

**CENTRO UNIVERSITÁRIO SÃO JOSÉ
CURSO DE DIREITO**

CAMILA DA SILVA DOS SANTOS

**A CONSTITUCIONALIDADE DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS
REGULADORAS**

Rio de Janeiro

2024.2

A Constitucionalidade do Poder Normativo das Agências Reguladoras
The Constitutionality of the Regulatory Agencies' Normative Power

Nome do(a) autor(a): Camila da Silva dos Santos. Graduanda em Direito pelo Centro Universitário São José. E-mail: camila.ssc1999@gmail.com.

Orientador: Sérgio Expedito Machado Mouta. Mestre em Direito pela Universidade Cândido Mendes (2006). Professor da Faculdade Mackenzie Rio e da Faculdade São José. Advogado. Possui experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal, Processual Penal e Direito Público.

Rio de Janeiro

2024.2

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo avaliar a constitucionalidade do poder de regulação das agências reguladoras no Brasil, considerando a competência privativa do Chefe do Poder Executivo, conforme a Constituição Federal. A pesquisa analisa as atribuições das agências, que têm o poder de editar normas secundárias com força de lei, e discute a compatibilidade dessa atuação com a função regulatória exclusiva do Executivo, conforme o artigo 84, IV, da Constituição.

O estudo também aborda o controle judicial das normas infralegais dessas agências, destacando a necessidade de subordinação à Constituição e às leis federais. Conclui-se que, embora as agências desempenhem um papel essencial na regulação setorial, sua atuação deve ser limitada para garantir a supremacia do interesse público e o respeito aos princípios constitucionais.

Palavras-chaves: Agências reguladora. Constitucionalidade. Poder Executivo.

ABSTRACT

This paper aims to evaluate the constitutionality of the regulatory power of regulatory agencies in Brazil, considering the exclusive competence of the Head of the Executive Branch, as outlined in the Federal Constitution. The research analyzes the agencies' responsibilities, which include the power to issue secondary regulations with the force of law, and discusses the compatibility of this role with the Executive's exclusive regulatory function, as per Article 84, IV, of the Constitution.

The study also addresses the judicial oversight of these agencies' secondary regulations, emphasizing the need for compliance with the Constitution and federal laws. The conclusion is that, although regulatory agencies play an essential role in sectoral regulation, their actions must be limited to ensure the supremacy of public interest and respect for constitutional principles.

Keywords: Regulatory agencies. Constitutionality. Executive Power.

INTRODUÇÃO

Em meados da década de 90, empondera-se no Brasil a ideia de Estado Regulador, adjunto ao movimento de desestatização introduzido no Governo Collor de Mello e consolidado no Governo FHC. Diante do panorama de delegação do exercício da prestação de serviços públicos à particulares, função esta que outrora era de competência exclusivamente estatal, o professor Sérgio Guerra, indica a instituição de uma ferramentas eficaz para a fiscalização das atividades destes novos prestadores de serviço (GUERRA, 2014).

Diante disso, entidades estatais, hierarquizados num sistema burocrático não seriam cabíveis para gerir as singularidades da matéria econômica em consonância com a complexidade social. Neste contexto, ocasionado pela urgência de atender aos requisitos concomitantes a esta demanda, instituiu-se no Brasil as agências reguladoras, sob a égide de autarquias de regime especial, “destinadas a regulamentar, controlar e fiscalizar a execução de serviços públicos transferidos para o setor privado” (BRASIL, Senado Federal. Manual de Comunicação Online, 2024).

Assim, segundo Guerra, visando a eficiência no desempenho funcional destes entes, suas atribuições foram providas de significativa autonomia, sendo-lhes guarnecidos dos poderes fundamentais para operacionalizar a gestão da prestação das atividades públicas. Dentre estes poderes, estas agências foram dotadas do exercício do Poder Normativo, em detrimento da ideia de que por meio deste, se manifestaria o Princípio da Supremacia do Interesse Público, teoricamente regido pela finalidade de atender as necessidades da sociedade (GUERRA, 2014).

Paralelamente, cabe ressaltar que o poder regulamentar foi, no princípio, idealizado como atribuição privativa dos Chefes do Poder Executivo. Nesse sentido, surge o questionamento acerca da constitucionalidade da atribuição de regulação, do ente da Administração Pública, na desempenho de editar normas a serem seguidas pelos indivíduos regulados, no sentido de se haver um conflito frente às atividades de responsabilidade privativas do Presidente da República.

Neste cenário, a constituição do poder normativo das agências reguladoras é um reflexo da necessidade de conferir a essas entidades instrumentos legais para a regulação das áreas sob sua competência. Como aponta Guerra (2014), o poder normativo atribuído às agências é fundamental para a concretização do Princípio da Supremacia do Interesse Público, já que essas entidades devem responder rapidamente às necessidades de regulação de setores econômicos dinâmicos e de grande complexidade, como energia, telecomunicações e saúde. Ao permitir que as agências possam criar normas específicas, adaptadas à realidade do setor regulado, o sistema busca garantir uma prestação de serviço público eficiente e compatível com as exigências do mercado e da sociedade.

Assim, a atribuição de poder normativo às agências reguladoras, ao mesmo tempo em que oferece uma ferramenta eficaz de gestão, também exige uma reflexão sobre os limites e controles necessários para evitar abusos de poder e garantir que a atuação dessas entidades esteja sempre em consonância com a Constituição e com os princípios do Estado Democrático de Direito. O controle judicial e o diálogo constante com os demais Poderes são elementos essenciais para equilibrar a autonomia das agências e a necessária fiscalização sobre suas ações.

OBJETIVOS

OBJETIVO GERAL

Avaliar a constitucionalidade do poder de regulação das agências reguladoras no Brasil, frente às atividades de competência privativa do Chefe do Poder Executivo no Brasil, na busca de garantir a Supremacia do Interesse Público e o bem-estar social.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Analisar o Poder Regulamentar no Brasil, bem como a atuação do poder de regulação por parte das Agências Reguladoras;
- Compreender a atuação das Agências Reguladoras no exercício do seu Poder Normativo;
- Avaliar o conflito entre os Poderes incumbidos às Agências frente às atividades privativas do Chefe do Poder Executivo, na garantia do interesse público.

JUSTIFICATIVA

A regulação, de forma geral, trata-se de um componente imprescindível do ordenamento jurídico do Estado, pois por meio deste são estabelecidas diretrizes e limites para as atividades e decisões, de modo a promover o equilíbrio social.

Diante disso, considerando a atuação normativa das agências no desempenho da fiscalização e regulação, paralelamente ao exercício do poder regulamentar exercido pelo Chefe do Executivo no país, nos cabe, quanto sociedade prezar pela preservação da Supremacia do Interesse Público.

Visto que, quanto ao exercícios destes poderes, denota-se que as escolhas que são tomadas refletem diretamente em todas as esferas sociais, de modo que, influem diretamente na vida de cada indivíduo da sociedade.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

NATUREZA JURÍDICA DA AGÊNCIA REGULADORA

Segundo o professor Sérgio Guerra, frente as particularidades das agências reguladoras, bem como todas as interpretações doutrinárias acerca de suas atribuições, poderes, tarefas e ainda, as vias incumbidas às agências para que estas efetuem a regulação, foi elaborado um anteprojeto objetivando esclarecer e enfatizar, com a devida transparência, o conjunto de regras de gestão e atuação destas autarquias especiais (GUERRA, 2016).

Diante disso, denotou o atual presidente do Supremo Tribunal de Justiça Luís Roberto Barroso, no dispositivo supracitado, a natureza jurídica das agências, de modo que tratam-se de entidades da Administração Pública indireta, regidas pelo regime autárquico especial, "dotadas de competências de normatização, de fomento, de fiscalização, de resolução de controvérsias e de aplicação de sanções, na forma de legislação específica" sendo atribuídas a concretização de políticas públicas setoriais (BARROSO, 2002).

FUNÇÃO DA AGÊNCIA REGULADORA

Considerando a amplitude dos gêneros de agências no Brasil, concomitante a perspectiva de notar as semelhanças entre elas, o Ministro Luís Roberto Barroso considera que, atribuiu-se uma coletividade variada de funções às agências reguladoras no país, decorrente da particularidades de cada uma delas (BARROSO, 2002).

Nesse sentido, Barroso cita algumas destas atribuições, como o controle de tarifas, visando garantir determinado equilíbrio econômico e financeiro do contrato, a universalização dos serviços, buscando alcançar o máximo de grupos sociais (BARROSO, 2002).

Ademais, o Ministro cita também, o fomento da competitividade gerado por essas autarquias, em um combate de monopólio natural de determinadas regiões, a função de fiscalização do cumprimento do contrato de concessão e, ainda, "arbitramento dos conflitos entre as diversas partes envolvidas, consumidores do serviço, poder concedente, concessionários, a comunidade como um todo, os investidores potenciais etc." (BARROSO, 2002).

PODERES ADMINISTRATIVOS: REGULAMENTAR E NORMATIVO

Aponta Dinorá Adelaide Musetti Grotti, doutora e professora da Universidade de São Paulo, que as agências reguladoras desenvolvem o exercício de um vasto poder normativo, "o poder de editar normas, com a mesma força de lei e com base em parâmetros, conceitos indeterminados, padrões abstratos, e genéricos, outorgado pelos diversos diplomas legais que as têm constituído" (GROTTI, 2012, p.893).

Ademais, para Grotti, observa que as normas criadas pelas agências reguladoras frequentemente são baseadas em parâmetros abstratos e conceitos indeterminados, o que confere uma grande flexibilidade ao processo regulatório. Essa flexibilidade permite que as agências adaptem suas decisões às necessidades específicas de cada setor, ajustando-as de acordo com a dinâmica do mercado e com os avanços tecnológicos. No entanto, essa autonomia e poder normativo também impõem desafios em termos de controle e transparência, já que as normas geradas por essas entidades podem afetar diretamente as relações de mercado e os direitos dos cidadãos.

Concomitantemente, a Dra. em Direito Joyceane Bezerra aponta que, "o exercício do poder normativo por estas agências têm gerado debates doutrinários", principalmente, no que tange o possível incompatibilidade com o princípio da legalidade e ao princípio da separação de poderes, frente a constitucionalidade da delegação de tantas competências aos entes reguladores autônomos.

Paralelamente, para Di Pietro, cita que o poder regulamentar refere-se à competência atribuída ao chefe do Poder Executivo para editar normas que detalham e concretizam as leis, com o objetivo de torná-las viáveis na prática. Já o poder normativo é característico de órgãos ou entidades administrativas, como as agências reguladoras, que têm a capacidade de editar normas técnicas e regulamentares em sua área de atuação, visando à regulação e supervisão de setores específicos da economia ou serviços públicos.

PODER NORMATIVO E CONSTITUCIONALIDADE

Segundo o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, o poder normativo é a capacidade que determinados órgãos da Administração Pública, como as agências reguladoras, possuem para editar normas que visam regulamentar leis e detalhar disposições legais. Contudo, esse poder, embora essencial para a execução e regulação de políticas públicas, deve respeitar os limites impostos pela

Constituição, uma vez que a validade dessas normas depende de sua conformidade com os princípios e direitos fundamentais consagrados na Carta Magna.

Desse modo, o enfoque central gira em torno de até que ponto as agências reguladoras podem “legislar” por meio de normas secundárias e infralegais, de modo a não constituir uma violação à reserva de competência legislativa prevista na Constituição.

Nesse sentido, a Constituição Federal estabelece que a competência legislativa é de responsabilidade do Congresso Nacional e, assim, cabe ao Poder Executivo, no exercício de sua função regulamentadora, apenas “destrinchar” a lei (Art. 84, IV da Constituição Federal).

Diante disso, as agências reguladoras não podem criar normas que excedam o escopo daquilo que lhes foi delegado pelo legislador, ou seja, não podem substituir a função legislativa ou criar normas gerais em respaldo legal.

De modo que, Celso Antônio Bandeira de Mello, aponta que as agências estão sujeitas ao controle judicial, indicando que suas normas poderão ser questionadas, caso ultrapassem o limite de sua competência, ou infrinjam princípios constitucionais, como a segurança jurídica, a proteção dos direitos fundamentais e a legalidade.

Sérgio Guerra, em sua obra "Processo Administrativo nas Agências Reguladoras: uma proposta de disciplina legislativa", aborda de maneira detalhada o papel dessas agências na criação de normas técnicas e regulamentares, destacando que, embora não possuam poder legislativo, as agências têm a competência para criar normas com força de lei no âmbito de sua atuação.

Concomitantemente, Guerra aponta que, esse poder normativo é imprescindível para garantir que as políticas públicas voltadas à regulação de determinados setores sejam implementadas de forma eficaz e ajustada às especificidades de cada área. As agências podem, portanto, expedir normas infralegais, regulamentos e decisões normativas que, além de detalharem as leis, criam obrigações diretas para os regulados e asseguram a implementação das políticas do governo

Por fim, o economista ratifica que, contudo, o exercício do poder normativo das agências reguladoras não é absoluto. Deve ser exercido dentro dos limites estabelecidos pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, respeitando os princípios da legalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Guerra enfatiza que, para que esse poder seja legítimo e eficaz, é fundamental que as agências atuem com transparência, assegurando a participação da sociedade e dos agentes regulados no processo de elaboração das normas.

PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL

O autor Sérgio Guerra, destaca sobre a necessidade de uma regulamentação mais detalhada da atuação das agências reguladoras, a fim de garantir maior clareza e transparência nas suas ações. E, assim, o jurista defende a adoção de um marco normativo que permita uma supervisão mais eficiente das atividades dessas entidades, assegurando que sua atuação seja compatível com os princípios e valores consagrados na Constituição Federal.

Ademais, segundo Guerra, as agências devem seguir os parâmetros estabelecidos pela Constituição, garantindo a atuação em conformidade com os valores democráticos e respeitando as limitações de sua competência, com vistas a evitar a concentração de poder e a interferência indevida no mercado. Assim, as agências reguladoras não atuam de maneira isolada ou arbitrária, mas dentro de um equilíbrio que preserva os direitos dos indivíduos e a ordem econômica e social do país.

Cabe destacar, a grande relevância do fato de o Supremo Tribunal Federal (STF) vir se manifestando em algumas ocasiões sobre a matéria em questão, afirmando, bem como o autor Sérgio Guerra, que o poder normativo das agências reguladoras deve ser aplicado de forma subordinada à Constituição e às leis.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1945 foi um marco importante para a definição dos limites do poder normativo das agências reguladoras no Brasil. A ação foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e teve como redator o Ministro Dias Toffoli, tratando da questão da delegação normativa atribuída às agências reguladoras e a extensão dessa delegação dentro dos limites da Constituição.

A referida ADI, possui como objeto central a análise da constitucionalidade de normas infralegais emitidas pelas agências reguladoras e sua conformidade com a Constituição Federal. O STF discutiu se as agências tinham a autoridade para criar normas que poderiam, eventualmente, se sobrepor ou entrar em conflito com as leis federais ou até mesmo com a Constituição.

Em sua decisão, o STF estabeleceu que, embora as agências reguladoras tenham competência para editar normas infralegais no exercício de suas funções regulatórias, essas normas “não podem contrariar a Constituição ou as leis federais”. Ou seja, a delegação normativa feita pelo Congresso Nacional para as agências deve respeitar o princípio da legalidade, segundo o qual qualquer norma infralegal criada pelas agências deve estar em conformidade com as normas superiores, especialmente a Constituição.

Por fim, O Ministro Dias Toffoli, em seu voto, enfatizou que a atuação das agências deve ser sempre orientada pelo interesse público e pelos parâmetros constitucionais. Assim, a regulação, embora sendo uma atividade técnica e especializada, não pode se sobrepor aos princípios constitucionais que protegem os direitos fundamentais, a separação dos poderes e a autonomia das esferas de governo. Além disso, a intervenção estatal, por meio das agências reguladoras, deve sempre buscar promover a eficiência e a justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabe-se que as agências reguladoras desempenham um papel crucial no ordenamento jurídico e na administração pública brasileira, sendo dotadas de uma natureza jurídica específica como autarquias especiais que operam sob um regime de Administração Pública indireta. De modo que, atuam na regulação de setores estratégicos da economia e implementação de políticas públicas setoriais.

No entanto, o exercício do seu poder normativo, exige uma análise cuidadosa sobre a compatibilidade com os princípios constitucionais, especialmente no que diz respeito à separação dos poderes e ao princípio da legalidade. Ressaltando que, as agências não possuem competência para legislar, sendo sua atuação limitada àquilo que lhes foi delegada pela legislação, sem ultrapassar os limites estabelecidos pela Constituição.

Desse modo, o controle judicial das normas editadas pelas agências reguladoras é essencial para garantir que suas atuações respeitem os parâmetros legais e constitucionais. A Constituição (art. 84, IV) confere ao Poder Executivo o papel de regulamentar as leis, enquanto a função legislativa cabe ao Congresso Nacional, onde, qualquer norma infralegal editada pelas agências deve ser compatível com as leis federais e com a Constituição.

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal tem reiterado a necessidade de as normas infralegais criadas pelas agências reguladoras se submeterem ao controle de constitucionalidade e legalidade, como demonstrado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945. O STF reafirma que a intervenção estatal por meio das agências deve ser realizada dentro dos parâmetros da Constituição, com o objetivo primordial de atender ao interesse público e garantir o funcionamento eficiente e justo dos serviços regulados.

Ressalta-se que as agências reguladoras possuem um papel vital no sistema constitucional brasileiro, mas sua atuação deve ser sempre pautada pela legalidade e pelos princípios constitucionais, respeitando os limites da delegação normativa que lhes é conferida e garantindo que o interesse público seja sempre priorizado.

Paralelamente, portanto, é fundamental que o processo de elaboração normativa nas agências reguladoras seja pautado pela transparência e pela participação social. As decisões normativas das agências, embora com poder normativo e com efeitos diretos sobre os setores regulados, não podem ser tomadas de maneira unilateral ou arbitrária. Pelo contrário, elas devem observar mecanismos de

consulta e participação pública, conforme previsto na Constituição e na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Desse modo, assegura-se que as normas criadas não apenas atendam aos interesses técnicos e econômicos do setor, mas também estejam alinhadas com os direitos e expectativas da sociedade. O controle social sobre as decisões dessas entidades contribui para um ambiente regulatório mais democrático e transparente, evitando abusos de poder e garantindo maior legitimidade às suas ações.

Por fim, deve-se reconhecer que, embora o controle judicial seja imprescindível para a salvaguarda dos princípios constitucionais, ele não pode ser excessivamente restritivo, a ponto de paralisar ou prejudicar a atuação das agências reguladoras. O equilíbrio entre o controle judicial e a autonomia técnica das agências é essencial para que estas possam cumprir sua função regulatória de forma eficaz e em conformidade com o interesse público, restando esse equilíbrio como peça fundamental para assegurar que as agências cumpram seu papel no desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, promovendo uma regulação justa e eficiente nos setores estratégicos da economia.

REFERÊNCIAS

BEZERRA DE MENEZES, Joyceanne. **Poder Regulamentar da Agências Reguladoras**. Revista de Curso de Magistrado em Direito da UFC. Fortaleza, v.24, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Processo administrativo nas agências reguladoras: uma proposta de disciplina legislativa**. 2012. p. 893.

GOURLART VIEIRA, Anna Clara. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. 2015. Folhas: 16. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

GUERRA, Sérgio. **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

GUERRA, Sérgio. **Processo Administrativo nas Agências Reguladoras: uma proposta de disciplina legislativa**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre. **O poder Normativo das Agências Reguladoras Independentes e o Estado democrático de Direito**. Revista de Informações Legislativas. Brasília, a.37, n.148, out./dez., 2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 1.945**; Relator: Ministra Cármen Lúcia; Redator: Ministro Dias Toffoli; Julgado em 24/05/2021; Publicado em 20/05/2021.

WALD, Arnaldo. RANGEL DE MORAES, Luiza. **Agências Reguladoras**. Revista de Informações Legislativas. Brasília, a.36, n.141, jan./mar., 1999.