

DIREITO PÚBLICO ADMINISTRATIVO

COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA

O LIMITE DA COMPETÊNCIA NORMATIVA ABSTRATA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E O CONTROLE DOS ATOS REGULAMENTARES

PEDRO BRITO CANDIDO FERREIRA

Analista do Ministério Público de Minas Gerais – Especialidade Direito

Pós-graduado em Direito Ambiental

Centro de Atualização em Direito / Universidade Gama Filho

1. Introdução

As agências reguladoras exercem atualmente um importante papel no que toca à interferência estatal na economia, sendo responsáveis pela regulamentação, controle e fiscalização de uma série de atividades e serviços de extrema relevância para a sociedade.

Tais entidades nasceram nos Estados Unidos da América, país de natureza eminentemente liberal, resultado de uma política governamental voltada para a mínima intervenção do Estado na economia, tendo alcançado ali um notável desenvolvimento, o que pode ser percebido pelo elevado número de *regulatory agencies* implementadas nas mais diversas áreas: saúde, meio ambiente, educação, comércio, entre outras. A principal característica das agências norte-americanas é o seu grau de independência em relação ao órgão instituidor, possuindo autonomia financeira, administrativa e poderes “quase-legislativos”.

O modelo brasileiro de agências reguladoras teve por base o modelo norte-americano, sendo que se tentou ao máximo garantir às entidades nacionais um grau de independência semelhante ao devido pelas *agencies*; contudo, no contexto político nacional, tem-se

verificado que essa independência em alto grau tem trazido mais prejuízos do que benefícios.

É justamente com relação a esse ponto que se objetiva, no presente trabalho, tecer algumas considerações principalmente quanto ao fato de que a independência das agências somada a sua competência normativa tem gerado um abuso na edição de regulamentos. Atos que deveriam conter apenas regras de natureza técnica passaram a ter um conteúdo cada vez mais de lei em sentido estrito, demonstrando uma patente ilegalidade.

Outro ponto também analisado neste estudo é o controle externo exercido sobre os atos das agências reguladoras, basicamente a cargo do Poder Judiciário, que, apesar da competência e credibilidade, é ainda pouco preparado para julgar as questões de natureza eminentemente técnica demandados nos litígios em que aquelas entidades da Administração Pública figuram como parte.

2. O modelo brasileiro

A idéia de inserção das agências reguladoras no âmbito da Administração Pública brasileira teve início na década de 90, momento em que o Estado iniciou um movimento de transferência para a iniciativa privada de atividades antes somente executadas pelo Poder Público. O Programa Nacional de Desestatização, marco da implementação desse estado liberal, foi instituído no ano de 1990 pela Lei nº 8.031/90.

Assim, com essa política governamental de transferir para o setor privado a execução de serviços públicos, surgiu a necessidade de o Estado delimitar e aumentar o seu poder de regulamentação, controle e fiscalização de tais serviços, de modo que pudesse garantir à sociedade a sua devida prestação e gerasse o menor custo ao erário. Decidiu-se, então, pela criação de agências especiais.

Essas agências especiais foram denominadas de agências reguladoras e, no âmbito da sua área de atuação, detinham o poder de fiscalizar, controlar e regulamentar uma determinada atividade prestada

pela iniciativa privada, mas que pela sua essencialidade e interesse público, deveria estar sujeita a um certo nível de controle estatal para garantir uma correta execução.

Passou então a ocorrer uma gradual diminuição da presença direta do Estado brasileiro na economia, passando a reivindicar para si um papel eminentemente regulador e exercido através de entidades estatais criadas sob a forma de autarquias de regime especial dotadas de uma maior independência consubstanciada em autonomia administrativa e financeira.

Não resta dúvida de que essa “descentralização autárquica” trouxe uma série de benefícios, dentre os quais cabe destacar a divisão entre “Estado prestador” e “Estado fiscalizador”, dicotomia que otimizou a fiscalização em geral, uma vez que o Estado como executor universal dos serviços públicos não tem interesse em apontar as próprias falhas e impor-se punições. Como bem anota Diogo de Figueiredo Moreira Neto,

Essas funções estatais não são novas, observa similarmente o articulista Sérgio Nelson Manheimer, mas vêm sendo negligenciadas pelo fato de ter o Estado, nos últimos anos, acumulado os papéis de prestador e de fiscalizador de serviços, o que lhe compromete o exercício das funções de controle, que acabam sendo relegadas, uma vez que não se sente ele estimulado a denunciar suas próprias falhas ou deficiências. (MOREIRA NETO, 2007, p. 199).

Ademais, a concentração em uma única entidade com personalidade jurídica de direito público dos poderes de fiscalização, controle e regulamentação concede ao Estado uma flexibilidade negocial e um afastamento das burocracias típicas da administração direta, facilitando assim a atuação junto à iniciativa privada, cuja eficiência e dinamização são notadamente superiores ao observado na Administração Pública.

No tocante ao processo legal de criação das agências reguladoras, basta dizer que são criadas através de lei ordinária, sendo que somente duas foram mencionadas expressamente pelo legislador constitucional: a Agência Nacional do Petróleo – ANP (art. 177, § 2º,

III, da CF/88) e a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel (art. 21, XI, da CF/88):

Art. 177. Constituem monopólio da União:

[...]

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

[...]

III - a Estrutura e organização do órgão regulador do monopólio da União

[...]

Art. 21. Compete à União:

[...]

XI - Explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais. (grifo nosso).

3. Análise específica dos limites da competência normativa abstrata das agências reguladoras e das formas de controle dos atos regulamentares por elas editados

Atualmente, tem-se discutido bastante acerca da extensão da competência normativa abstrata atribuída às agências reguladoras, questionando até que ponto elas vêm exercendo esse poder nos devidos limites de atuação e se com estrita submissão à legalidade, princípio basilar do ordenamento jurídico pátrio.

No que tange a essa questão, assim leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

Dado o princípio constitucional da legalidade, e conseqüente vedação a que atos inferiores inovem inicialmente na ordem jurídica (v. Capítulo II, ns. 7 a 10), resulta claro que as determinações normativas advindas de tais entidades hão de cifrar a *aspectos estritamente técnicos*, que estes, sim, podem na forma da lei, providir de providências subalternas, conforme se menciona no Capítulo VI, ns. 35-38, ao tratar dos regulamentos... Em suma: cabe-lhes expedir normas que se encontrem abrangidas pelo campo da chamada 'supremacia especial' (cf. Capítulo XIV, ns. 12 a 15).

De toda sorte, ditas providências, em quaisquer hipóteses, sobre deverem estar amparadas em *fundamento legal*, jamais poderão contrair o que esteja estabelecido em alguma lei ou por qualquer maneira distorcer-lhe o sentido, maiormente para agravar a posição jurídica dos destinatários da regra ou de terceiros: assim como não poderão também ferir princípios jurídicos acolhidos em nosso sistema, sendo aceitáveis apenas quando indispensáveis, *na extensão e intensidade requeridas* para o atendimento do bem jurídico que legitimamente possam curar e *obsequiosas à razoabilidade*. (MELLO, 2009, p. 172-173, grifo nosso)

Observa-se que, com relação à adequação do poder normativo das agências reguladoras à legalidade, existem duas importantes correntes doutrinárias, as quais merecem ser analisadas.

A primeira defende que o poder normativo das agências tem por base o poder regulamentar já previsto para o Presidente da República nos limites definidos no art. 84, IV, da Constituição Federal:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

Deste modo, as entidades em análise teriam apenas a prerrogativa de expedir regulamentos executivos e com o intuito de possibilitar a eficaz aplicação da lei que organiza o setor no qual atuam,

salientando-se que, por força do art. 5º, II, da Constituição Federal, é afastada qualquer hipótese de criação normativa, tendo em vista que somente a lei pode inovar no ordenamento jurídico, cabendo às agências expedirem resoluções de conteúdo eminentemente técnico e explicativo.

Por outro lado, a segunda corrente afirma que a atribuição de tal poder normativo às agências ultrapassa os limites do poder regulamentar concedido constitucionalmente ao chefe do executivo, sendo assim uma verdadeira “deslegalização” de determinadas matérias para que possam ser reguladas por meio de atos administrativos técnicos. Por via de consequência, o Estado poderia intervir no domínio econômico de maneira mais eficaz, adaptando as normas legais à dinâmica de uma economia capitalista através da edição de regulamentos autorizados ou delegados. À lei caberia apenas elencar os princípios gerais a serem seguidos pela autoridade administrativa na disciplina de determinada matéria.

Tomando-se por fundamento alguns julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca do poder normativo administrativo, conclui-se que o órgão adota a primeira posição, o que não poderia deixar de ser, tendo em vista que fornece uma maior segurança jurídica e delimita melhor o campo de atuação do Poder Executivo por meio das agências reguladoras.

No curso do julgamento do RExt nº 318.873-SC – cujo conteúdo versava acerca da possibilidade da conversão dos benefícios previdenciários, em URV, com base na média do valor nominal –, foi interposto agravo regimental no qual, dentre outras questões, discutiu-se a respeito dos limites do poder regulamentar concedido ao Estado. Na oportunidade, o STF firmou o entendimento de que o princípio da reserva de lei atua como limitador do poder regulamentar do Estado, o qual não possui competência primária legislativa, não podendo assim criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de interferir no âmbito de atuação da lei em sentido formal e gerar a inconstitucionalidade de seus atos:

A RESERVA DE LEI EM SENTIDO FORMAL QUALIFICA-SE COMO INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL DE PRESERVAÇÃO DA IN-

TEGRIDADE DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. - O princípio da reserva de lei atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por tal razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações. Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal. - O abuso de poder regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua *contra legem* ou *praeter legem*, não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere o art. 49, inciso V, da Constituição da República e que lhe permite 'sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar [...]'. Doutrina. Precedentes (RE 318.873-AgR/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.)

No entanto, é importante mencionar que o STF, até o presente momento, não prolatou decisão específica acerca da constitucionalidade do poder normativo exercido pelas agências, de modo que ainda não se tem certeza absoluta da validade, eficácia e vinculação dos atos regulamentares oriundos das agências; mas uma coisa é certa; elas estão cada vez mais usando de forma abusiva o poder que lhes foi conferido.

Outra preocupação que deve também ser analisada refere-se basicamente aos mecanismos de controle dessas normas regulamentadoras criadas em série. Enquanto as leis editadas pelo Congresso Nacional passam por um rígido controle de constitucionalidade, exercido tanto internamente por meio das comissões de constituição e justiça (feito *a priori*) como através do Judiciário, seja pela via difusa ou pela via concentrada (*a posteriori*), as normas editadas pelas agências não passam por nenhum tipo de filtro.

De modo geral o que ocorre é um controle realizado *a posteriori* e unicamente pelo Judiciário que, todavia, é insuficiente para resguardar a sociedade da expedição de regulamentos nitidamente inconstitucionais e lesivos que, eventualmente, possam ser instituídos. Em adição, cabe salientar que há sempre a dificuldade do juiz em ana-

lisar casos fundados em um conhecimento extremamente técnico e específico, assim como o fato de que a decisão judicial proferida no processo dificilmente terá efeitos que exorbitem a esfera jurídica das partes, salvo os casos das ações coletivas que, mesmo assim, dizem respeito a um núcleo específico de cidadãos, não abarcando a coletividade como um todo.

Em síntese, a produção normativa das agências segue sem qualquer tipo de controle suficientemente forte para evitar abusos e resguardar a população de regulamentos que não condizem com a sua necessidade e a realidade do setor regulado. Infelizmente, não existe um meio de controle que seja rápido e eficiente, assim como dotado de amplo aparelhamento técnico-científico para apreciar a matéria e cujos atos decisórios sejam extensíveis a todos.

Vale também lembrar que o processo de escolha dos dirigentes das entidades em estudo é mais uma razão que justifica a necessidade de um sistema de controle mais eficaz na edição de regulamentos.

Apesar de esses dirigentes exercerem um mandato fixo, não sendo possível a sua demissão *ad nutum*, são nomeados pelo Presidente da República após a aprovação do Senado Federal, de maneira que irão inevitavelmente representar os interesses do segmento político ao qual pertencem, o que pode gerar desvios indesejáveis na conduta administrativa. Assim, é necessário questionar até que ponto as agências atuam com autonomia e independência.

Em continuidade, embora seja patente a existência de alguns empecilhos, o Judiciário tem tomado para si a função de controle da legalidade dos atos emanados pelas agências reguladoras.

Durante vários anos, vigorou o entendimento de que a intervenção jurisdicional estaria limitada ao aspecto formal do ato administrativo, ou seja, toda forma de intervenção que ultrapassasse os limites da análise da formalidade do ato demonstraria um sério desrespeito ao princípio da separação dos Poderes. Contudo, o que se vê atualmente é um controle jurisdicional da atividade administrativa cada vez mais amplo, evoluindo de uma mera aferição da legalidade para o controle da constitucionalidade do ato.

Assim, o controle judicial dos atos administrativos passa também a englobar o atendimento pelo administrador dos demais princípios constitucionais que regem a atividade administrativa, não ficando tal análise restrita ao princípio da legalidade. Um exemplo disso é a legitimidade do Judiciário para coibir ou desfazer atos abusivos ou praticados com desvio de poder.

Conclui-se então que, quanto aos regulamentos editados pelas agências, cabe ao Poder Judiciário, quando provocado, o exame dos atos tomando por base, entre outros aspectos, o princípio da proporcionalidade. Assim leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro sobre o princípio da proporcionalidade:

Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige *proporcionalidade* entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto. Com efeito, embora a norma legal deixe um espaço livre para a decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução (cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, in *RDP* 65/27). Se a decisão é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade. (DI PIETRO, 2003, p. 81, grifo nosso).

Em suma, o magistrado pronunciar-se-á acerca de possíveis excessos cometidos pela agência reguladora no uso da sua competência normativa abstrata, verificando também a própria constitucionalidade desses atos, agindo assim como última, e em alguns casos única, instância de proteção da coletividade de possíveis “abusos normativos” cometidos pelas referidas entidades.

4. Conclusão

Não resta dúvida de que a atuação das agências reguladoras brasileiras padece de uma falta de fiscalização de seus atos, o que vem resultando em um excesso normativo, assim como a criação de regulamentos que exorbitam as competências delegadas por lei, em patente desobediência aos princípios regentes da Administração. Essa situação é cada vez mais nítida e causa preocupação tanto ao governo como à população em geral.

O controle da legalidade de tais atos é ainda insuficiente para garantir que se encontram de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, assim como se visam ao atendimento do interesse público.

O Judiciário tem tentado fazer esse papel de órgão fiscalizador dos atos administrativos oriundos das agências, contudo enfrenta dificuldades para analisar questões de ordem eminentemente técnica, cujo estudo é fundamental para a prolação de uma sentença passível de dar fim ao conflito.

Uma forma de dar solução a esses problemas seria o estabelecimento, por meio de lei, de limites rígidos do poder regulamentar das agências reguladoras, não deixando margem de interpretação para o administrador e prevenindo assim uma “enxurrada” de regulamentos de legalidade duvidosa e a consequente atuação emergencial do Judiciário para resguardar os direitos da população e dos agentes regulados.

5. Referências bibliográficas

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo moderno*. São Paulo: Malheiros, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Tradução Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Lei nº 9.427, de 26/12/1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9427cons.htm>. Acesso em: 18 abr. 2011.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Lei nº 9.472, de 16/07/1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e o funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9472.htm>>. Acesso em: 18 abr. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 abr. 2011.