance with the limitations imposed by the principle of legality and, moreover, what are these limits. It is concluded that it is forbidden to any organ of the Public Administration to elaborate normative acts, of any kind, that are capable of innovating in the legal order, creating rights and obligations.

Keywords: Regulatory agencies. Regulatory power. Legality.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como escopo a análise de determinados aspectos e características relativos a uma espécie de ente da Administração Pública, que tem se mostrado de relevância ímpar no desenvolvimento e execução das atividades estatais, no exercício da função administrativa.

Trata-se das Agências Reguladoras, pessoas jurídicas de direito público interno de natureza autárquica, vinculadas aos setores em que atuam no exercício das atividades tipicamente estatais. Integram a administração pública indireta, apensadas como autarquias especiais diferenciando-se das demais autarquias por possuírem maiores e mais específicas prerrogativas, em função do exercício das atividades de fiscalização e controle dos serviços públicos prestados pelos particulares em razão da desestatização iniciada no final do século XX.

A função exercida pelas agências reguladoras na atualidade outrora foi exercida, em sua maioria, pelo próprio Estado. Uma vez que, em decorrência da delegação de determinados serviços e atividades públicas, grandes empresas direcionaram suas atividades ao serviço público, tornando necessária a criação de entidades públicas que pudessem representar o Estado no que se refere ao gerenciamento de informações relativas ao mercado criado diante dessas circunstâncias.

Não obstante, não se encontra no direito brasileiro legislação específica que discipline a atuação das agências reguladoras, necessariamente criadas por lei em razão do texto do artigo 37, inciso XIX, da Constituição Federal. Assim, são essas leis que estabelecem o funcionamento, limitações e peculiaridades de cada agência reguladora.

Destarte, se faz necessária a reflexão acerca dos limites impostos ao poder regulamentar das agências para que, em suas respectivas atuações, estejam transpondo a competência legislativa. Isto posto, torna-se imprescindível a análise sobre a relação existente entre o poder regulamentar conferido às agências reguladoras frente aos limites constitucionais determinados pelo princípio da legalidade.

Para este fim, será realizado, por meio de uma revisão bibliográfica, um comparativo entre as atividades normativas exercidas pelas agências reguladoras e o teor constante no princípio da legalidade, essencialmente disposto no artigo 5º, II, da Constituição Federal, visando a possibilidade de vinculação dessas atividades ao particular.

2. DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

O Estado exerce de duas maneiras os serviços públicos, por meio de centralização (administração direta) ou descentralização (administração indireta) da execução do serviço. A opção entre uma e outra se dá de acordo com o juízo de conveniência e oportunidade, sempre que a lei expressamente autorizar a delegação. Tem se tornado cada vez mais comum a prática do trespasse da titularidade e da execução de serviços públicos de competência da Administração pública a terceiros (GASPARINI, 2011).

A descentralização consiste na transferência de competências de um ente para outro. Quando a competência atribuída aos entes descentralizados se resume ao valor jurídico determinado pelo ente central e não da constituição, denomina-se descentralização administrativa (DI PIETRO, 2011).

Di Pietro (2011) classifica a descentralização administrativa em basicamente três modalidades: a) descentralização territorial ou geográfica; b) descentralização por serviços, funcional ou técnica e c) descentralização por colaboração. A descentralização por serviços, funcional ou técnica pode ser identificada quando uma pessoa jurídica de direito público ou privado é criada pelo poder público para ser titular ou executar determinado serviço público.

No Brasil essa prática somente é admitida por meio de lei e pode ser observada no fenômeno de criação de autarquias, fundações e até mesmo de empresas públicas ou sociedades de economia mista que exerçam atividades e serviços públicos. Neste caso, os privilégios e as prerrogativas atribuídos são de certa forma menores, tendo em vista que tais entidades apenas podem usufruir dos poderes expressamente conferidos pela lei instituidora (DI PIETRO, 2011).

Embora o ente descentralizado passe a ser titular da execução do serviço público e inclusive tenha a prerrogativa de exercício com independência em relação à pessoa da qual se originou, essas atividades somente são admitidas dentro dos limites estabelecidos em lei, com a finalidade de impedir que ocorra o desvio dos objetivos para os quais se instituiu (DI PIETRO, 2011).

3. REGULAÇÃO E OBJETIVOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras foram criadas com a intenção de intervenção do Estado no domínio econômico. Isso porque no período em que foram instituídas, da maneira pela qual as identificamos hoje, o Estado passava por um processo econômico financeiro de

desestatização e privatização de serviços públicos, que originalmente competiam ao Estado. (DUARTE, 2015)

O papel das agências reguladoras está firmado na implementação de um sistema regulatório eficaz, que possua atuação autônoma, com a finalidade de manutenção do equilíbrio econômico e inclusive do bem comum em um ambiente livre de influências políticas (DUARTE, 2015).

Na Constituição Federal de 1988 a regulação estatal é tratada no artigo 174, que deixa clara a intervenção do Estado na economia de forma indireta:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Nesse contexto, durante a década de 1990, instituiu-se no Brasil o Plano Nacional de desestatização (PND) resultando no fenômeno de privatização em massa de empresas estatais e na desestatização de serviços públicos. Este fato culminou na atribuição de diversos serviços públicos ao particular, tais como, os serviços de telefonia, fornecimento de energia elétrica, água, etc. (SANTOS, 2012).

Neste período marcado pelas privatizações e desestatizações dos serviços públicos, ocorreu a extinção de monopólios em diversos setores da economia, tais como, telecomunicações, geração e distribuição de energia, exploração de petróleo, entre outros, fez-se necessário a criação de um modelo de regulação, por meio das Agências (DUARTE, 2015).

Devido à necessidade crescente de acompanhamento do avanço tecnológico e o desafogamento da administração pública, o Plano Nacional de Desestatização foi criado com a finalidade central de transferir aos particulares atividades e serviços públicos, conferindo ao Estado a característica de interventor subsidiário perante a prestação do serviço público e atendimento da sociedade (FRANÇA, 2010).

Se anteriormente, o exercício desses serviços públicos era atribuição do próprio Estado, nessa nova realidade este, por meio de autorizações, concessões e permissões passou a delegar o exercício de tais atividades, entretanto permanecendo com o dever de controle. Para isso, criou entes reguladores que efetuassem a fiscalização e regulação dessas atividades que agora envolviam o setor privado (DURTE, 2015).

Embora o Estado tivesse a prerrogativa de delegar estas atividades aos particulares, por motivo de interesse público, caso se apartasse totalmente destes setores poderia resultar em riscos para a coletividade, por se tratar de serviços tão peculiares por sua essencialidade (SANTOS, 2012).

A análise da atuação das agências reguladoras justifica-se em virtude da melhor compreensão da sua importância para a situação econômica atual do Estado. Isso porque as normas editadas pelas agências reguladoras e os próprios contratos de concessão constituem os aparatos regulatórios aptos a traçar o quadro normativo conveniente à satisfação dos interesses públicos e à entrada de novos recursos financeiros e tecnológicos indispensáveis à sustentação da infraestrutura nacional (FRANÇA, 2010, p. 165).

Desse modo, se fez necessária a criação de entes que pudessem de algum modo deixar a cargo do Estado as funções de regulamentação, controle e fiscalização. Esses entes foram denominados de agências reguladoras, instituídas como autarquias sob regime especial. De modo que, possuem privilégios específicos que a lei concede, considerando suas especificidades, que são certa autoridade e autonomia administrativa (MEIRELLES et al., 2011).

Na intenção de conter os abusos derivados desta abertura proporcionada à iniciativa privada é que foram pensadas e instituídas as agências reguladoras por meio de leis cuja iniciativa é exclusiva do Poder Executivo. Entretanto, não há legislação específica capaz de precisar a atuação e a configuração das agências reguladoras criadas, sendo este feito encontrado apenas nas leis que as originam. Em virtude disso, as características não se mostram homogêneas em todas as autarquias especiais regulatórias (FRANÇA, 2010).

Inspirado no modelo norte-americano, o termo agência é relativamente recente no Direito brasileiro. Nos Estados Unidos agência representa toda e qualquer autoridade da Administração com exceção dos três poderes do Estado, ou seja, toda a organização administrativa é composta por agências, já no Brasil, também inspirado no modelo europeu-continental a Administração Pública possui uma estrutura complexa (DI PIETRO, 2011).

O fato é que o direito norte-americano vem servindo de modelo para o fenômeno que já vem sendo chamado de “agencificação”, que corresponde à proliferação de agências, em substituição ao fenômeno anterior de proliferação de entes com personalidade jurídica própria, que compõem a Administração Indireta do Estado. Não é um fenômeno que ocorre apenas no direito brasileiro; ele vem se difundindo pelo mundo, dentro do já referido movimento da globalização, ainda que no direito brasileiro não haja grandes justificativas para a adoção dessa terminologia (DI PIETRO, 2011, p. 476).

França (2010) ressalta que as leis que concebem as agências reguladoras federais apontam para algumas características consideradas essenciais para distinguir as agências reguladoras, quais sejam: independência, estabilidade de seus diretores, capacidade

normativa técnica e capacidade sancionatória. Assim, define a independência como sendo a principal característica por se tratar de elemento primordial para o alcance de seus objetivos no mercado em que atuam, garantindo o afastamento político e possíveis influências por determinados grupos e o atendimento de interesses díspar dos indicados pelas políticas públicas originárias.

Quanto à estabilidade de seus diretores, pressupõe que seus administradores possuem tratamento diferenciado, no intuito de afastar a possibilidade de pressões políticas, assegurando a independência em sua atuação. Já a capacidade normativa técnica se refere à regulação do setor em que atuam, além de delimitar e controlar as atividades por parte dos concessionários dos serviços públicos que regulam. Por sua vez, a capacidade sancionatória parte do pressuposto de que possuem poder de determinar deveres e obrigações, assim como punições administrativas aos infratores.

Não se encontra na lei definição de regime especial, entretanto, constata-se que as agências reguladoras possuem determinado grau de autonomia que excede ao das demais autarquias já que possuem poder normativo próprios ou específicos para emitir atos normativos direcionados às pessoas reguladas, autonomia administrativa, atividade fiscalizadora, atividade sancionatória, atividade julgadora, além de autonomia financeira (DUARTE, 2015).

A atuação das agências reguladoras consiste em regulamentar, sancionar, fiscalizar, dirigir, mediar, arbitrar, coordenar e controlar. Tais atividades devem estar fundamentadas com a devida previsão em lei específica, estabelecendo claramente suas delimitações, submetendo-se assim aos mesmos limites que os demais partícipes do setor administrativo (FRANÇA, 2010).

Embora não se encontre legislação específica, nota-se que a criação dessas agências tem ocorrido em respeito de um determinado padrão. Estão sendo criadas nos moldes de autarquia de regime especial. Assim, como autarquias que são, estão subordinadas às normas referentes à essas entidades. Além disso, instituídas em regime especial possuem maior autonomia em relação à Administração Pública Direta:

As atribuições das agências reguladoras no que diz respeito à concessão, permissão e autorização de serviço público resumem-se ou deveriam resumir-se às funções que o poder concedente exerce nesses tipos de contratos ou atos de delegação: regulamentar os serviços que constituem objeto de delegação, realizar o procedimento licitatório para a escolha do concessionário, permissionário ou autorizatório, celebrar o contrato de concessão ou permissão ou praticar ato unilateral de outorga da autorização, definir o valor da tarifa e da sua revisão ou reajuste, controlar execução dos serviços, aplicar sanções, encampar, decretar a caducidade, intervir, 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 outorga ao Poder Público na concessão, permissão e autorização (DI PIETRO, 2011, pág. 483).

Logo, ao criar uma agência reguladora, entende-se que a lei está transferindo para as agências as atribuições que competem ao Poder Executivo. Dentre essas funções concedidas às agências reguladoras, a que possui maiores questionamentos a respeito de sua abrangência é a função reguladora. Para Di Pietro (2011) esta atribuição tem se assemelhado à conferida às agências reguladoras do direito norte-americano, ou seja, prerrogativa de ditar normas com força de lei.

Ainda segundo Di Pietro (2011), este questionamento se deve ao fato de que a prerrogativa de função normativa conferida atualmente às agências reguladoras vem sendo executado por suas leis instituidoras e não provém diretamente da Constituição, visto que as únicas agências que possuem previsão constitucional são: a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) e a ANP (Agência Nacional do Petróleo) contido nos artigos 21, XI e 177, §2º, III.

Como as demais não possuem previsão constitucional, caso a função normativa que exercem se mostre superior a executada por qualquer outro órgão componente da Administração Indireta, estaria incorrendo em inconstitucionalidade. Sendo assim, o poder normativo conferido às agências reguladoras deve se resumir à regulação de sua própria atividade, com normas que possuam efeitos apenas internamente e ainda conceitual, ou interpretar conceitos jurídicos indeterminados contidos na lei, mas de modo algum poderá inovar no ordenamento jurídico (DI PIETRO, 2011).

Embora independentes e autônomas, as agências reguladoras estão sujeitas a limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico e devem observar os princípios constitucionais limitadores de sua atuação (DUARTE, 2015).

4. A FUNÇÃO DO ENTE REGULADOR

Posteriormente à efetivação do plano de desestatização de determinados serviços e atividades públicas, as agências reguladoras se mostraram imprescindíveis na composição da Administração Pública, exercendo papel fundamental delimitando a atividade das empresas privadas concessionárias de serviços ou atividades públicas e até mesmo de empresas públicas que atuam no respectivo mercado regulado (FRANÇA, 2010).

É inegável que o modelo norte-americano tem servido de inspiração para as agências reguladoras no Brasil, sobretudo na utilização do vocábulo “agência” para designar esta

instituição. No entanto, sabe-se que o modelo a ser reproduzido já se encontra ultrapassado, tendo sido superado, inclusive, em seu país de origem (DI PIETRO, 2017).

Embora a denominação agência reguladora seja considerada relativamente nova no direito brasileiro, é possível notar que já há muito tempo existiam entidades que exerciam tal função de regulação do comércio, como por exemplo, o Comissariado de Alimentação Pública, criado em 1918; o Instituto do Açúcar e do Alcool, criado em 1933, ou ainda o Instituto Nacional do Sal, de 1940, entre outros. Na realidade a função normativa sempre esteve presente e foi exercida por diversos órgãos (DI PIETRO, 2011).

Afirma França (2010) que agências reguladoras são autarquias sob regime especial, criadas com o fim de disciplinar e controlar determinadas atividades, tais como: serviços públicos propriamente ditos, Agência Nacional de energia Elétrica (Aneel); Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); atividade de fomento e fiscalização da atividade privada, Agência Nacional do Cinema (Ancine); atividades exercitáveis para promover a regulação, a contratação e fiscalização das atividades econômicas referentes à indústria de petróleo, Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); atividades facultadas ao particular, mas que o Estado também pode promover, como por exemplo os serviços de saúde, Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); regulação do uso de bens públicos, Agência Nacional das Águas (ANA).

Para França (2010), uma das principais razões para a criação das agências reguladoras federais consiste na desburocratização e o desafoamento político da Administração pública. Vale destacar que segundo este autor, as atividades exercidas pelas agências reguladoras jamais poderão possuir força absoluta, já que seu desempenho está subordinado aos demais entes da federação.

De acordo com Di Pietro (2017) umas das particularidades mais controversas a respeito das agências reguladoras no Brasil é a chamada função normativa. Esta função, de poder impor normas com força de lei, tem sido concedida a agências como ANEEL, Anatel e ANP. Em função disso, a indagação é concernente aos fundamentos jurídico-constitucionais para a delegação de função normativa a tais agências.

A Constituição Federal de 1988 prevê no art. 21, XI, e 177, §2º, III a criação das agências Anatel e ANP conferindo-lhes a denominação de “órgão regulador”. Quanto às demais, essa mesma previsão não existe, de modo que “a função normativa que exercem não pode, sob pena de inconstitucionalidade, ser maior do que a exercida por qualquer outro órgão administrativo ou entidade da administração indireta” (DI PIETRO, 2017, p. 244).

5. AGÊNCIAS REGULADORAS: REGULAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO

No direito brasileiro os termos regulação e regulamentação possuem conceitos distintos, por este motivo faz-se necessário distingui-los. Inclusive, como ambos descrevem fixação de normas de conduta, frequentemente são utilizados como sinônimos. De acordo com Di Pietro (2017), regulação pode ser considerado um termo ambíguo, já que possui sentidos diversos. Amplamente aplicado em outros domínios do conhecimento, na esfera jurídica seu uso é relativamente recente e tem se tornado cada vez mais frequente com o advento das agências reguladoras.

De outra banda, parece afastar-se também da aplicação de uma noção clássica de poder regulamentar. Em verdade, o poder regulamentar implica a capacidade de produção de norma geral e abstrata que tem, por sua vez, o condão de facilitar a execução de outra norma geral e abstrata denominada lei. Não é bem isso o que ocorre com o poder normativo propriamente dito, com as normas típicas atinentes ao desempenho de atividade regulatória. A regulamentação é estática, enquanto a regulação é dinâmica (MORAES, et al., 2005, p. 159).

Di Pietro (2017) afirma que regular consiste em formular regras, não importando quem o faz, podendo ser por meio do Poder Legislativo ou até mesmo do Poder executivo, ainda que mediante os órgãos da Administração direta ou indireta. Portanto, pode-se dizer que a regulação é o gênero do qual regulamentação é espécie. No Brasil não há especificado um procedimento que seja de fato obrigatório para que as agências reguladoras possam formular normas que contem com a participação do cidadão. Sendo assim, a regulação corresponde ao resultado das atividades exercidas pelas agências reguladoras e que representa direito posto unilateralmente elas mesmas.

Etimologicamente, o vocábulo regulação representa a elaboração de normas, regras. Além disso, caracteriza a abstração de conservação do equilíbrio de um sistema. A regulação econômica está, portanto, relacionada ao “conjunto de regras de conduta e de controle da atividade privada pelo Estado, com a finalidade de estabelecer o funcionamento equilibrado do mercado” (DI PIETRO, 2017, p. 237).

Regulamentar consiste em uma competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo, prevista no art. 84, inciso IV, da Constituição Federal. Por meio da regulamentação o Chefe do Poder Executivo dita regras jurídicas. Além disso, trata-se de competência indelegável (DI PIETRO, 2017).

Pode-se dizer que as autoridades administrativas possuem como prerrogativa poderes que são inerentes à administração pública, tendo em vista que tais poderes viabilizam a justaposição da vontade da lei ao arbítrio individual, isto é, do interesse público sobre o interesse privado (DI PIETRO, 2011).

Este poder atribuído às autoridades administrativas não pode ser considerado como sendo uma faculdade da Administração. Por ser irrenunciável e só poder ser exercido dentro dos limites legais, na realidade trata-se de um poder-dever. Di Pietro destaca como poderes inerentes à Administração o poder normativo, o disciplinar os decorrentes de hierarquia e ainda o poder de polícia, dentre os quais iremos analisar o poder normativo ou também denominado poder regulamentar (DI PIETRO, 2011).

A capacidade de expedir normas pelas agências reguladoras baseia-se na elaboração de instruções normativas e portarias que objetivam a regulamentação. Cabe às agências reguladoras a imposição de regras técnicas no respectivo mercado regulado, prerrogativa essa amplamente questionada quanto a sua constitucionalidade (FRANÇA, 2010).

Di Pietro (2011) entende o poder regulamentar como sendo um dos desdobramentos do poder normativo do Poder Executivo. Assim o poder regulamentar poderia ser definido como uma as funções que compete ao Chefe do Poder Executivo ao realizar a edição de normas que complementam a lei possibilitando sua execução.

O poder normativo das agências reguladoras é o ponto de maior inquietude entre os doutrinadores no que tange a sua abrangência e seus limites. A constitucionalidade das normas administrativas regulatórias, bem como sua capacidade de exigir ou proibir determinadas atitudes dos regulados, ainda é tema de variáveis posições entre autores que se dedicam a estudá-la (FRANÇA, 2010, pág. 166).

França (2010) entende que o poder normativo conferido às agências reguladoras é limitado por sua lei instituidora, por serem atos emanados pela Administração Pública, não podem divergir do estabelecido por lei.

De acordo com o entendimento doutrinário são admitidos dois tipos de regulamentos: o regulamento executivo e o regulamento independente ou autônomo. Entende-se que o regulamento executivo seja destinado a complementação da lei para, segundo o art. 84, IV, da CF/88, proporcionar a fiel execução da lei. O regulamento executivo não é capaz de constituir normas *contra legem* ou *ultra legem*, não sendo possível, dessa forma, inovar na ordem jurídica. Assim, este poder-dever fica contido aos limites estabelecidos pela lei não se admitindo a criação de direitos, obrigações, proibições, medidas punitivas em virtude do princípio da legalidade (DI PIETRO, 2011).

Já o regulamento autônomo consiste naquele capaz de inovar na ordem jurídica, isso porque sua finalidade não está em complementar ou desenvolver uma lei previamente constituída, mas sim o estabelecimento de normas com temáticas não disciplinadas em lei (DI PIETRO, 2011).

O direito brasileiro não admitiu o exercício dos regulamentos autônomos, de modo que, na Constituição Federal de 1988, estabeleceu limites consideráveis em relação ao poder regulamentar, com exceção do disposto no seu artigo 84, inciso VI, cuja redação foi dada pela Emenda Constitucional nº 32, e que outorga ao Presidente da República a competência de extinguir cargos ou funções públicas quando estes estiverem vagos e, por meio de decreto, ordenar a respeito da organização e do funcionamento da administração federal nos casos em que não envolver aumento de despesas nem mesmo a conceber ou extinguir órgãos públicos (DI PIETTRO, 2011).

Ressalte-se, ainda, que os atos administrativos oriundos do poder normativo do Estado devem produzir efeitos gerais e abstratos, assim como a lei, no entanto, diferentemente desta, não lhe é permitido inovar na ordem jurídica (MORAES, et al., 2005).

Sendo assim, as agências reguladoras concebem normas de caráter geral e abstrato – entre outros provimentos – que são naturalmente relacionadas ao poder regulamentar, ou seja, “[...] a competência administrativa concernente à produção de atos de mera execução da lei a fim de facilitar a aplicação dessa vontade legislativa” (MORAES, et al., 2005, p. 158).

Para Di Pietro (2017), as normas produzidas por essas agências somente podem gerar efeitos internos, dirigidos à própria agência, devem estar sempre fundados em leis e regulamentos prévios. Quanto à Anatel e à ANP, não restam dúvidas de sua previsão constitucional como órgãos reguladores. A indagação que eclode é se essa ideia expressa pela Constituição exprime que os órgãos reguladores possuem a prerrogativa de estabelecer normas com a mesma força de lei. Ou ainda se estão aptos a exercer o poder regulamentar análogo ao que é exercido pelo chefe do Poder Executivo.

Assim, é plausível assinalar que o exercício da função organizadora das relações sociais e econômicas no contexto das agências regulatórias, originário, portanto, do poder normativo estatal, prescinde, dessa perspectiva, da noção de auto-regulação (MORAES, et al., 2005, p. 159).

Ocorre que o regulamento, enquanto ato estatal que possibilita o fiel cumprimento da lei consiste em competência privativa do Chefe do Poder Executivo, sendo indelegável, exceto pela hipótese do art. 84, inciso VI, “a”, da Constituição Federal de 1988. Sendo assim, mesmo para as agências que possuem fundamento constitucional, sua competência encontra-se limitada aos regulamentos administrativos ou de organização, de modo que, apenas dizem respeito “às relações entre particulares que estão em situação de sujeição especial do Estado” (DI PIETTRO, 2017, p. 247).

Para França (2010) a atividade dessas entidades autárquicas provém da emissão de regulamentos técnicos. Regulamentos são considerados atos administrativos normativos

infralegais, com o encargo de atribuir aplicabilidade plena a uma norma antecedente. Regulam o próprio funcionamento do Poder executivo e de seus agentes, representam atos não de legislação, mas de execução.

O que as agências não podem fazer, porque falta o indispensável fundamento constitucional, é baixar regras de conduta, unilateralmente, inovando na ordem jurídica, afetando os direitos individuais, substituindo-se ao legislador. Este óbice constitui no mínimo indispensável para preservar o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica. Principalmente, não podem as agências baixar normas que afetem os direitos individuais, impondo deveres, obrigações, penalidades, ou mesmo outorgando benefícios sem previsão de lei. Trata-se de matéria de reserva de lei, consoante decorre do art. 5º, II, da Constituição. Não se pode deixar de lembrar que a proteção dos direitos individuais frente ao Estado constituiu a própria razão de ser da construção do princípio da legalidade, sem o qual não existe Estado de direito (DI PIETRO, 2017, p. 168).

Doutrinadores defendem que para que haja a efetiva atuação das agências de acordo com o propósito para o qual foram instituídas – normatizadoras de um determinado mercado é necessário que tal entidade tenha certa margem para assim o fazer, ainda que de modo técnico específico. O questionamento doutrinário parte da constitucionalidade da produção de normas e se tal condição é capaz de invadir o campo de atuação exclusiva do Poder Legislativo (FRANÇA, 2010).

Ainda segundo França (2010), tal atividade exercida pelas agências reguladoras, devem obrigatoriamente estar em conformidade com os princípios fundamentais, porém deve-se intentar a ponderação racional dos valores envolvidos, analisando-se cada caso concreto, para então definir se a atividade regulatória, que visa a garantia de proteção do cidadão, pode extrapolar os limites da legalidade estrita.

6. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E LEGALIDADE ADMINISTRATIVA NO EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Fundamentando-se nos pensamentos originários de Estado como entidade, baseado nas ideias de Hobbes em sua obra *Leviatã*, entende-se que os membros que compõem uma determinada coletividade renunciam de parte de sua liberdade e prol de uma autoridade disciplinadora que irá proporcionar sua defesa, segurança e progresso (ARAUJO, 2010.).

Essa autoridade busca atender aos interesses gerais, e por razão desse interesse tem a prerrogativa de ditar regras gerais de comportamento que viabilizam a vida em comunidade (ARAUJO, 2010).

A essa ideia está ligada o princípio da supremacia do interesse público. O primado do interesse público representa a matriz basilar de todos os demais princípios que expressam o

Direito Administrativo. Entende-se que a vontade geral é expressa, em sentido amplo, pela lei, sendo assim, estando o Estado sujeito ao interesse público, consequentemente sujeita-se ao princípio da legalidade (ARAÚJO, 2010).

A grande conquista da democracia, decorrente das revoluções liberais, foi o Estado também submeter-se ao império da lei, deixando de ser o Estado policaresco dos regimes absolutistas. O Estado e suas autoridades não podem e não devem desobedecer à lei, dogma democrático (“suporta a lei que fizeste”) que visa combater o arbítrio, pois em tese só lei pode criar obrigações para o indivíduo, como expressão da vontade geral, submetendo-se os regulamentos à lei e criando-se mecanismos de controle da legalidade pelos cidadãos, decorrendo ainda desse dogma os princípios do devido processo legal e da ampla defesa, segundo os quais ninguém pode ser condenado ou punido sem ser ouvido, ninguém poderá ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal que a lei prescreve, no qual se assegurem a ampla defesa, o contraditório e os meios e recursos a ele inerentes (ARAÚJO, 2010, p. 73).

De acordo com o art. 5º, II, da CF/88, o princípio da legalidade, que se direciona aos particulares, determina que se pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, sendo que somente a lei é capaz de obrigá-los a fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

Analisando o Art. 5º, II da Constituição Federal, vê-se que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Destarte, ao especificar com os termos “em virtude de lei”, o legislador constituinte deixou claro que a obrigação de fazer ou não fazer se refere a dispositivo legal. Caso contrário estaria redigido de forma diversa, como “em virtude de lei, decreto, regulamento, resolução, etc.” Assim, não caberia à Administração seja proibir seja determinar conduta de terceiros, a menos que previamente autorizado por lei (MELO, 2011).

Enquanto o art. 37 da mesma Carta, direcionada ao Poder Público, por sua vez determina que o agente público, as autoridades, a Administração, somente poderão fazer aquilo que lei expressamente estipula ou permite, devendo suas ações estar em conformidade com a lei e o interesse público, de modo que os interesses individuais não prevaleçam.

O princípio da legalidade, diretamente conectado à ideia de separação de poderes em sua forma original, diz respeito à proibição ou obrigação de se praticar algo a menos que haja prévia determinação legal. Esta afirmativa não é de exclusiva aplicação à Administração pública, que embasada no art. 37 da CF, deve praticar aquilo que é expressamente determinado pela lei (ALMEIDA, 2008).

Parte-se do pressuposto que as leis administrativas são de ordem pública, são compostas por “poderes-deveres”, as quais não podem os agentes públicos descumprir. Esta vertente do princípio da legalidade é também conhecida como princípio da legalidade estrita, ou ainda como princípio da restringibilidade (ARAÚJO, 2010).

Em resumo, a legalidade, como princípio da Administração Pública [...], significa que o gestor público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e sujeitar-se às sanções administrativas, cíveis e penais previstas no ordenamento jurídico. (COUTO, 2015, pg.145)

Segundo a ideia de princípio da legalidade estrita é definitivamente vedado à Administração inovar na ordem jurídica por meio de simples atos administrativos. Dessa forma, não pode conceder direitos, criar obrigações, instituir proibições ou impor comportamentos sem que haja o respaldo, determinação ou autorização legal (ARAUJO, 2010).

Vale destacar que não se pode afirmar que o princípio da legalidade estrita resume-se apenas aos agentes públicos, visto que o dispositivo constitucional dirige-se à Administração em si, à atividade administrativa como um todo. O princípio da legalidade apresenta-se como uma espécie de subordinação de todo o funcionamento da administração, em sentido amplo, à lei (ARAUJO, 2010).

Dessa forma, o princípio da legalidade encontra-se, de algum modo, incorporado às agências reguladoras à medida que os poderes lhes são concedidos de modo a reprimir possíveis abusos e desvios de finalidade por parte de seus agentes (ALMEIDA, 2008).

A importância do princípio da legalidade pode ser observada na relevância que se confere aos requisitos de validade, bem como o aparato oferecido pelo ordenamento jurídico como prevenção a desobediência a tal princípio (ARAUJO, 2010).

Tanto o princípio da legalidade na esfera privada, quanto o princípio da legalidade na Administração Pública decorrem do Estado de Direito. Assim, discorre que na prática de atos da administração pública, o gestor público está sujeito aos mandamentos e exigências legais (COUTO, 2015).

7. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE À LUZ DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Para Di Pietro (2011), os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público são essenciais para a construção de todos os outros. O princípio da legalidade teve sua origem com o Estado de Direito e representa uma das garantias fundamentais de observância dos direitos individuais.

Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade (DI PIETRO, 2011, p. 64).

À Administração Pública só é permitido fazer aquilo que a lei autoriza, de acordo com o princípio da legalidade. Já na esfera das relações existentes entre os particulares, o princípio sobressalente é o da autonomia da vontade, por meio do qual lhes é permitido fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. Essa ideia foi expressa no art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “a liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser estabelecidos em lei” (DI PIETRO, 2011, p. 65).

Generalizou-se o entendimento de que o termo “lei” como parâmetro de validade, da qual trata o princípio da legalidade e que submete a Administração Pública, refere-se à lei em sentido formal, excluindo assim a possibilidade e existência do chamado “regulamento autônomo” (BRANDÃO et al., 2009).

Entende-se por lei em sentido formal não apenas as leis ordinárias, mas inclui-se as demais espécies normativas dotadas de *status* legal mencionadas nos incisos II a VII do art. 59 da Constituição (leis complementares, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções) (BRANDÃO et al., 2009).

Assim como em constituições anteriores, a Constituição vigente, nos arts. 5º, inciso II, e 37, define que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Nesta afirmativa consiste o conceito basilar do princípio da legalidade. Por conseguinte, em tese, não é permitido à Administração Pública a concessão de direitos, sejam eles de quaisquer espécies, a criação ou até mesmo imposição de vedações aos seus administrados por meio de simples atos administrativos (DI PIETRO, 2011).

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, em virtude da análise ora realizada, verifica-se que o conceito de agências reguladoras tomou caminhos próprios, desenvolvendo suas próprias características no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, diferenciando-se das instituições norte-americanas que lhes serviram de inspiração. Parte-se do pressuposto que, no direito brasileiro, compreende-se por agências reguladoras os órgãos que compõem a Administração Pública e que possuem a função de regular as atividades de interesse público dispondo sobre matéria específica de sua competência.

Essa regulação consiste na estruturação das atividades que serão realizadas por terceiros, e que estão no seu âmbito de expertise, bem como no controle das entidades que atuam nesse domínio. Não obstante, atinamos que não se encontra, no direito brasileiro, legislação específica que discipline a atuação das agências reguladoras, de modo que as leis

que as criam são as que estabelecem sua organização, competências específicas e limitações.

Sabe-se que o poder normativo conferido à Administração Pública pode ser exercido por meio de resoluções, portarias, deliberações, instruções, que inclusive podem ser elaboradas por autoridades diversas do Chefe do Poder Executivo, sendo que as Agências Reguladoras exercem as suas atividades de controle e fiscalização por meio de tais instrumentos normativos. No entanto, infere-se que, ao menos à princípio, os efeitos de todos estes atos encontram-se limitados à esfera de atuação do órgão que os elaborou, de modo que, não apresentam a mesma abrangência dos regulamentos editados pelo Chefe do Executivo, considerando os termos do princípio constitucional da legalidade.

Com efeito, levando em consideração todo o exposto na presente pesquisa, o ato normativo deve se mostrar subordinado à lei, não podendo contrariá-la, nem mesmo criar direitos, impor obrigações, proibições, penalidades sem a devida previsão legal, caso contrário configuraria ofensa ao princípio da legalidade. O princípio da legalidade na esfera privada, assim como o princípio da legalidade concernente à Administração Pública, decorre do Estado de Direito e se mostram imprescindíveis para o regime jurídico administrativo, haja vista estar a Administração Pública em situação de completa submissão à Lei. Em virtude disso, cumpre reiterar que atos infralegais são terminantemente vedados de inovar inicialmente no ordenamento jurídico.

Por conseguinte, enfatiza-se que compete às agências reguladoras, como entes da Administração Pública que são, apenas a atuação *secundum legem*, estando, até mesmo, impedidas de exercerem atuações *contra legem* ou *praeter legem*, de modo que o estabelecimento das regras gerais de regulação devem ser objeto de lei, cabendo às agências apenas especificar o modo de controle e fiscalização das atividades exercidas pelo particular.

Em suma, cabe ao Poder Legislativo a elaboração do marco regulatório de qualquer atividade de interesse público que seja objeto de realização pelo particular, em sede de delegação, de modo que os regulamentos, de maneira alguma, podem inovar, por meio da criação de direitos e obrigações, direcionados ao particular, a menos que previamente balizados por lei e nos limites dela, sob pena de estarmos todos sujeitos à arbítrios indesejados no âmbito do Estado Democrático de Direito.

9. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Paula Joyce de Carvalho Andrade de. **O Controle da Atuação das Agências Reguladoras Federais Brasileiras**. 2008. 153 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Político Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/1214>> Acesso em: 20 jan. 2020

ARAUJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRANDÃO, Cláudio et al (org.). **Princípio da Legalidade**: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5600-4/cfi/5!/4/4@0.00:17.9>. Acesso em: 21 abr. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília.

COUTO, Reinaldo. **Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502622791/cfi/145!/4/4@0.00:57.2>> Acesso em: 07 fev. 2020

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017

DUARTE, Ana Paula Cordeiro. **Dos Limites das Atribuições da ANEEL**. 2015. 190 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Político Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/1144>> Acesso em 08 Jan. 2020.

FRANÇA, Phillip Gil. **O Controle da Administração Pública**: Tutela Jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento.. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes et al. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MORAES, Alexandre de et al (org.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas S.A., 2002. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522474417/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 21 abr. 2020.

SANTOS, Mauro Sérgio dos. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4303-5/cfi/0!/4/2@100:0.00>> Acesso em 11 dez. 2019.

Contatos: daianebrandi91@gmail.com e leopoldo.soares@mackenzie.br