



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*

DIREITO PÚBLICO

RAISSA AMABILE FIGUEIREDO AMADO

O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA SEGURANÇA JURÍDICA

Salvador
2017

RAISSA AMABILE FIGUEIREDO AMADO

**O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS
FEDERAIS E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA
SEGURANÇA JURÍDICA**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de
Direito e Gestão como requisito parcial para a
obtenção de grau de Especialista em Direito Público.

Salvador
2017

RAISSA AMABILE FIGUEIREDO AMADO

**O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS
FEDERAIS E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA
SEGURANÇA JURÍDICA**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau Especialista em Direito público, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____ / ____ / 2017

Dedico o presente trabalho a todos que acreditaram em mim ao longo desta trajetória. Especialmente aos meus pais, meus irmãos, minhas cunhadas e meu namorado pelo apoio constante a cada etapa ultrapassada.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Gabriel Marques por ter me ensinado os caminhos necessário para o aperfeiçoamento e melhoria do presente trabalho, possibilitando a concretização desta pesquisa, através de uma dedicada orientação. Agradeço pela atenção e, sobretudo, pelo incentivo.

À professora Ana Carolina, pelas orientações fornecidas para efetivação do trabalho, mormente, por sua leitura incansável, estando sempre disposta a ajudar.

Aos meus pais, irmãos, amigos e namorado, por estarem sempre presentes ao meu lado, ajudando-me em tudo que estiver aos seus alcances.

Ao Professor Lucas Hayne, designo um especial agradecimento pelo auxílio e incitamento indispensáveis à conclusão desta monografia.

Aos professores da pós-graduação realizada na Faculdade Baiana de Direito que em brilhantes exposições nortearam o estudo do Direito Público e, conseqüentemente, da Constituição Federal de 1988, bem como transmitiram os anseios dos princípios e fundamentos constitucionais sobre os demais ramos do direito, em especial no Direito Administrativo.

Enfim, para não incorrer em deslealdade, agradeço a todos aqueles que de alguma maneira colaboraram para o desfecho dessa monografia.

RESUMO

No tocante ao poder normativo das agências reguladoras, este trabalho anseia evidenciar a necessidade de mudanças na atual forma de regulação dos setores econômicos que influenciam diretamente nas relações sociais. Assim, em razão da importância do tema a presente pesquisa tem por escopo analisar o poder normativo das agências reguladoras frente aos princípios da legalidade e da segurança jurídica, uma vez que tratam-se de princípios fundamentais constitucionais, pilares, do Estado Democrático de Direito e indispensável ao Estado Regulador. Desse modo, faz-se necessário averiguar as características peculiares das agências reguladoras instituídas no Brasil e a necessidade de uma de padronização das condutas destes, por meio do estabelecimento de um regramento geral. Nesse caso, será realizado uma análise crítica do Projeto de Lei nº 3.337/2004 que almeja instituir uma norma geral que regerá as agências reguladoras no Brasil. Assim sendo, é inegável a importâncias da função normativa, fiscalizadora e de controle despenhado pelas agências reguladoras para os setores econômico e para a sociedade como consumidoras destes serviços regulados. Portanto é indispensável que as funções destes entes reguladoras estejam submetidas a formalidades procedimentais, para assim garanti a sociedade segurança jurídica quanto aos seus atos.

Palavras chaves: Agências reguladoras; poder normativo; princípio da legalidade; princípio da segurança jurídica; Projeto de Lei nº 3.337/2004.

LISTA DE ABREVIATURA

PDRE – Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado

PND – Plano Nacional de Desestatização

CFRB/1988 – Constituição Federal da República do Brasil de 1988

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 PRINCÍPIOS JURÍDICOS E CONSTITUCIONAIS	12
2.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	14
2.2 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	19
2.3 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS O ESTADO REGULADOR E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA SEGURANÇA JURÍDICA	25
3 AGÊNCIAS REGULADORAS	30
3.1 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO DO SURGIMENTO NO BRASIL	30
3.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	36
3.2.1 Autonomia administrativa e o fenômeno da “captura”	37
3.2.2 Autonomia técnica e a impossibilidade de recurso hierárquico Improprio	40
3.3 CONTROLE DA ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	42
3.3.1 Controle social com garantia do exercício da cidadania	42
3.3.2 Controle exercido pelo Poder Executivo	44
3.3.3 Controle exercido pelo Poder Legislativo	45
4 PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	48
4.1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES DO ESTADO E O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	51
4.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A LEGITIMIDADE DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	55
4.3 CRÍTICAS AO PODER NORMATIVO FACE AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	58
4.4 BREVE ANÁLISE AO PROJETO DE LEI 3.337/04	62
5 CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS	70

1 INTRODUÇÃO

Com o colapso da política do Estado do Bem-Estar Social e o advento do Estado Regulador, foi implementado no ordenamento jurídico brasileiro o instituto das agências reguladoras, cujo objetivo era regular as atividades econômicas antes exercida pelo Estado.

O Estado do Bem-Estar Social tinha como função garantir o interesse público e os direitos fundamentais dos cidadãos, por este motivo, passou a ter como principal função a promoção direta de bens e serviços à população.

Ocorre que a função atribuída ao Estado do Bem-Estar Social, com o passar do tempo, se tornou um fardo pesado para o próprio Estado, que não tinha mais condições de prover os serviços públicos com eficiência em razão do alto custo e da falta de recursos para tanto.

Assim o Estado do Bem-Estar Social passou a sofrer uma forte crise fiscal que impossibilitou o custeio das despesas básicas dos cidadãos, contribuindo assim para uma crescente desigualdade social.

Além da falta de controle da economia interna, o Estado do Bem-Estar Social também não conseguia acompanhar os avanços da informatização e da globalização que exigia um novo comportamento dos Estados, estabelecendo uma política de integração das economias ao mercado mundial.

Portanto, na busca de recuperar a economia do Brasil que se encontrava em constante declínio, foi instituído no Brasil a política do Estado Regulador que incentivou a desestatização atribuindo a iniciativa privada a possibilidade de desenvolver as atividades essenciais que antes eram desempenhadas, exclusivamente, pelo Estado.

Neste cenário, surgem as agências reguladoras no Brasil, que foi um modelo de regulação econômica importado do ordenamento jurídico norte americano, e se mostrou indispensável ao equilíbrio e ao desempenho eficiente das atividades delegadas as empresas privadas e a satisfação da sociedade como destinatárias destes serviços.

O Estado, a partir de então, deixa de ser executor direto dos serviços e bens prestados à sociedade e passa a ser regulador. Para tanto, passou a ser impreterível a atuação das agências reguladoras, como forma de garantir o bom desempenho das atividades públicas.

Cumprir destacar que as agências reguladoras são entidades autárquicas em regime especial, pertencentes a Administração Pública Indireta que atuam no âmbito do Poder Executivo, e desempenham a função normativa, fiscalizadora e controladora dos serviços delegados a iniciativa privada.

Dentre as funções desempenhadas pelas agências Reguladoras, o poder normativo é a mais controvertida na doutrina e será o objeto central da presente pesquisa.

É inegável que o excesso de produção de normas reguladoras editada pelas agências reguladoras gerou um certo desconforto na sociedade, que, passou a questionar a legalidade e a constitucionalidade destes regulamentos.

A insatisfação e inquietudes da população quanto a produção destes regulamentos são consequências da facilidade e velocidade que estas normas são introduzidas e retiradas no ordenamento jurídico brasileiro. Tal fato tem gerado para a população uma sensação e um sentimento de insegurança jurídica, que vem refletindo negativamente na economia e nas relações sociais.

Assim, atualmente, existem fervorosas discussões acerca dos limites quanto poder normativo desempenhado pelas agências reguladoras, bem como em relação a autonomia destes entes e as formas de controle que são exercidas sobre seus atos.

Nesta esteira, a presente pesquisa fará uma análise do poder normativo das agências reguladoras federais sob ótica do princípio da legalidade e da segurança jurídica.

Deste modo, inicialmente, será realizada uma breve explanação dos princípios jurídicos e constitucionais e da importância do princípio da legalidade e da segurança jurídica no âmbito da administração pública para o Estado regulador.

Em seguida será realizada uma síntese da contextualização histórica do surgimento das agências reguladoras no Brasil, de maneira que será estudada as principais características destes entes, onde será destacado, em especial, sua autonomia administrativa e o fenômeno da captura, além da autonomia técnica de seus dirigentes e a impossibilidade de interposição de recurso hierárquico contra as suas decisões. Serão, ainda, abordadas as formas de controle e sua importância para o desempenho da função normativa e regulamentar.

Além disso, será estudado o poder normativo das agências reguladoras, ressaltando, inicialmente, a diferença entre poder regulador e poder regulamentar, demonstrando, ainda, que o poder normativo não afronta nem se mostra contrário ao

princípio da separação dos poderes e ao princípio da legalidade, não sendo possível, porém, afirmar o mesmo em relação ao princípio da segurança jurídica, face as constantes mudanças e a intensa produção de normas reguladoras que tem contribuído para o enfraquecimento da credibilidade do poder normativo destes entes.

Por fim, será feita uma breve análise do Projeto de Lei nº 3.337/04 que busca estabelecer uma norma geral para as agências reguladoras, garantindo, assim, aos usuários e aos setores econômico o devido processo legal e uma maior segurança jurídica no que tange as decisões e a produção normativa destes entes.

2 PRINCÍPIOS JURÍDICOS E CONSTITUCIONAIS

Antes de adentrar ao conceito de princípios jurídicos, é de grande valia, inicialmente, realizar uma breve explanação quanto ao significado da palavra “princípio”.

A definição da palavra “princípio” presente no dicionário de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (1986, p.1393) apresenta os seguintes significados:

Princípio. [Do lat. *principiu.*] S. m 1. Momento ou local ou trecho onde algo tem origem. 2. causa primária. 3. Elemento predominante na constituição de um corpo orgânico. 4. preceito, regra, lei. 5. *P. ext.* base; germe. 6. *Filos.* Fonte ou causa de uma ação. 7. *Filos.* Proposição que se põe no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável.

Logo, pode se depreender da definição acima que, o significado da palavra “princípio” é o mesmo que “origem” ou “início de algo”, ou seja, é o direcionamento para a criação de determinada coisa.

Assim, no campo das ciências jurídicas, o princípio pode ser compreendido como a raiz ou a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos, ideologias ou construção de normas.

Deste modo, De Plácido e Silva (2008, p.1096), atribui a definição de princípios, sob a ótica jurídica, nos seguintes termos:

Princípios. No sentido, notadamente, no plural significa as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Deste modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica. Mostram-se a própria razão fundamental de ser da coisa jurídica, convertendo-as em perfeitos axiomas. Princípios jurídicos, sem dúvida, significam, os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito.

Na definição supracitada, o autor, informa que os princípios se apresentam, no ordenamento jurídico, como algo mais importante do que a própria norma ou regra jurídica, salientando, ainda, que os princípios jurídicos são vitais ao direito como um todo.

Isto posto, os princípios fundamentais, por sua abrangência e por serem mais generalistas, ocupam uma posição de excelência no ordenamento jurídico e por este motivo vincula-se a toda e a qualquer norma (CARRAZZA, 2002, p.33).

Os princípios, na sua concepção clássica, apenas eram orientadores do ordenamento jurídico brasileiro, porém, com a evolução da sociedade e do direito, foi necessário atribuir um caráter normativo aos princípios, para que tivessem aplicabilidade direta e imediata (BARROSO et al., 2003, p.142).

A própria Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, em seu art. 4º estabelece que: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, ou seja, atribui aos princípios força normativa capaz de solucionar conflitos que a lei não preveja.

É de grande valia, no entanto, ressaltar que a doutrina costumeiramente, realiza distinções entre princípios e regras, contudo, os critérios utilizados para tanto, não são uníssonos.

Para J.J. Gomes Canotilho (1997, p.1255) os princípios são vagos e independentes, ao tempo em que, as regras são mais precisas e devem ser aplicadas diretamente.

Por ora, nos ensinamentos de Humberto Ávila (2005, p.31-32), as regras são normas descritivas que estabelecem as condutas dos indivíduos, já os princípios são normas finalísticas as quais estabelecem um estado de coisas e determina comportamentos.

Sendo assim, é possível constatar que a distinção, realizada pela doutrina entre regras e princípios é algo bastante complexo, principalmente, pelo fato dos autores se utilizarem de parâmetros distintos, o que, inviabiliza uma definição universal do tema.

Realizada a distinção entre regras e princípios é de grande relevância, neste momento, retratar dos princípios constitucionais e da sua importância ao sistema jurídico.

Nos dizeres de Luís Roberto Barroso (1999, p.147-149):

Os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie [...]. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais

que costuram suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos.

Ruy Samuel Espíndola (2003, p.82), por sua vez, conceitua os princípios constitucionais como aqueles que apresentam o maior grau de normatividade, destacando, ainda, que estes princípios são responsáveis para garantir o Estado de Direito, já que positivam valores éticos, políticos e jurídicos que são mecanismos ordenadores da sociedade.

Vale, por oportuno, salientar que existem princípios constitucionais materiais, que são aqueles expressos ou implícitos na Constituição, e os princípios jurídicos constitucionalizados, que são aqueles que existem nos mais diversos ramos do direito, porém, foram recepcionados pela Constituição. Não existe, no entanto, qualquer outra distinção relevante entre estes princípios posto que tanto os princípios constitucionais quanto os constitucionalizados, são dotados da supremacia caracterizadora das disposições constitucionais (SILVA, 2014, p.631).

Por ora, como todo ramo do direito é regido por princípios, na Administração Pública, tal regra não seria diferente, muito pelo contrário, até mesmo porque, em razão da relevância e importância destes ramos do Direito para a sociedade, grande parte de seus princípios norteadores foram recepcionados pela CF/1988, a exemplo dos princípios da legalidade e da segurança jurídica que serão abordados nas seções seguintes.

2.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como dito na seção anterior, o princípio da legalidade é qualificado como um princípio jurídico constitucional e, como tal, se mostra indispensável a sociedade e ao ordenamento jurídico.

Por ser um princípio jurídico, Diana Helena de Cássia Guedes Mármora Zainaghi (2005, p.115), o qualifica como sendo o “alicerce do próprio Direito, o seu elemento vital, a própria razão fundamental de ser das coisas jurídica”.

Assim, além de ser o elemento vital do Direito, o princípio da legalidade, se constitui como “nota essencial do Estado de Direito. É também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, portanto é da essência do seu

conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática” (SILVA, 1996, p. 400).

Desta maneira, é inegável que, o princípio da legalidade jurídica desempenha um papel fundamental no Estado Democrático de Direito, posto que, trata-se de um Estado que eleva a lei a condição supremacia e a qualifica como norma indispensável a ordem social e a garantia dos direitos fundamentais.

Para Cármen Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 79), o princípio da legalidade, se apresenta como “ [...] toda a grandeza do Direito em sua vasta expressão, não se limitando a lei formal, mas a inteireza do arcabouço jurídico vigente no Estado”.

Neste diapasão, Wallace Paiva Martins Junior (2015, p. 288), destaca a relação existente entre o princípio da legalidade e a lei da seguinte forma:

[...] a lei é tida como instrumento objetivo, democrático, impessoal e transparente do estabelecimento da vontade popular. Portanto, a legalidade tem o valor de escudo do indivíduo em face do poder do Estado, para assegurar sua esfera de liberdades, servindo ainda como parâmetro do controle, principalmente o jurisdicional. Tão caro ao Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade decorre do princípio democrático de maneira elementar, e, conhecida essa magnitude, a Constituição Federal de 1988 reforçou sua exigibilidade nas relações entre a Administração Pública e os administrados, de modo expresse no *caput* do art. 37.

Nos ensinamentos do autor supracitado, a lei é um instrumento impessoal e transparente do estabelecimento da vontade popular e, portanto, a legalidade teria um valor de escudo para a sociedade em face do poder do Estado. Sendo assim, pode-se afirmar que o princípio da legalidade, em sua essência, almeja garantir a liberdade dos indivíduos, porém, ao mesmo tempo, busca limitar a atuação do Estado.

Deste modo, Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p.103), caracteriza o princípio da legalidade como sendo: “o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da cidadania”. Para o autor, trata-se de um princípio que surge como afirmativa de que todo poder emana do povo, já que os governantes são apenas representantes da sociedade e estão submetidos aos ditames da lei.

A assertiva de que “todo poder emana do povo” foi expressamente escrita no art. 1º da CFRB/1988, a qual destaca, ainda, que o poder deve ser exercido por meio de representantes eleitos ou diretamente pelo povo.

Assim, a ideia de que a lei representa os anseios do povo e que tem como ideal limitar a conduta dos cidadãos e do Estado como forma de garantir a cidadania e a liberdade, já era previsto, até mesmo, na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Para ilustrar o quanto asseverado acima, faz-se necessário transcrever *in verbis*, alguns artigos da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Artigo 4º- A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei.

Artigo 5º- A Lei não proíbe senão as acções prejudiciais à sociedade. Tudo aquilo que não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

Artigo 6º- A Lei é a expressão da vontade geral. [...]

Do dispositivo supracitado, pode-se extrair que a lei de forma inequívoca se apresenta como direcionadora de condutas e comportamentos sociais e do Estado, o que demonstra, sua característica soberana.

Portanto, indubitavelmente, o princípio da legalidade assumi sua maior relevância ao determinar a subordinação da Administração Pública a supremacia da lei, possibilitando, desta maneira, uma maior eficiência no controle da atuação do Estado, buscando-se, como isto, garantir a segurança e objetividade nas relações deste com os cidadãos (MARTINS JUNIOR, 2015, p.290)

Alexandre Santos de Aragão (2013, p.62), ao atribuir o significado do princípio da legalidade administrativa, ressaltou que:

[...] a Administração Pública, ao contrário do particular, que pode fazer tudo que a lei não proíba, só pode fazer aquilo que a lei (aqui entendida de forma larga, como ordenamento jurídico) esteio. A lei não precisa preordenar exaustivamente toda ação administrativa, bastando fixar os parâmetros básicos que a Administração Pública deve observar ao exercer os poderes à ela conferidos. E, em casos bem extremos, não pode ser descartada a possibilidade de a Administração Pública atuar, inclusive restringindo direitos e criando obrigações, direta e exclusivamente por força da necessidade de preservar valores e princípios constitucionais

Nota-se, dos ensinamentos supracitado do autor que, o princípio da legalidade atua de forma distinta para o particular e para a Administração Pública. Tal distinção, no direito brasileiro, pode, inclusive, ser constatada no próprio texto da CFRB/1988 nos seus arts. 5º, inciso II e 37*caput*, transcritos abaixo, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (grifo nosso)

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios de legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte. (grifo nosso)

Da redação do art. 5º da CFRB/1988 constata-se que o particular não está obrigado a fazer aquilo que a lei não determine, já a Administração Pública, só pode fazer o que a lei estabelecer, conforme previsão do art. 37 da CFRB/1988.

Isto significa dizer que “a Administração Pública não pode por simples ato administrativo conceder direito de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto ela depende de lei” (DI PIETRO, 2015, p.97), ou seja, o Estado, está adstrito o cumprimento do que a lei determina, diferentemente, do particular que dispõe de sua autonomia da vontade, na medida que, pode fazer tudo que a lei não proíbe.

No dizeres de Hely Lopes Meirelles (2008, p.89) o princípio da legalidade na Administração Pública representa a irrenunciabilidade do dever-poder de agir do Estado, nestes termos, a autora destaca que:

A natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercitarem os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe. Tais poderes, conferidos à Administração Pública para serem utilizados em benefício da coletividade, não podem ser renunciados ou descumpridos pelo administrador sem ofensa ao bem comum, que é supremo e único objetivo de toda ação administrativa.

Nesta senda, para salvaguardar o direito da coletividade e impedir que a Administração Pública, no exercício de suas funções, atue em benefício próprio ou de

um determinado particular foi de extrema relevância a imposição à Administração Pública que atue no estrito cumprimento da lei.

A submissão do Estado aos ditames da lei, não é algo absoluto, posto que a Administração Pública dispõe de um poder discricionários que permite sua atuação com base no juízo de conveniência e oportunidade.

O poder discricionário confere a Administração Pública certa “liberdade” para que no caso concreto, utilizando-se da razoabilidade, adote a solução mais adequada e satisfatória, quando não se pode extrair da lei objetivamente uma solução unívoca (MELLO, 2015, p.1000).

Wallace Paiva Martins Junior (2015, p.322), salienta que o poder discricionário não prejudica, nem mesmo infirma o princípio da legalidade, mas sim contribui para a atuação eficiente do Estado, posto que, a lei não teria condições de disciplinar todos os atos da Administração Pública.

Cumprido, por oportuno, ressaltar, que o ato que decorra do juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública, não pode ser contrário as normas legais nem se mostrar abusivo, sob pena de ser invalidado pelo poder judiciário.

Deste modo, ainda que se fale em liberdade da Administração Pública no exercício do seu poder discricionário, esta liberdade não permite ao Estado que atente contra o interesse público, nem mesmo, abuse do poder – dever que lhe é conferido por lei.

É de bom alvitre, ressaltar que nem todo ato da administração que seja legal se mostra legítimo, por este motivo, é correto afirmar que o princípio da legalidade não se confunde como o princípio da legitimidade.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014, p.86) distingue a legitimidade da legalidade da seguinte maneira:

[...] essa vontade jurídica positivada pelo Estado é o campo da legalidade, princípio geral já estudado, enquanto a vontade democrática expressa pela sociedade, indiferentemente positivada ou não, situa-se no campo mais vasto da legitimidade, como um princípio substantivo, específico do Direito Público que informa particularmente a tríade do Direito Constitucional, Administrativo e Tributário, os ramos em que se encontram regularmente previstas inúmeras possibilidades de manifestações discricionárias dos agentes.

Portanto, é plenamente possível que se exista um ato legal, porém ilegítimo, praticado pela Administração Pública, à exemplo de atos que atentem contra ao interesse público.

Diante de tudo quanto exposto, pode-se inferir que o princípio da legalidade é indispensável a manutenção do Estado de Direito, bem como, para assegurar a liberdade dos cidadãos e garantir a segurança jurídica, já que estabelece limites tanto ao administrado, quanto a Administração Pública, ainda que de forma distinta.

Deste modo, assim como o princípio da legalidade, o princípio da segurança jurídica, tem grande relevância para o Estado de Direito e é indispensável ao bom funcionamento da Administração Pública. É o que se verá mais detalhadamente na seção subsequente.

2.2 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O princípio da segurança jurídica, se consagra como um dos pilares do Estado de Direito e se fundamenta nos anseios dos indivíduos pela estabilidade nas relações sociais e jurídicas. Neste sentido, bem destaca Bruno Zilberman Vainer (2016, p.9):

A segurança jurídica constitui um dos princípios mais importantes de um Estado de Direito. Isto porque um Estado submetido a leis, e criado por meio de uma Constituição Federal, tal como o Estado brasileiro, deveria gerar um mínimo de confiança por parte dos cidadãos em seu ordenamento jurídico.

Para J.J. Gomes Canotilho (1997, p.257), em verdade, “o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida”. Por este motivo, o princípio da segurança jurídica, o qual busca garantir a segurança das relações, se mostrou indispensável à ordem social.

Análogo aos ensinamentos do autor supracitado, Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p.127), conceitua a segurança jurídica da seguinte maneira:

Esta “segurança jurídica” coincide com uma das mais profundas aspirações do homem: **a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano.** É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não

aleatoriamente, ao mero sabor do acaso -, comportamentos, cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Essa é a normalidade das coisas. (grifo nosso)

Portanto, pode-se inferir que a sociedade, em verdade, sempre almejou a segurança no sentido mais amplo da palavra. Tal busca, no entanto, se mostra mais intensa no âmbito das relações jurídicas, principalmente, pelo fato do direito ser algo bastante mutável já que necessita acompanhar as constantes transformações sociais e políticas.

Assim preceitua Odete Medauar (2005, p.115):

Em essência segurança jurídica diz respeito a estabilidade das situações jurídica. Expressa a condição do indivíduo como sujeito ativo e passivo das relações sociais, quando podendo saber quais são as normas jurídica vigentes, tem fundas expectativas de que elas se cumpram. A sociedade necessita de uma dose de estabilidade decorrente, sobretudo, do sistema jurídico. A segurança jurídica permite tornar previsível a atuação estatal e esta deve estar sujeita a regras fixas.

Como bem destacado pela autora supracitada, o princípio da segurança jurídica, busca garantir a estabilidade das situações jurídica, conferindo, para tanto, segurança as relações sociais através da previsibilidade da aplicação da norma e da conduta do Estado.

Nesta senda, para que o princípio da segurança jurídica seja eficaz, é necessário que as leis sejam claras e de fácil compreensão, evitando-se, com isto, interpretações amplas que dão margem a entendimentos divergentes, o que acaba contribuindo para o aumento do sentimento de incerteza quanto a aplicabilidade da norma, gerando assim, insegurança jurídica.

Na perspectiva supracitada J.J Gomes Canotilho (1995, p.258), ressalta que o princípio da segurança jurídica está calcado no princípio da determinabilidade dos atos normativos. Assim, são seus ensinamentos ressalta que:

A segurança jurídica postula o **princípio da precisão ou determinabilidade dos atos normativos**, ou seja, a conformação material e formal dos atos normativos em termos linguisticamente claros, compreensíveis e não contraditórios [...]. O princípio da determinabilidade da lei reconduz-se, sob o ponto de vista intrínseco, a duas ideias fundamentais. A primeira é a da exigência de clareza das normas legais, pois de uma lei obscura ou contraditória pode não

ser possível, através da interpretação, obter um sentido inequívoco capaz de alicerçar uma solução jurídica para o problema concreto. A segunda aponta para a exigência de densidade suficiente na regulação legal, pois um ato legislativo (ou um ato normativo em geral) que não contém uma disciplina suficientemente concreta (=densa, determinada) não oferece uma medida jurídica capaz de: (1) alicerçar posições juridicamente protegidas dos cidadãos; (2) constituir uma norma de atuação para a administração; (3) possibilitar, como norma de controle, a fiscalização da legalidade e a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos.

Logo, pode se depreender que o princípio da segurança jurídica está diretamente ligado ao sentimento de confiança dos indivíduos no conjunto de leis, normas e regras que regem o Estado.

Deste modo, é correto afirmar que o princípio da segurança jurídica se destaca por ser “a essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo” (MELLO, 2015, p.127).

É importante, contudo, ressaltar, que o princípio da segurança jurídica encontra-se correlacionado ao princípio da confiança legítima. Neste sentido explica Jean- Pierre Puisochet, citado por Odete Medauar (2005, p.117):

[...] o *princípio da proteção da confiança* apresenta-se como desdobramento do princípio da segurança jurídica. A proteção a confiança diz respeito a continuidade das leis, à confiança dos indivíduos na subsistência das normas. Isto não protege os cidadãos genericamente de toda alteração legal, pois cada situação terá a peculiaridade para detectar, ou não, a confiança suscitada.[...] Apresenta-se mais ampla que a preservação dos direitos adquiridos, porque abrange direitos que não são ainda adquiridos, mas se encontram em via de constituição ou suscetíveis de se constituir; também se refere a realização de promessas ou compromisso da administração que geraram, no cidadão, esperanças fundadas; visa ainda proteger o particular contra alterações normativas que, mesmo legais, são de tal modo abruptas ou radicais que suas consequências revelam-se chocantes.

Assim sendo, o princípio da confiança legítima “significa, em essência, que o Estado se autovincula quando, por comportamentos firmes e estáveis, cria uma expectativa legítima do cidadão em relação à continuidade daquela conduta” (ARAGÃO, 2013, p.67).

Portanto, é inegável que, o princípio da confiança legítima, o qual se consagra como um desdobramento do princípio da segurança jurídica, limita a atuação do

Estado, uma vez que, impede modificações radicais, repentinas e abruptas no conjunto de normas, leis e regulamentos, em respeito ao sentimento de confiança que é a base do Estado de Direito.

Corroborando com o entendimento supracitado, os ensinamentos de Alexandre Santos de Aragão (2013, p.66-67) quando expõe que:

Uma das mais importantes expressões do Princípio da Segurança Jurídica é a **Teoria das Autolimitações Administrativas**, que constitui um conjunto de instrumentos diversos, mas complementares, que visam a assegurar a coerência e a igualdade no tratamento dado pela Administração aos cidadãos.[...] Assim, protege-se a **confiança legítima** dos particulares em relação à Administração Pública e se **proíbe que a Administração adote comportamentos contraditórios** em relação a casos anteriores assemelhados.

Isto posto, é possível asseverar que, o princípio da segurança jurídica na Administração Pública almeja, na concepção do autor supracitado, “assegurar a coerência e a igualdade no tratamento dado pela Administração aos cidadãos”, ou seja, almeja garantir o princípio fundamental da igualdade à toda sociedade. Nesta mesma perspectiva enfatiza Bruno Zilberman Vainer (2016, p.19):

De fato, verifica-se que o princípio da igualdade é um dos sustentáculos da segurança jurídica, na medida em que a garantia de igualdade faz com que a lei seja aplicada a todos, bem como garante a tutela dos indivíduos em condições especiais. E, a partir do momento em que a igualdade “democratiza” a tutela jurídica dos indivíduos, buscando alcançar a todos, ela possui também o intuito de gerar certeza e confiança ao ordenamento jurídico pelo maior número de pessoas possível.

É importante, contudo, lembrar que o princípio da igualdade somente alcança sua plenitude quando respeita as diferenças dos indivíduos, pois, caso o Estado conceda direitos iguais a pessoas diferentes, certamente, não suprirá a necessidade de todos. Logo, a Administração Pública, deve conceder os direitos aos indivíduos na medida de sua desigualdade.

É possível, claramente, constatar na CF/1988 a concepção de igualdade nos termos supracitados, como exemplo, cumpre aqui invocar o art. 5º, inciso LXXIV o qual assevera que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes

no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; (grifo nosso)

Do dispositivo constitucional destacado acima observar-se que em razão das peculiaridades de cada indivíduo, o tratamento perante a lei é diferenciado, por esta razão, é que no inciso LXXIV do art. 5º, em respeito ao princípio da inafastabilidade do judiciário, determinou que, aqueles que não tem condições de custear o processo sem colocar em risco seu próprio sustento e de sua família, faz jus à assistência jurídica gratuita para ter seus direitos assistidos. Portanto, o princípio da igualdade almeja, em verdade, garantir a justiça a todos, pois de nada adiantaria, conceder direitos iguais “fechando-se os olhos” para as particularidades de cada indivíduo.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p.85), por sua vez, afirma, ainda, que o princípio da segurança jurídica na Administração Pública encontra-se intimamente ligada ao princípio da boa-fé, exemplificando, que não deve o Estado agir de uma maneira e após um certo período querer mudar, radicalmente, tal comportamento, sob o argumento de que havia interpretado a lei erroneamente, posto que, isto atentaria contra o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a expectativa de direito.

O STJ, em decisão ao Recurso Ordinário oposto ao Mandado de Segurança Administrativo nº 20572 DF 2005/0143093-7, adotou entendimento similar às lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Nestes termos, é o que dispõe a decisão:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MILITAR. CURSO DE FORMAÇÃO. MATRÍCULA POR FORÇA DE LIMINAR. MÉRITO JULGADO IMPROCEDENTE. MANUTENÇÃO NA ACADEMIA, INGRESSO E PROMOÇÃO NA CARREIRA POR ATOS DA ADMINISTRAÇÃO POSTERIORES À CASSAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL. TRANSCURSO DE MAIS DE CINCO ANOS. ANULAÇÃO. **SEGURANÇA JURÍDICA E BOA-FÉ OBJETIVA VULNERADOS. VEDAÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.** CONSTATAÇÃO DE QUE O CANDIDATO PREENCHIA O REQUISITO CUJA SUPOSTA AUSÊNCIA IMPEDIRA SUA ADMISSÃO NO CURSO DE FORMAÇÃO. ATENDIMENTO AOS PRESSUPOSTOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS PARA INGRESSO E EXERCÍCIO DO CARGO DE OFICIAL DA POLÍCIA MILITAR. 1. **Os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, bem como a vedação ao comportamento contraditório (venire contra factum proprium), impedem que a Administração, após praticar atos em determinado sentido, que criaram uma aparência de estabilidade**

das relações jurídicas, venha adotar atos na direção contrária, com a vulneração de direito que, em razão da anterior conduta administrativa e do longo período de tempo transcorrido, já se acreditava incorporado ao patrimônio dos administrados. [...] 5. Os atos de admissão e promoção do Recorrente praticados pela Administração, bem como o longo tempo em que eles vigoraram, indicavam, dentro da perspectiva da boa-fé, que o seu ingresso na carreira militar já havia se incorporado, definitivamente, ao seu patrimônio jurídico, pelo que sua anulação, com base em fato anterior à prática dos atos anulados (cassação da liminar), feriram os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, tendo sido infringida a cláusula venire contra factum proprium ou da vedação ao comportamento contraditório. 6. Hipótese concreta que não cuida da aplicação da teoria do fato consumado para convalidar ato ilegal, o que é rechaçado por esta Corte, mas de fazê-la incidir, juntamente com os princípios da segurança jurídica e boa-fé, para tornar sem efeito atos praticados com ofensa aos princípios constitucionais da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade. 7. Recurso ordinário provido para conceder a segurança e anular o ato que cassou a promoção do Recorrente à patente de 1º Tenente, bem como o ato que determinou sua exclusão dos quadros da Polícia Militar, determinando seu imediato retorno à função ocupada, com todos os consectários jurídico-financeiros dele decorrentes. (STJ - RMS: 20572 DF 2005/0143093-7, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 01/12/2009, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/12/2009). (grifo nosso)

É importante salientar que o fato da Administração não poder adotar comportamento contraditório, em respeito, a segurança jurídica, ao direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a expectativa de direito dos cidadãos, não significa dizer que o Estado, ao detectar um ato ilegal não possa adotar as medidas cabíveis, muito pelo contrário, até mesmo porque, o administrado tem que agir de boa-fé, caso contrário, não poderá alegar qualquer deito, posto que, a justiça não dará guarida à atos impróprios e ilegais.

Diante de tudo aqui já explanado não há como negar o valor do princípio da segurança jurídica para as relações sociais e jurídicas, prova disto, se dá, inclusive, pelo fato de haver menção a este princípio no próprio preâmbulo da CFRB/1988, local em que os valores constitucionais são destacados.

Assim sendo, é elementar aqui destacar que, ainda que o princípio da segurança jurídica não tenha previsão constitucional expressa, sua importância ao ordenamento jurídico brasileiro é tamanha que, além de ser um valor constitucional é também consagrado como um direito fundamental.

Portanto, o princípio da segurança jurídica e princípio da legalidade são fundamentais ao Estado de Direito, visto que, foram instituídos com o objetivo de

garantir os direitos dos cidadãos, bem como, limitar a atuação da Administração Pública, buscando com isto coibir práticas abusivas.

Assim como no Estado de Direito, o princípio da legalidade e da segurança jurídica são indispensáveis ao Estado Regulador, já que estes são princípios orientadores do ordenamento jurídico brasileiro. É o que se verá adiante.

2.3 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO ESTADO REGULADOR E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA SEGURANÇA JURÍDICA

É de grande valia, após definir o princípio da legalidade e da segurança jurídica no âmbito da Administração Pública, analisar a atuação destes princípios no Estado regulador, situação política em que as agências reguladoras forma implementada no Brasil.

Marcos Juruena Villela Souto (2005, p.31-32), conceitua o Estado Regulador como:

O surgimento de Estado Regulador decorreu de uma mudança na concepção do conteúdo do conceito de atividade administrativa em função do princípio da subsidiariedade e da crise do Estado de Bem-Estar, incapaz de produzir o bem de todos com qualidade e a custos que possam ser cobertos sem sacrifícios de toda a sociedade. Daí a descentralização de funções públicas para particulares.

Portanto, depreende-se que, o Estado Regulador surge da crise do Estado de Bem-Estar, que não mais suportava produzir bens a sociedade com qualidade e a preços acessíveis. Em razão desta realizada surge a necessidade de descentralizar as funções, antes desempenhadas pela Administração. Para tanto, o Estado permitiu aos particulares o exercício de algumas destas atividades, no entanto, sob sua supervisão. Surge então o mecanismo da regulação, no Estado Regulador.

É de grande valia, salientar, que a regulação, não é um mecanismo exclusivo do Estado Regulador, porém se apresenta de maneira distinta perante as diversas formas de governo já existentes.

No Estado Liberal, o qual a intervenção Estatal, era quase inexistente, a regulação estatal/administrativa, era bastante frágil, pois acreditava-se que o mercado e a economia deveriam ser autônomos e autorreguláveis. Já no Estado do Bem-Estar, também conhecido, como Estado Social, a intervenção na economia passa a ser mais

ativa e a regulação se mostra mais expressiva, posto que o Estado passa a ser produtor de bens e serviços (MEDEIROS, 2016, p.385).

Por ora, no Estado Regulador, o mecanismo de regulação foi implementado no intuito de melhorar os serviços que eram prestados pela Administração Pública, para torná-los mais eficientes e eficazes. Para tanto, foi necessário organizar de forma harmônica, a sociedade, os investidores e os setores regulados, deixando, neste período, o Estado de ser o produtor direto de bens e serviços, passando a ser o fiscalizador das empresas privadas às quais foram delegadas atividades antes exercida pelo Estado.

Assim, para Pedro Gonçalves e Licínio Lopes Martins (2004, p.300), o Estado Regulador é aquele que passa a ser responsável pelo bom desempenho das atividades regulatórias, devendo para tanto incentivar a livre iniciativa privada num contexto de mercado concorrencial, orientando e fiscalizando as empresas executórias dos serviços.

Destarte, para compreender o Estado Regulador é necessário, primeiramente, distingui-lo do Estado Produtor de bens e serviços. Tal diferenciação é realizada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p.23) da seguinte maneira:

Com o emprego do vocábulo *regulação* pela ciência política e pela economia, surge a expressão *Estado Regulador*, diferente de Estado Produtor de bens e serviços. O primeiro apenas estabelece regras e fiscaliza o seu cumprimento, pelo exercício de todas as atividades inerentes ao poder de polícia. O segundo é um estado mais ativo que atua diretamente no domínio econômico, na produção de bens e serviços. Para bem compreender a distinção entre os dois tipos de Estado é necessário distinguir dois tipos de intervenção no domínio econômico: a *intervenção direta* e a *indireta*. A primeira ocorre quando o próprio Estado por meio de suas empresas exerce atividade econômica, seja em regime de monopólio, seja em competição com a iniciativa privada; é o tipo de atividade referida nos art. 173 e 177 da CF/1988. [...] No segundo dispositivo, são referidas as atividades que constituem monopólio da União. Na intervenção indireta, o Estado limita-se a exercer o poder de polícia sobre a atividade econômica desempenhada pelo particular estabelecendo regras, fiscalizando, reprimindo, ou, em suma, *regulando* [...].

Logo, dos ensinamentos supracitados, é possível inferir que a principal característica do Estado Produtor de bens e serviços é a intervenção direta na economia, já do Estado Regulador, é a intervenção indireta. Isto porque, este último tem um papel mais fiscalizador do que provedor de serviços.

É importante, contudo, ressaltar que o Estado Provedor não é o oposto, ou mesmo, incompatível ao Estado Regulador, muito pelo contrário, estes inclusive podem ser complementares (MESQUITA, 2017, p.25).

Na CFRB/1988 é plenamente possível constatar situações em que o Estado poderá atuar intervindo diretamente na economia, bem como, intervindo de forma indireta.

Como exemplo da atuação direta do Estado é possível citar o art. 173 da CFRB/1988, o qual estabelece que: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

Já, para elucidar a atuação indireta do Estado, cumpre invocar o art. Art. 174 da CFRB/1988, o qual disciplina que: “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”.

Isto posto, não há qualquer empecilho, para que o Estado, ora atue de forma direta e ora atue de forma indireta na economia. Isto, na realidade é uma forma da Administração Pública proteger o sistema econômico da atuação indevida das empresas privadas que pode resultar em danos a sociedade como um todo.

Como principias características do Estado Regulador destaca-se as seguintes: I) a transferência à iniciativa privada de algumas atividades que antes eram prestadas pelo Poder Público; II) a atuação de forma indireta do Estado no domínio econômico; III) a regulação do mercado não apenas no aspecto financeiro e; IV) a utilização de instrumentos de acompanhamento e controle dos agentes privados pelo Estado (DUARTE JÚNIOR, 2011, p.141-145).

Assim, no Estado Regulador a transferências de algumas atividades a iniciativa privada decorreu da necessidade do próprio Estado que não comportava mais ser produtor direto de bens e serviços.

Deste modo, no intuito de que os serviços fossem prestados com mais eficiência, bem como, para estimular a economia, que se encontrava em colapso, o Poder Público, buscando incentivar a concorrência, passou a delegar algumas atividades a iniciativa privada.

No que tange a atuação indireta do Estado, como já dito anteriormente, a própria CFRB/1988 no art. 174, prevê expressamente a atuação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, dispondo ainda no art. 173 que o Estado apenas atuará de forma direta em casos específicos e em defesa da segurança nacional ou em caso de relevante interesse coletivo.

Outra característica importante do Estado Regulador é a regulação do mercado que passa a ser voltada não apenas para o aspecto financeiro, mas também, para garantir o interesse público e o bem-estar social, reduzindo, assim, a desigualdade, estimulando o crescimento do mercado por meio de investimentos internos e externos.

O Estado Regulador, ainda se destaca pela utilização de instrumentos que possibilitam uma maior fiscalização e controle dos agentes privados que passaram a desenvolver atividade públicas. É neste cenário que surge no Brasil as Agências Reguladoras que são entes responsáveis pela controle e fiscalização dos entes regulados.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p.26-28), a atividade regulatória com o passar do tempo foi evoluindo, porém, a principal mudança ocorreu no âmbito da intervenção direta da Administração Pública na Economia, isto porque, o Estado vem alterando seu papel na economia, buscando torna-se cada vez mais regulador e menos prestador de bens e serviços. A autora destaca, ainda, que no Brasil, desde longas datas existem órgão da Administração Pública Direta e entidades da Administração Indireta, em especial as autarquias, que desempenham atividades de intervenção indireta e direta, com poderes para editar atos normativos, a exemplo do Banco Central, Conselho Monetário Nacional, Secretaria da Receita Federal, etc.

Neste cenário de delegações de atividades pública ao particular e do surgimento das Agências Reguladoras, como poderes regulamentar e normativos, questionou-se muito se o Estado Regulador não estaria afrontando os princípios da legalidade e da segurança jurídica que são basilares ao Estado de Direito.

A discussão quanto a legalidade dos atos das Agências Regulados, mais precisamente quanto a sua função normativa, ainda, é fervorosa na doutrina, no entanto, é importante esclarecer que, no Brasil, a função normativa foi sendo delegada por lei, assegurando assim o respeito ao princípio da legalidade.

Floriano de Azevedo Marque (2003, p.12) destaca a necessidade de uma moderna regulação da seguinte forma:

É essencial à noção de moderna regulação que o ente regulador estatal dialogue e interaja com os agentes sujeitos a atividade regulatória buscando não apenas legitimar a sua atividade, como tornar a regulação mais qualificada, porquanto mais aderente a necessidade e perspectiva da sociedade. Fruto da própria dificuldade do Estado, hoje, de impor unilateralmente seus desideratos sobre a sociedade, mormente no domínio econômico. Faz-se necessário que a atuação estatal seja pautada pela negociação, transparência e permeabilidade aos interesses e regulados. Portanto o caráter de imposição da vontade da autoridade estatal (que impõe o interesse público selecionado pelo governante) dá lugar, na moderna regulação, a noção de mediação de interesse, no qual o Estado exerce sua autoridade não de forma impositiva, mas arbitrando interesses e tutelando hipossuficiências.

Assim, a nova regulação nos dizeres do autor supracitado busca aproximar os entes regulados dos usuários dos serviços, para assim garantir a qualidade dos serviços e assegurar os anseios da sociedade.

Por tanto, as Agências Reguladoras foram implementadas no Brasil para desempenha um importante papel regulador e normativo das atividades públicas desempenhadas pela iniciativa privada. Sendo assim, em razão da relevância do seu papel para o Estado Regulador, no tópico seguinte será abordado com maior profundidade suas características e forma de atuação no Brasil.

3 AGÊNCIAS REGULADORAS

Como já dito no tópico anterior, as agências Reguladoras, surgem no cenário histórico do Brasil em que as atividades antes desempenhadas pelo Estado, passam a ser desempenhadas por empresas privadas, em razão da nova política de Estado que se instaurava.

Assim as agências reguladoras criadas no Brasil, bem como sua nomenclatura, tiveram grande influência do direito comparado, especialmente, do modelo de agência norte americano.

Para Floriano de Azevedo Marques Neto (2017, p.52), o termo “agência” importado do direito americano apresentam duas inconveniências. A primeira inconveniência se refere ao fato do termo “agencies”, no direito americano se referir ao gênero órgão público e não somente a órgão com característica reguladora, deste modo, a terminologia incorporada ao direito brasileiro não parece ser adequada já que, no Brasil, a criação de agências reguladoras se designa a órgãos reguladores apenas. A segunda inconveniência apontada pelo autor é o fato do termo “agência” não se encaixar muito na tradição do direito brasileiro pelo fato desta nomenclatura já ter sido utilizado no sistema jurídico para designar outro objeto e pelo fato da CFRB/1988 ter utilizado o termo “órgão regulador” e não “agência”.

Independentemente, dos questionamentos doutrinários quanto à adequação do termo “agencia” importado do direito americano ao ordenamento jurídico brasileiro, as características e funções destes entes em nada alterará, pois trata-se apenas de uma questão conceitual.

Assim, para conhecer melhor as características e funções deste ente regulador pertencente a Administração Pública Indireta e incorporado a ordem jurídica brasileira na década de 90, faz-se necessário apresentar um breve histórico do seu surgimento no Brasil. É o que se verá adiante.

3.1 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO DO SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

Como dito anteriormente as agências reguladoras criadas no Brasil foram inspiradas no modelo de agencificação norte americana.

A agências reguladoras norte americana, por sua vez, foram instituídas em 1887 com o objetivo de regular os serviços de transportes ferroviários, contudo, estas agências somente tiveram seu apogeu no mencionado país, na década de 1930, durante a política do *new Deal*, a qual foi sucessora a crise de 1929 (SANTOS, 2017, p.326)

É importante, contudo, ressaltar que no modelo de agenciaficação norte americana existem três espécies de agências, são elas: as agências reguladoras quase independentes, agências reguladoras independentes e agências executivas.

Dos modelos supracitados, as agências reguladoras independentes e as agências executivas foram as que mais influenciaram na criação das agências brasileiras, como bem destaca Marina de Siqueira e Yanko Marcus de Alencar Xavier (2008, p.210):

Duas das espécies de agências existentes nos Estados Unidos merecem destaque pela influência que causaram em diversos países, dentre eles o Brasil; são elas: as agências reguladoras independentes (dotadas de autonomia política, com membros ocupantes de mandatos fixos e não passíveis de exoneração *ad nutum*, dotadas de discricionariedade para tomada de decisões técnicas e atuantes em áreas específicas da economia); e as agências executivas (vinculadas à Administração, são pessoas jurídicas públicas destinadas a gerir certos programas governamentais, submetendo-se ao controle exercido pelo Presidente e Ministro do Estado).

Desta maneira, assim como nos EUA, foi criado no Brasil, dois modelos de agências, são elas: as agências executivas e as agências reguladoras.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p.573) define a agência executiva como sendo “a qualificação dada à autarquia ou fundação que celebre contrato de gestão com o da Administração Direta a que se ache vinculada para melhoria da eficiência e redução de custos”. No que tange as agências reguladoras, conceitua, como “qualquer órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta com função de regular a matéria específica que lhe está afeta” (Di Pietro, 2015, p.575).

Assim, diferentemente das agências reguladoras, as agências executivas não regulam matérias específicas, mas apenas firmam contrato de gestão com a Administração Pública para melhorar a eficiência das entidades autárquicas e fundacionais.

Dito isto, salienta-se, por oportuno, que as agências brasileiras não foram implementadas no Brasil da mesma forma que foram criadas nos Estados Unidos, até mesmo porque tratam-se de contextos históricos e políticos distintos.

No Brasil, as agências reguladoras surgiram na década de 90, período em que, o país, passava por relevantes mudanças no aparato estatal face a forte crise econômica instalada em decorrência da política intervencionista que regia o Estado.

Para a retomada do crescimento econômico, o Brasil, necessitava adotar uma nova política social e econômica, pois a antiga política intervencionista não se mostrava mais eficiente, já que, havia sobrecarregado o Estado com as diversas atribuições a ele impostas.

Foi necessário, portanto, diminuir o “tamanho” do Estado, ou seja, reduzir suas atribuições na esfera econômica, nas prestações de serviços públicos, nas atividades industriais e comerciais.

Foi, então, implementado no Brasil, a política do neoliberalismo, movimento que se iniciou na Inglaterra, na década de 80, como assim relata Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2003, p.11):

Cabe aqui registrar, de passagem, que essa ideia de redução do tamanho do Estado (doutrina do Estado mínimo) não surgiu de forma isolada – e muito menos independente – no Brasil. Ela se inseriu em um movimento ideológico, político e econômico muito mais amplo, de caráter mundial, que principiou bem antes que aqui se falasse seriamente em reforma do Estado. Esse movimento, iniciado na Inglaterra, já na década de 80, que se espalhou por praticamente todos os países do Ocidente (além de Turquia, Rússia e o sudeste asiático) e se tornou hegemônico, costuma ser chamado (a despeito das críticas à adoção desta expressão) **neoliberalismo**.

A política neoliberal tinha como principal característica a disseminação do livre movimento de capitais através da quebra de barreiras comerciais e o fim à restrição de investimentos estrangeiros (PAULO e ALEXANDRINO, 2003, p.11).

O neoliberalismo consolidava a nova ordem econômica internacional, denominada globalização, que instituía a abertura da economia e a inclusão dos países periféricos na economia mundial.

Neste contexto histórico, o processo de privatizações ganha bastante força no Brasil e para tanto, criou-se o PDRE, que tinha como objetivo retirar da administração pública brasileira o modelo de gestão burocrática para incorporar o modelo de gestão

gerencial que é mais eficiente, já que diminui os custos do Estado e melhora os serviços prestados.

Para gerenciar os serviços públicos que passaram a ser desempenhado pela iniciativa privada o PDRE previa a criação de órgãos reguladores e de instituições para auxiliar o Estado na fiscalização, regulação e controle destes serviços já que são de interesse de toda a nação e, como tal, não podem ser prestados sem uma devida regulação do Estado.

Como complemento a reforma do Estado iniciada com o PDRE, foi criado no Brasil o PND, que foi instituído no governo de Fernando Collor de Melo, pela Lei de nº 8.031/1990, a qual, posteriormente foi alterada, no governo de Fernando Henrique Cardoso, pela Lei de nº 9.491/1997. (EFING, 2009, p.43)

Destaca-se que, o PND, assim como o PDRE, tinha como objetivo sanar o *déficit* público e retomar o crescimento econômico do país, delegando a iniciativa privada grande parte das atribuições que antes eram exclusivas do Estado.

No entanto, para viabilizar toda esta reforma Estatal, foram necessárias algumas alterações na Constituição Federal de 1988 já que esta, quando outorgada, não previa a criação das agências reguladoras.

Assim, foi incorporada à CFRB/1988, por meio das emendas constitucionais de nº 8 e 9, as redações, respectiva, do art. 21, inciso XI e do art. 177, § 2º, inciso III que, preveem expressamente a possibilidade de criação de órgãos reguladores para o desempenho de serviços de telecomunicação, gás natural e petróleo, conforme pode se depreender do texto constitucional transcrito abaixo, *in verbis*:

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:)

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o

transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

[...]

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.

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

[...]

III - a estrutura e atribuições do **órgão regulador** do monopólio da União; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

Dos trechos supracitados da CFRB/1988 pode se constatar que não há menção expressa ao termo “agência reguladora”, mas sim “órgão regulador”, no entanto, é um equívoco conceituar as agências reguladoras como sendo órgãos públicos, posto que, de fato não são.

Órgãos públicos, são unidades integrantes da Administração Pública Direta, sem personalidade jurídica própria (DI PIETRO, 2015, p. 648), já as agências reguladoras são entidades públicas, dotadas de personalidade jurídica e integrantes da Administração Pública Indireta, pois são, por definição, consideradas pela doutrina, como autarquias.

Assim, Celso Antônio Bandeira de Melo (2015, p.173) conceitua as agências reguladoras da seguinte forma:

Nos últimos anos, como fruto da maltratada “Reforma Administrativa”, surgiram algumas autarquias qualificadas como **“autarquias sob regime especial”**. São as denominadas **“agências reguladoras”**. Não havendo lei alguma que defina genericamente o que se deva entender por tal regime, cumpre investigar, em cada caso, o que se pretende com isto. A ideia subjacente continua a ser a de que desfrutariam de uma liberdade maior do que as demais autarquias [...] (grifei)

Já o Decreto-lei de nº 200 de 25 de fevereiro de 1967, em seu artigo 5º, inciso I, define autarquia nos seguintes termos:

Serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

Não há como negar, todavia, que as agências reguladoras possuem natureza jurídica autárquica, porém, com uma única peculiaridade, que é o *“regime especial”*, o

que, inclusive, as diferenciam das demais autarquias da Administração Pública Indireta.

Deste modo, autarquias em regime especial é “toda aquela a que a lei instituidora conferir privilégios específicos e aumentar sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns” (MEIRELLES, 2008, p. 335).

Assim, por serem autarquias, as agências reguladoras, são criadas e extintas, no ordenamento jurídico brasileiro, por meio de Lei específica, como assim determina o art. 37, inciso XIX da CFRB/1988.

Em que pese as agências reguladoras serem criadas, em regra, por lei, é importante, ressaltar que, somente, a ANATEL e a ANP não foram criadas por Leis específica, mas sim previstas, expressamente, na Constituição Federal de 1988. Tal fato, porém, não confere as estas agências maiores poderes ou autonomia, se comparadas com as demais agências.

Em verdade, o fato das agências supracitadas terem previsão Constitucional, criou-se na doutrina uma dúvida quanto a inconstitucionalidade da função normativa das demais agências que foram criadas por Lei específica.

Maria Sylva Zanella Di Pietro (2015, p.580) questiona a constitucionalidade da função normativa das agências reguladoras criadas por lei específica, por entender que as únicas agências que tiveram previsão expressa na CFRB/1988 como órgão regulador foi a ANATEL e a ANP.

Marcos Juruena Villela Souto (2006, p.127), por sua vez, entende que a previsão Constitucional da ANATEL e a ANP como órgãos reguladores não afasta a possibilidade das demais agências reguladoras exercerem funções normativas. Na visão do autor, a CFRB/1988 apenas almejou “afastar a discricionariedade legislativa para criar ou não um agente regulador, discricionariedade esta que existe para os demais setores”, ou seja, a própria CFRB/1988, já previu a necessidade da criação de órgão reguladores para os setores de telecomunicações e petróleo.

Por tudo quanto exposto, o fato é que, por serem criadas por Leis específicas, caracterizar, as agências reguladoras não é uma função nada fácil, posto que, não há uma definição legal uníssona quanto ao que venha ser “agências reguladoras” no ordenamento jurídico brasileiro, pois, se quer, existe uma lei geral que as definam.

Sendo assim, a doutrina, costumeiramente, as caracterizam, utilizando-se dos aspectos comuns que estes entes apresentam, destacando, suas particularidades para assim distingui-las das demais autarquias. É o que se verá no tópico seguinte.

3.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Como dito no tópico anterior, as agências reguladoras, ainda que sejam autarquias, apresentam algumas particularidades, face ao seu regime especial.

As principais características que as diferenciam da demais autarquias, são, em geral, a forma específica de nomeação de seus dirigentes e o mandato fixo destes.

As características supracitadas, foram conferidas as agências reguladoras para que estas tivessem maior autonomia já que desempenham uma importante função regulamentar estatal.

Em sentido semelhante Floriano de Azevedo Marques Neto, (ano 2017, p.59) destaca a importância da função desempenhada pelas agências reguladoras para o Estado, nos seguintes termos:

As agências reguladoras, por óbvio, têm por escopo exercer a regulação estatal sobre a economia. Não qualquer regulação, mas sim aquela desempenhada nas longas (mas necessários) linha que abre este trabalho. A finalidade para a qual foram criadas as agências determina várias de suas características, as quais as instrumentam para o cumprimento dos pressupostos da regulação [...]

Desta forma, para que a função regulamentar seja exercida sem qualquer influência política ou interesse particular, foi necessário atribuir uma autonomia reforçada as agências reguladoras.

Alexandre Cheventer (2005, p.28) destaca que “autonomia significa tomar decisões que o órgão considera tecnicamente adequadas, sem pressões do ambiente externo”.

Luis Roberto Barroso (2017, p.9), por sua vez, salienta que as agências reguladoras são detentoras de “autonomia política-administrativa e autonomia econômico-financeira”, ressaltando que, a primeira autonomia, consiste, principalmente, na garantia da estabilidade dos dirigentes; impossibilidade de exoneração imotivada e inexistência de recurso hierárquico contra as decisões dos entes reguladores, outrora, ao analisar a segunda autonomia, o autor, informa que esta pode ser compreendida na possibilidade dos entes reguladoras auferirem receitas própria por meio de cobranças de taxas de fiscalização e multas, além, de possuírem dotação orçamentaria que lhe é dirigida.

Assim, Mariana Batista (2012, p. 216) observa que:

[...] para ser independente de fato, a agência deve ter a capacidade de tomar decisões, sem ameaças no sentido de os diretores perderem o cargo, terem seu orçamento restrito, ou ainda terem seus procedimentos modificados ou se tornarem menos influentes no processo regulatório.

Buscava-se, portanto, coibir o fenômeno denominado “captura” que, como será visto com mais detalhes no tópico seguinte, trata-se da prática de desvio de finalidade dos dirigentes das agências reguladoras.

Desta maneira, é inegável, que a autonomia é uma característica indispensável e fundamental para o bom funcionamento das agências reguladoras e, por esta razão apresenta particularidades. É o que se verá adiante.

3.2.1 Autonomia administrativa e o fenômeno da “captura”

A autonomia administrativa é conferida pela legislação instituidora, de cada agência reguladora (GROTTI, 2006, p.9).

Carlos Ari Sundfeld (2006, p.24) assevera que “o fator fundamental para garantir a autonomia da agência parece estar na estabilidade dos dirigentes”.

Deste modo, a investidura no cargo de dirigentes nas agências reguladoras é um ato bastante complexo, de maneira que, a escolha e nomeação destes cabe ao Chefe do Poder Executivo devendo o candidato ser, também, submetido à aprovação do Senado Federal antes de assumir o cargo.

Nestes termos é o que determina a Lei 9.986/2000, a qual dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras:

Art. 5º O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

Do artigo supracitado pode-se inferir que o legislador ao determinar a forma de nomeação dos dirigentes, buscou coibir o fenômeno denominado “captura”.

O fenômeno da captura para Marçal Justen Filho (2002, p.37) é explicado pela teoria dos ciclo de existência das agências reguladoras, desenvolvida por Marver B. Bernstein, a qual compara a existência das agências reguladoras a um ciclo de vida, cujo os primeiros dias de seu nascimento pode ser caracterizado pela existência de grande energia para o cumprimento do propósito para o qual o foi criado, a maturidade pela perda de controle dos setores fiscalizados e a velhice seria a dependência da informação passadas pelos próprios controlados.

Andreia Cristina Bagatin (2009, p.23), por sua vez, defende que o fenômeno da captura deve ser explicado pela teoria econômica, desenvolvida por George J. Stigler, que faz uma avaliação da captura na perspectiva econômica, ou seja, destaca a existência de influência por parte da indústria, no poder regulamentar das agências reguladoras.

Assim, depreende-se que a teoria da captura pode ser explicada por duas teorias, porém, ambas retratam a perda da autonomia das agências reguladoras pela existência de influências externas que prejudicam o interesse público que deveria ser salvaguardado por estes entes reguladores.

Alexandre Santos de Aragão (2002, p.366-367) ressalta que o problema da captura não é restrito as agências reguladoras, pois encontra-se presente, também, em toda Administração Pública. Neste sentido explica que:

[...] quando um ordenamento é setorizado, os seus dirigentes, inclusive pela formação técnico-profissional especializada no setor, tendem a ter um contato mais estreito e frequente com os agentes econômicos regulados, o que, se por um lado é positivo, por outro, se não forem criados os instrumentos necessários, poderá levar a parcialidade das agências.

Portanto, é inegável, que a prática da captura inviabiliza a eficiência das agências reguladoras, bem como, desvirtua a função para a qual estes entes foram criados, prejudicando assim o interesse da coletividade.

Deste modo, por analogia, pode se qualificar o fenômeno da Captura como, “o fruto envenenado” das agências reguladoras, já que ocorre quando seus dirigentes passam a atuar em prol de interesses políticos e/ou de empresas particulares, em troca de benefícios pessoais.

A captura, portanto, é uma verdadeira inversão de papéis pois, aqueles que deveriam ser regulados passam a regular, manipulando assim as normas reguladoras em prol de suas necessidades e interesses, em detrimento do interesse público.

É mais comum, a captura ocorrer para atender interesses de empresas particulares, no entanto, quando se verifica a existência de influências políticas nas decisões das agências reguladoras os danos aos setores regulados podem ainda ser maiores. Neste sentido, destaca Fausto de Paula Menezes Bandeira (2017, p. 26-27):

Quando os agentes de mercado, especialmente os investidores, percebem que o governo exerce influência sensível no processo decisório de uma agência reguladora, aumenta sua percepção de risco para os investimentos no seguimento regulado da economia, provocando a elevação da taxa de retorno necessária para novos investimentos e, conseqüentemente, à redução da atratividade daquele setor para investidores e aumento dos custos para os usuários.

Sendo assim, não restam dúvidas que a forma de investidura para o cargo de dirigentes das agências reguladoras é uma maneira de coibir a influência política neste ente.

Ademais, outra forma de vetar a influência política pode ser verificada no art. 9º da Lei 9.986/2000, que estabeleceu o mandato fixo dos dirigentes das agências reguladoras. Isto porque, o mandato fixo, não permite que o chefe do Poder Executivo exonere os dirigentes de forma deliberada, mas, somente, nos casos em que a Lei permitir, ou seja, de forma motivada.

Ocorre que, muito se discute, ainda, sobre a natureza do cargo dos dirigentes das agências reguladoras, o que influencia diretamente na possibilidade ou não da exoneração deste, pelo chefe do Executivo, de forma livre.

Para Daniela Elias Pavani (2017, p.9) os dirigentes das agências reguladoras são equiparados à agentes administrativos, porém, como a investidura do cargo não ocorre por meio de provas e títulos, os mesmos exerceriam cargos comissionado.

A doutrina que defendem o entendimento supracitada ressalta que os dirigentes nesta condição poderiam ser exonerados a qualquer tempo e, portanto, a Lei que estabelece o mandato fixo seria inconstitucional.

O STF, por sua vez, em decisão a Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 1949, movida pelo Governo do Estado do Rio Grande do Sul, estabeleceu que a exoneração, de dirigentes das agências reguladoras federais, não é um ato

discricionário do Chefe do executivo, ou seja, deve-se, para tanto observar o quanto disposto no art. 9º da Lei 9.986/2000, conforme subscreve-se o trecho abaixo:

5. A teor da norma geral, aplicável às agências federais, prevista no art. 9º da Lei Federal nº 9.986/2000, uma vez que os dirigentes das agências reguladoras exercem mandato fixo, podem-se destacar como hipóteses gerais de perda do mandato: (i) a renúncia; (ii) a condenação judicial transitada em julgado e (iii) o procedimento administrativo disciplinar, sem prejuízo de outras hipóteses legais, as quais devem sempre observar a necessidade de motivação e de processo formal, não havendo espaço para discricionariedade pelo chefe do Executivo.

Assim, pode se inferir que o STF não compartilha do mesmo entendimento daqueles autores que defendem a possibilidade de exoneração dos dirigentes a qualquer tempo, muito pelo contrário, já que para a Suprema Corte a exoneração só deve ocorrer de maneira motivada.

Como, já dito anteriormente, a forma de investidura e o mandato fixo, são características, particulares das agências reguladoras e foram atribuídas a estes entes face a seu importante papel regulamentar e fiscalizador dos setores da economia, os quais, para serem exercidos com eficiência e qualidade não podem sofrer qualquer influência externa.

Deste modo, o desempenho das funções das agências reguladoras se mostram eficiente quando são realizados de forma isonômica, imparcial e com a destreza técnica que se espera.

É por esta razão que se exige dos dirigentes das agências reguladoras, seu notório saber técnico-científico para o seguimento do setor o qual irá regulamentar e fiscalizar. É o que se verá no tópico subsequente.

3.2.2 Autonomia técnica e a impossibilidade de recurso hierárquico impróprio

A especialidade técnica dos dirigentes das agências reguladoras é exigida para assegurar que as decisões e a atuação destes entes sejam técnicas-científicas e não políticas.

Em sentido semelhante destaca Floriano de Azevedo Marques Neto (2017, p.62) ao estabelecer que o conhecimento científico é, também, uma forma de legitimação da regulação, assim dispõe os seus ensinamentos que:

[...] a capacidade técnica do regulador é também um requisito para a própria legitimação da regulação. Quanto mais as agências (e seus agentes) dominar os códigos, necessidades e possibilidades do regulado mais será eficiente a regulação. Isso porque quanto mais capacitada tecnicamente for a agência, menor será a assimetria de informações em relação ao regulado.

Deste modo, é importante ressaltar que não basta ter o conhecimento técnico, pois é imprescindível o conhecimento específico, do setor que irá dirigir, isto porque a gama de setores que são regulamentados é bastante ampla, a exemplo dos setores de transporte, energia, telecomunicação, entre outros.

Assim, como o intuito da criação das agências reguladoras, jamais foi a criação de normas e decisões generalistas para os setores regulamentados exigiu-se de seus dirigentes o conhecimento científico e específico para o setor que atue.

Portanto, as exigências supracitadas são fundamentais para o bom desempenho e para a eficiência das atribuições conferidas as agências reguladoras, pelas leis que as instituem.

Contudo, segundo Eduardo Marques da Silva (2017, p.49) “no que tange à autonomia técnica, o que caracteriza as agências reguladoras é a impossibilidade de interpor recurso hierárquico improprio contra as decisões emanadas dos seus dirigentes”.

O recurso hierárquico improprio consiste na possibilidade de revisão das decisões das agências reguladoras por Ministérios ou diretamente pelo Presidente da República. Ocorre que, a doutrina, ainda diverge bastante sobre o tema aqui exposto.

Há autores, a exemplo de Luís Roberto Barroso (2003, p.294) que entendem pela impossibilidade de interposição de recurso hierárquico contra as decisões de agências reguladoras, pois defendem a tese de que não caberia revisão de decisão técnica por agentes políticos, caso contrário, estar-se-ia diante de uma afronta a autonomia e independência regulatória destes entes, pois haveria uma substituição da decisão técnica por uma decisão política.

Já, os autores que defendem pela possibilidade de interposição do recurso supracitado, à exemplo de Sergio Guerra (2005, p.256), entendem que, em verdade, não há afronta a autonomia e independência das decisões das agências reguladoras, pois o controle não é realizado em relação ao mérito da decisão, mas sim, quanto a legalidade desta, até mesmo porque o poder executivo não tem domínio técnico

necessário da matéria discutida. Assim, a intervenção, deste poder é tão somente para garantir os princípios constitucionais dos regulamentados.

É importante, no entanto destacar que, a autonomia e a independência das decisões e da atuação das agências reguladoras, não pode significar que os poderes conferidos a estas são, irrestritos e incontestes, até mesmo porque, isto seria uma afrontaria ao princípio constitucional da inafastabilidade do judiciário que garante aos cidadãos o pleito em juízo para a defesa de seus direitos.

Deste modo, o controle da atuação das agências reguladoras é uma forma de garantir a manutenção da função para a qual estas foram criadas, bem como, para assegurar o Estado Democrático de Direito, como será demonstrado na seção abaixo.

3.3 CONTROLE DA ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Não há como pensar em Estado Democrático de Direito sem pensar em formas de controle do poder público.

Nos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p.961): “No Estado de Direito, a Administração Pública sujeita-se à múltiplos controles, no afã de impedir-se que desgarre de seus objetivos, que desatenda as balizas legais e ofenda interesses públicos ou dos particulares”.

Assim, é por meio do controle da administração que é possível manter a ordem política, econômica e social do Estado, por esta razão, existem várias formas de controle, cada qual com sua especialidade.

As agências reguladoras, assim como todos os entes integrantes da administração pública, está sujeita ao controle de seus atos, ainda que apresentem autonomia e independência diferenciada das demais autarquias.

Muitas são as formas de controle exercida sob as agências reguladoras, porém, nesta pesquisa serão destacadas as principais características do controle social, do controle exercido pelo poder executivo e do controle exercido pelo poder legislativo, sob estes entes, conforme seções seguintes.

3.3.1 Controle social

O controle social é um direito assegurado pela CFRB/1988, até mesmo porque, esta Carta Magna tem como principal característica a defesa pela democracia e a

participação popular nos processos decisórios da administração pública como um dos mecanismos garantidores do Estado Democrático de Direito.

Para as agências reguladoras o controle social se justifica pelo fato da sociedade, de modo geral, ser usuária de serviços e bens regulados, portanto, como forma de assegurar seus interesses mostra-se legítimo o controle realizado por estes cidadãos (SILVA, 2017, p. 65).

Sendo assim, o controle social das agências reguladoras pode ser realizado por diversos mecanismos, à exemplo de: audiências públicas, consultas públicas, ouvidorias, entre outros.

Audiências públicas são realizadas com a participação popular, cujo objetivo é discutir, esclarecer e colher sugestões ou críticas sobre determinada matéria e norma regulatória. Já na consulta pública, abre-se um prazo para que os cidadãos apresentem sugestões para que a agência reguladora se manifeste de forma motivada quanto a adoção ou não das sugestões para a edição do comando normativo (ASSED, 2017, p. 84-85).

Lucas de Souza Lehfeld e Paulo Eduardo Léopore (2017, p.2), bem destacam que em verdade as: “audiências e consultas públicas, infelizmente, não têm apresentado resultados efetivos na condução da política regulatória proposta pela Administração Pública, tanto pela falta de divulgação quanto pela complexidade dos temas colocados à discussão”.

Assim, ainda que os mecanismos de participação da popular nas decisões da administração existam, é imprescindível, educar os indivíduos para que estes possa utilizar corretamente os meios de exercício de sua cidadania, porém, lamentavelmente, tais meios não são difundidos para a população, no Brasil.

A ouvidoria, é a forma de controle que mais aproxima os usuários dos serviços regulados, as agências reguladoras, contribuindo assim para a melhoria dos serviços e para a eficiência nas fiscalizações, pois, através dos diversos meios de comunicação os usuários dos serviços podem realizar reclamações e oferecer sugestões de maneira mais rápida contribuindo para que as agências reguladoras possam tomar providências como mais brevidade.

É muito comum a utilização deste meio de controle pela população, pois muitos cidadãos, no intuito de obterem a satisfação de algum direito violado pelas empresas prestadoras de serviços públicos, antes de adentrarem à esfera judicial, realizam reclamações através da ouvidoria para que a agência reguladora, responsável pelo

setor deste serviço, intervenha por meio do seu poder fiscalizador e sancionador, mediando assim o problema.

É inegável, portanto, que o controle social apresenta fundamental importância para o aperfeiçoamento dos serviços que são regulados no Brasil, somado a este controle destaca-se também o controle exercido pelo poder executivo e legislativo.

3.3.2 Controle exercido pelo Poder Executivo

Inicialmente cumpre ressaltar que inexistente qualquer subordinação hierárquica entre as agências reguladoras e o poder Executivo, até mesmo porque, desde a criação destes entes, almejava-se que os mesmos não tivessem essências ou influências políticas. Em sentido similar destaca Paula Joyce de Carvalho Andrade de Almeida (2017, p.97):

Deve-se vislumbrar nessa questão a essência da própria criação da agência: a regra é que o controle do poder Executivo sobre as agências reguladoras seja limitado à escolha dos dirigentes. Aceitar qualquer outra espécie de subordinação seria ofender a autonomia que lhe é assegurada. E é totalmente incompatível com a implementação da resolução de atividades estatais, forma de proteger o interesse público.

Isto posto, o controle exercido pelo poder executivo se fundamenta pelo dever constitucional da administração pública de supervisionar a atuação das agências reguladoras por meio do chamado “contrato de gestão” o qual estabelece metas de eficiência e desempenho (SILVA, 2017, p. 53).

Assim dispõe o art. 37, § 8º da Constituição Federal “*in verbis*” transcrito abaixo:

Art. 37. [...]

§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada **mediante contrato**, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por **objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade**, cabendo à lei dispor sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). (grifo nosso)

Desta maneira, o contrato de gestão não permite qualquer influência política nas atividades das agências reguladoras, ainda que seja uma forma de controle do poder público, até mesmo porque, o mencionado controle que o poder público e o ente

regulador estão subordinados e vinculados, limita-se a avaliação objetiva de resultados e desempenhos, cujo objetivo final é averiguar a eficiência das atividades desempenhadas.

Algumas Leis instituidoras das agências reguladoras preveem expressamente a possibilidade de celebração de contrato de gestão a exemplo da Lei de nº 9.427/96 a qual instituiu ANEEL e a Lei de nº 9.782/99 que criou a ANVISA.

Floriano Azevedo Marques Neto (2006, p. 89), entende que o contrato de gestão não deve ser aplicado às agências reguladoras:

Em uma palavra: pretender adstringir as agências reguladoras a contratos de gestão significa – além de uma ignorância do que sejam e para que sirvam os dois instrumentos (agência e contrato de gestão) – quitar a independência e a autonomia destes órgãos, sem as quais não se exerce a atividade regulatória.

Assim pode-se inferir que a celebração de contrato de gestão com as agências reguladoras é, também, um tema controvertido na doutrina, posto que alguns autores, como Alexandre Santos de Aragão (2002, p.360) defendem que tal contrato reduziria a autonomia destes entes, já outros, a exemplo de Marcos Juruena Villena Souto (2004, p.419), entendem que não há qualquer interferência, já que é apenas uma forma de controle de eficiência das atividades exercidas.

3.3.3 Controle exercido pelo Poder Legislativo

O controle exercido pelo poder legislativo é realizado tanto pelo Tribunal de Contas da União quanto pelo Congresso Nacional por parlamentares. No entanto, na presente pesquisa será abordado apenas o controle parlamentar, por uma questão didática.

O controle parlamentar é previsto expressamente na CF/1988, no art. 49, inciso x e dispõe que: “é da competência exclusiva do Congresso Nacional: X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”

Assim como as demais autarquias integrantes da administração indireta, as agências reguladoras, também estão submetidas ao controle e a fiscalização do Congresso Nacional, trata-se, inclusive, de uma competência exclusiva do Congresso, como bem assevera o texto constitucional supracitado.

O texto constitucional, ainda em seu art. 49, inciso V, confere ao Congresso Nacional o poder de sustar atos normativos que exorbitem o poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

Marcos Juruena Villela Souto (2004, p.215), destaca em seus ensinamentos que sustar os efeitos de atos normativos não autoriza ao poder legislativo anular ou mesmo revogar a norma reguladora.

Sustar os efeitos de uma norma, não a retira do mundo jurídico, mas apenas “paralisa” seus efeitos naquilo que for exorbitante, porém revoga-la ou anula-lo a retira, naquilo que exorbite, do mundo jurídico.

Para Andressa Mendes Pinheiro Assed (2017, p.93), o art. 49, inciso V da CRFB/1988, não deve ser interpretado em sua literalidade:

Com efeito, o artigo 49, inciso V, da Constituição da República Federativa do Brasil não deve ter uma interpretação literal, mas uma interpretação conforme a finalidade desejada pelo ordenamento jurídico, possibilitando, portanto, o controle legislativo pelo Congresso nacional para sustar atos normativos emitidos pelas agências reguladoras que exorbitem da legalidade. Ademais, a função regulatória normativa destas entidades se enquadra no contexto da Deslegalização.

Como, bem ressalta Andressa Mendes Pinheiro Assed, no seu entendimento supracitado, é necessário ter em mente que a função regulatória das agências reguladora é derivada de um mecanismo de deslegalização.

A deslegalização conforme ensinamentos do grande defensor desta tese, Alexandre dos Santos Aragão, (2002, p.22) consiste na:

[...] adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria. E, com efeito, se este tem poder para revogar uma lei anterior, por que não o teria para, simplesmente, rebaixar seu grau hierárquico? Por que teria que direta e imediatamente revogá-la deixando um vazio normativo até que fosse espedido o regulamento, ao invés de degradar a sua hierarquia, deixando a revogação para um momento posterior, ao critério da Administração Pública, que tem o maior avanço para acompanhar e avaliar a cambiante e complexa realidade econômica social?

Portanto, a Deslegalização ou delegação limitada é o que fundamenta a possibilidade das agências reguladoras editarem normas.

É importante, contudo, destacar, que há autores, a exemplo de, Elton Dias Xavier e Elizangela Santos de Almeida (2017, p.229) que discordam veemente da

possibilidade de existência do instituto da deslegalização em nosso ordenamento jurídico, por entenderem que os casos de delegação legislativa forma expressamente estabelecidos na CRFB/1988 em seus arts. 62 e 68, não havendo a possibilidade de interpretação extensiva dos mencionados artigos.

O instituto da deslegalização é tema bastante debatido na doutrina e jurisprudência, principalmente no que tange ao poder normativo das agências reguladoras. Sendo assim, imperioso se faz estudar a natureza do poder normativo das agências reguladoras e suas extensões, como se verá em seguida.

4 PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Antes de conceituar o poder normativo das agências reguladoras é de grande valia diferenciar o poder legiferante do poder regulamentar, posto que, assim fica mais fácil compreender a natureza dos atos praticados por estes entes.

José dos Santos Carvalho Filho (2006, p.76), em seus ensinamentos distingue o poder legiferante do poder regulamentar, destacando que o poder legiferante é primário, posto que origina da Constituição Federal e é responsável pela criação de Leis, já o poder regulamentar é secundário, já que deriva do poder legiferante, e cria regulamentos.

Em sentido semelhante destaca Hely Lopes Meirelles (2008, p.183) ao caracterizar os regulamentos como sendo: “[...] ato administrativo (e não legislativo); ato explicativo ou supletivo da lei; ato hierarquicamente inferior à lei; ato de eficácia externa”.

Assim fazendo um paralelo entre a lei e o regulamento Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007, p.373) assevera que:

[...] a diferença está em que a lei inova originariamente na ordem jurídica, enquanto o regulamento não a altera. Isso é verdade tanto para o regulamento executivo, que desenvolve a lei para efeito de sua aplicação, como para o regulamento autorizado ou delegado, porquanto a modificação da ordem jurídica, que resulta dos seus preceitos expressos, deve já estar virtualmente contida nas disposições programáticas, que lhe dão habilitação legislativa. Destarte, a inovação originária da ordem jurídica é a lei. Só os regulamentos autônomos ou independentes inovam livremente na ordem jurídicas.

Diante da explicação supra, pode-se inferir que o autor classifica os regulamentos em executivos, autorizados ou delegados, autônomos e independente, destacando que, somente a lei tem o poder de inovação originária da ordem jurídica, bem como, os regulamentos autônomos ou independente que podem inovar livremente.

Deste modo, para complementar os ensinamentos de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Letícia Queiroz de Andrade (2017, p.8) que denomina os regulamentos delegados de regulamentos complementares, explica que:

Os regulamentos de complementação 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* (art. 5º, II, da CF).

Já, no que tange os regulamentos executivos e autônomo Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2010, p.56) os define da seguinte maneira:

Os regulamentos executivos (ou de execução) destinam-se ao desenvolvimento de textos legais. A lei infraconstitucional atua como fundamento de validade e como limite desses regulamentos. Daí a afirmação de que os regulamentos executivos são editados para fiel execução da lei (art. 84, IV, da Constituição da República). Já o regulamento autônomo é aquele cujo fundamento de validade é retirado da própria Constituição da República, não havendo, portanto, a intermediação legislativa. Neste caso, o Executivo possui função normativa inovadora.

Portanto, para o autor supracitado, os regulamentos executivos são restritos aos ordenamentos da lei, enquanto que, os regulamentos autônomos são providos de maiores liberdades.

Sendo assim, é possível afirmar que “ a competência regulatória das agências é que lhe confere o poder normativo” (MEDEIROS et al., 2016, p. 129).

Realizada a distinção entre o poder legiferante e regulamentar é possível chegar à conclusão que os atos regulatórios praticados pelas agências reguladoras apresentam natureza de atos administrativos.

Alguns autores, acreditam que para melhor conceituar a natureza das atividades realizadas pelas agências reguladoras é relevante distinguir a função regulamentar da função regulatória.

José dos Santos Carvalho Filho (2006, p.85), ao distinguir a expressão “regulamentar” e “regular”, o faz da seguinte maneira:

De fato, as expressões “regulamentar” e “regular” não guardam sinonímia: aquela significa *complementar, específica*, e pressupõe sempre que haja norma de hierarquia superior suscetível de complementação; esta, de sentido mais amplo, indica *disciplinar, normatizar*, e não exige que seu objetivo seja o de complementar outra norma. Em consequência, pode haver função regulatória sem que seja regulamentadora. Assim, se é verdade que toda função regulamentadora se caracteriza como reguladora, não menos

verdadeiro é que nem sempre a função reguladora tenha objetivo regulamentar.

Prossegue o autor supracitado observando que: “[...] as agências reguladoras exercem mesmo função regulamentadora, ou seja, estabelecem disciplina, de caráter complementar, com observância dos parâmetros existentes na lei que lhe transferiu aquela função” (CARVALHO FILHO, 2006, p.85).

Em sentido semelhante, Jackson Tavares da Silva de Medeiros e Rocco Antônio Rangel Rosso Nelson (2016, p.129) destaca que “a natureza do poder de editar normas das agências reguladoras é o regulamentar, sendo consequência da delegação de competência legislativa pela via da deslegificação ou deslegalização”.

Assim, Carlos Ari Sunfeld (2006, p.27) reconhece a constitucionalidade do poder normativo das agências asseverando que:

Quando reconheço ser constitucionalmente viável que elas desfrutem de tal poder, de modo algum estou sugerindo que elas produzam “regulamentos autônomos” ou coisa parecida, pois todas as suas competências devem ter base legal – mesmo porque só a lei pode criá-las, conferindo-lhes (ou não) poderes normativos. [...] a constitucionalidade da lei atributiva depende do legislador haver estabelecido o *standards* suficientes, pois do contrário haveria delegação pura e simples de função legislativa.

A questão de o poder normativo das agências reguladoras derivar do mecanismo delegação de competência legislativa, como já dito anteriormente, é uma questão, ainda, bastante debatida na doutrina e longe de existência de um consenso.

No entanto, como bem destaca Letícia Queiroz de Andrade (2017, p.9), a justificativa para que o poder normativo seja delegado as agências reguladoras e não ao Chefe do Executivo é a necessidade de especialização técnica para a complementação da matéria que será regulada, especialização que, certamente, o Chefe do Executivo não obtêm, o que tornaria a norma reguladora ineficiente para os fins que se pretende.

O grande questionamento em relação ao poder normativo das agências reguladoras advém dos limites que são conferidos a estes entes integrantes do Poder Executivo, no que tange a produção destas normas, pois a preocupação é para que não haja uma usurpação das atividades do poder legislativo, caso contrário estaria diante de uma afronta ao princípio constitucional da separação dos poderes, do

princípio da legalidade e, até mesmo, do princípio da segurança jurídica. A situação aqui exposta será melhor abordada nos tópicos seguintes.

4.1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES DO ESTADO E O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

O princípio da separação dos poderes surgiu da forte luta contra os abusos do poder absolutista e, passou a integrar ao ordenamento jurídico brasileiro com a finalidade de limitar o poder do Chefe do Executivo.

Assim, o mencionado princípio é de grande relevância para coibir a concentração do poder na mão do Chefe do Executivo, bem como, para consagrar o Estado Democrático de Direito.

Desta feita, em razão, da importância do princípio da separação dos poderes para o ordenamento jurídico, este foi qualificado como um princípio fundamental. Neste sentido, é de grande valia aqui suscitar o art. 2º da CFRB/1988 o qual positivou o princípio da separação dos poderes e estabeleceu que: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Portanto, pode-se extrair do art. 2º da CFRB/1988, que os poderes da União são independentes e harmônicos, que significa dizer que, em que pese, teoricamente, cada poder ser destinado a uma atribuição específica e não haver hierarquia entre eles, os mesmos devem, também, desempenhar suas funções de forma harmônica, ou seja, de maneira que um contribua com o outro já que a atuação isolada destes poderes, certamente acarretaria na ineficiência do Estado.

Por ora, para que fosse garantido a independência e a harmonia ente os poderes foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro um mecanismo denominado de “ sistema de freios e contrapesos”, o qual estabelece que os poderes constituintes, devem controlar-se mutuamente sem que isto signifique usurpação ou interferência na competência destes.

A importância do tema é tamanha que a tripartição da função do Estado é prevista, inclusive, como clausula pétrea. Desta maneira, não pode ser retirada do texto constitucional, neste sentido é o que dispõe o conceito abaixo:

Cláusula pétrea: Dispositivo constitucional que não pode ser alterado nem mesmo por Proposta de Emenda à Constituição (PEC). As cláusulas pétreas inseridas na Constituição do Brasil de 1988 estão

dispostas em seu artigo 60, § 4º. São elas: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; **a separação dos Poderes**; e os direitos e garantias individuais (SENADO FEDERAL, 2017, p.1). (grifo nosso)

Marçal Justen Filho (2006, p.23-24), em seus ensinamentos assevera que a teoria da separação dos poderes está atrelada a três postulados:

O primeiro consiste na diferenciação de estruturas organizacionais estatais. É necessário configurar diferentes conjuntos de órgãos, organizados entre si por vínculos de cunho hierárquico. Cada uma das estruturas organizacionais é dotada de uma margem de autonomia, o que significa ausência de subordinação à outra. Costuma-se denominar “Poder” a essa estrutura organizacional [...]

Depois é necessário a diferenciação entre funções estatais, o que se faz em vista de sua consistência material. Classicamente, são identificadas três funções diversas: a legislação, a jurisdição e a administração. A isso se denomina separação “funcional” de Poderes, o que significa que os poderes do Estado são diferenciados segundo sua natureza, atributos ou efeitos.

O terceiro postulado consiste em atribuir a cada estrutura organizacional (“Poder”) um tipo diverso de função. Cada estrutura orgânica é titular de competências diversas e, em princípio, não exercita uma única função.

Depreende-se do excerto colacionado retro que o princípio da separação dos poderes tem como objetivo organizar o Estado de forma mais eficiente, para tanto, foi necessário estabelecer órgãos com autonomia, em seguida, determinar funções estatal de cada um, para somente depois distribuí-las entre o órgão responsável.

Assim, cada poder passou a ser detentor de funções precípua, de maneira que o Judiciário teria como função típica a atribuição de dizer o direito no caso concreto; o Legislativo de elaborar as Leis do ordenamento jurídico brasileiro e fiscalizar o poder Executivo e; o Executivo de administrar o Estado nos limites da Lei.

É de suma importância aqui destacar que os “poderes exercitam preponderantemente, mas não exclusivamente, um tipo de função” (JUSTEN FILHO, 2006, p.24).

Desta feita, além do Estado desempenha funções típicas é possível que desempenhe funções atípicas, um exemplo desta situação é o exercício da função administrativa (típica do executivo) que pode ser exercido pelo judiciário e pelo legislativo quando, por exemplo, realiza sua organização interna e quando versa sobre a nomeação ou exoneração de seus servidores.

Ressaltar-se, porém, que o princípio da separação dos poderes não pode, nem deve ser interpretado na sua forma clássica de maneira rígida, caso contrário estaria-se diante de um profundo retrocesso, isto porque, é fundamental para a organização do Estado que este princípio acompanhe as mudanças históricas e sociais.

Como já dito anteriormente, os poderes desenvolvem funções típicas, mas também, funções atípicas, desta forma, a função normativa não é exclusiva do Poder Legislativo, mas sim, sua função preponderante. Deste modo, não há qualquer obstáculo quanto a possibilidade de outros Poderes, no exercício de sua função atípica, editarem normas.

Ressalta-se, contudo, que existe na realidade uma necessidade, social e política, de adaptação do princípio da separação dos poderes com o princípio da legalidade, isto porque, o Legislativo não dispõe de condições técnicas suficiente para regulamentar determinadas matérias, muito menos, para acompanhar as constantes mudanças dos setores regulados (MEDEIROS et al., 2016, p. 133).

Em sentido semelhante destaca Fábio Konder Comparato (1994, p.14-29) ao se referir ao princípio da legalidade e da separação dos poderes e destacar que:

O mundo contemporâneo – a partir do final da guerra europeia de 1914 e 1918 e, sobretudo, desde a grande crise de 1929 – subverteu ambos esses princípios: a lei deixou de ser norma geral, igualmente aplicável a todos os que vivem debaixo de um mesmo Estado, e o Poder Executivo tornou-se autêntico legislador.

Em verdade, “as normas de competência das agências reguladoras não se inserem no campo político de atuação legislativa, a exercida pelo Poder Legislativo, mas no campo técnico da área de atuação da agência” (ANDRADE, 2017, p.72).

Sendo assim, a função normativa das agências reguladoras é, como já dito anteriormente, estabelecida pelas Leis que as instituem, não havendo, portanto, que se falar em afronta ao princípio da separação dos poderes, já que não há usurpação de função de qualquer dos poderes do Estado, mas sim uma delegação da competência legislativa.

Isto posto, “o ato normativo editado pelas agências reguladoras não traz inovação para ordenamento jurídico, apenas implementa a vontade da lei, respeitando os limites e a forma estabelecidos em lei” (ASSED, 2017, p. 58).

Cumpra, por oportuno, aqui invocar a CFRB/1988 e o seu art. 174, que estabelece que: “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”.

Do texto constitucional supracitado é possível extrair que não há qualquer ilegalidade no que tange a competência normativa das agências reguladoras, muito pelo contrário, já que estes entes foram instituídos no Brasil com a finalidade de disciplinar setores da ordem econômica.

A possibilidade de as agências reguladoras editarem normas, mesmo sendo integrantes do Poder Executivo, advém, também, da impossibilidade do Poder Legislativo editar todas as normas necessárias ao bom funcionamento do Estado, principalmente, quando se trata de setores econômicos que costuma sofrer modificações constante e não poderiam aguardar o burocrático processo de criação Lei presente no sistema Brasileiro.

Em sentido semelhante Marcos Juruena Villela Souto (2005, p.49) salienta que:

O legislador não tem, necessariamente, o conhecimento técnico nem a proximidade dos fatos ao editar a norma, que por isso deve se manter num plano de generalidade, para abrigar todas as situações; não é assim viável que adentre em detalhes; ademais, as normas sobre o funcionamento de mercado tendem a ser normas técnicas, econômicas e financeiras, que mudam com a evolução tecnológica ou comercial; se a lei cuidasse de cada detalhe estaria constantemente desatualizada e provocaria a frequente necessidade de movimentação do Poder Legislativo.

Assim, o poder normativo atribuído as agências reguladoras se justificam pela necessidade de soluções céleres, específicas e técnicas que requer os setores econômicos e da impossibilidade do Poder Legislativo em ter esse conhecimento técnico aprofundado, bem como, de acompanhar a velocidade das mudanças.

Em sentido semelhante Carlos Ari Sunfeld (2006, p.27), destaca que com os novos padrões da sociedade passou a ser necessário criar normas com maiores especificidades:

[...] nos novos tempos, o Poder Legislativo faz o que sempre fez: edita leis, frequentemente com alto grau de abstração e generalidade. Só que, segundo os novos padrões da sociedade, agora essas normas não bastam, sendo preciso normas mais diretas para tratar das especificidades, realizar o planejamento dos setores, viabilizar a

intervenção do Estado em garantia do cumprimento ou a realização daqueles valores: proteção do meio ambiente e do consumidor, busca do desenvolvimento nacional, expansão das telecomunicações nacionais, controle sobre o poder econômico – enfim, todos esses que hoje consideramos fundamentais e cuja persecução exigimos do Estado.

Andressa Mendes Pinheiro Assed (2017, p.58) salienta, ainda, que a necessidade da função normativa das agências Reguladoras, também decorre da distância existente entre o legislador e determinados setores públicos ou seguimentos econômicos:

Cabe salientar que o poder de legislar, trazendo inovações, continua sendo o Poder Legislativo, que edita as leis genéricas e abstratas. Contudo, diante da distância apresentada entre o legislador e determinado serviço público ou seguimentos da economia, torna-se necessária a atribuição da função normativa para as agências reguladoras, para que estas editem atos normativos por meio de critérios técnicos, visando atender o interesse setorial com maior rapidez e eficiência.

Portanto, o poder normativo das agências reguladoras é um exercício da função administrativa cujo objetivo é editar norma que apresentem conhecimentos técnicos aprofundados sobre um determinado setor, sendo assim, não se confunde com o poder de legislar do legislativo.

Contudo, o que mais aflige a doutrina e a jurisprudência é o limite deste poder normativo, posto que, este deve ser exercido com observância ao princípio da legalidade e da segurança jurídica. Como se verá adiante.

4.2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A LEGITIMIDADE DO PODER NORMATIVO DAS AGENCIAS REGULADORAS

O princípio da legalidade surge no Estado de Direito com o objetivo de proteger os direitos individuais e garantir o interesse público, isto porque, o mencionado princípio rege tanto a esfera pública quanto a privada.

É importante, contudo, destacar que a interpretação do princípio da legalidade na esfera pública é diferente de sua interpretação na esfera privada, neste sentido são os ensinamentos de Hely Lopes Meirelle (2008, p. 91):

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para a administrador público significa “deve fazer assim”.

Logo, pode-se inferir do ensinamento supra que, para a administração pública o princípio da legalidade é um dever e não uma faculdade de agir, isto se justifica, pelo fato da atuação da administração pública influenciar e repercutir diretamente na esfera social, sendo assim, o desrespeito a este princípio significaria uma ofensa ao bem comum, resultando, portanto, em prejuízo à coletividade.

Destes modos, a legitimidade do poder normativo das agências reguladoras se justifica por ser este poder previamente previsto em Lei, não havendo, portanto, afronta ao princípio da legalidade.

Em sentido semelhante assevera Glauco Martins Guerra (2006, p.94) que: “[...] para compreender o conceito de poder normativo, deve-se ter em conta que a norma produzida pelo administrador público ingressa na teoria da legalidade como o passo antecedente à legitimidade do ato administrativo”.

Assim, o poder normativo das agências reguladoras é legítimo sempre que respeitar o princípio da legalidade. Portanto, é correto asseverar que os atos normativos emanados pelas agências reguladoras, através dos regulamentos, têm o condão de transmitir obrigações, como bem destaca José dos Santos Carvalho Filho (2006, p.77):

“A própria afirmação de que somente as leis podem transmitir obrigações – postulado que ressaí do art. 5º II, da Constituição (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”) – encerra a necessidade de se fazer algumas distinções, visto que os regulamentos, embora de forma diversa, exprimem frequentemente obrigações”.

Desta forma, tanto a Lei quanto os regulamentos, estabelecem obrigações as quais devem ser cumpridas e respeitadas, posto que o descumprimento de ambos pode resultar em sanções. O STJ tem entendimento reiterado neste sentido, é o que dispõe o Recurso Especial de nº 1386994 SC 2013/0152898-6:

Ementa: ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL.
ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA. MULTA ADMINISTRATIVA.
INFRAÇÃO À RESOLUÇÃO ANTAQ

858/2007. **EXERCÍCIO DO PODER NORMATIVO CONFERIDO ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS.** 1. Aplicação de multa por infração a obrigação imposta por resolução editada pela ANTAQ, no exercício de competência normativa assegurada pela Lei 10.233 /2001 - "submeter à prévia aprovação da ANTAQ a celebração de aditivos contratuais que impliquem prorrogação de prazo, ou qualquer espécie de alteração da área do arrendamento, encaminhando justificativa e demais documentos inerentes a essa alteração". 2. Ausência de violação ao princípio da legalidade, pois a Lei 10.233 /2001 é precisa ao definir as condutas puníveis, as penalidades cabíveis e a forma de gradação da pena, estando os demais procedimentos para processamento e julgamento das infrações disciplinados em regulamento próprio, conforme autoriza a própria lei. 3. Recurso especial não provido.

Deste modo é, inegável que as agências reguladoras gozam de um amplo poder normativo, no entanto, para que não haja abusos é muito importante que este poder seja submetido a limitações.

Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto (2017, p.8-9) classifica as limitações das atividades regulatórias estatais em vertical e horizontal, é o que se verá *in verbis*, abaixo:

No eixo horizontal, temos que obrigar os limites à **abrangência da regulação estatal**. É dizer, há de se verificar se existem limites aqueles setores ou campos da atividade econômica que podem ser objeto de incidência regulatória direta e específica (porquanto, já asseverei, de forma ampla, toda a atividade econômica está sujeita, em maior ou menor grau, a regulação geral da economia, variando aí também apenas a intensidade e profundidade da incidência regulatória). Ou seja, trata-se de saber se existem limites, impostos mesmo ao legislador, para que se edifique arcabouço regulatório incidente sobre uma atividade, indústria ou setor econômico.

No eixo vertical, cumpre analisar quais são os lindes constitucionais para o exercício das competências regulatórias. Trata-se de ver, portanto, se existem **restrições à intensidade e profundidade da regulação**. Já pude dizer que a atividade regulatória é o domínio da prudência e não da querença.

O autor, ainda, destaca que o eixo horizontal é limitado pelo princípio da subsidiariedade, o qual não permite que o Estado concentre todas as decisões sociais em si e, ao mesmo tempo, limita a abrangência da atuação regulatória. Já, no que tange ao eixo vertical, o autor, acredita que este é limitado pelo princípio da proporcionalidade, o qual tem como condão aferir a intercidade da atuação regulatória, buscando com isto coibir que o ente regulador abuse do poder que lhe é conferido (MARQUE NETO, 2017, p. 9-21).

Por tudo quanto exposto, é possível asseverar que a legitimidade do poder normativo das agências reguladoras, bem como, suas limitações ao princípio da legalidade, da subsidiariedade e da proporcionalidade.

No entanto, em que pese, o poder normativo das agências reguladoras não atentar contra o princípio da legalidade, como restou demonstrado, a velocidade em que estas normas reguladoras são modificadas pode resultar em um sentimento social de insegurança jurídica, tema que será tratado a seguir.

4.3 CRÍTICA AO PODER NORMATIVO FACE AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A crítica que se faz no presente trabalho, quanto ao poder normativo das agências reguladoras, versa sobre a forma em que as normas regulamentadoras são criadas e imposta a sociedade, no Brasil.

Como já dito anteriormente, as normas reguladoras, também, estabelecem obrigações, sendo assim, é necessária uma mínima cautela ao serem estabelecidas e imposta a sociedade evitando assim surpresas e possibilitando a população e os agentes econômicos que se organizem previamente para recepcionar o novo regulamento.

É comum as agências reguladoras federais do Brasil realizarem consultas públicas antes de implementarem normas reguladoras, porém, como já dito em seção anterior, a participação da população, neste processo ainda é muito reduzida, principalmente, pelo fato da pouca e, quase, inexistente divulgação deste mecanismo de participação popular.

É importante, por ora, destacar que como inexiste no Brasil uma Lei geral que regule as agências reguladoras não há como se exigir que a consulta popular seja parte integrante do processo de expedição de ato normativo.

Assim, é muito comum no Brasil a expedição de atos normativos sem a devida participação popular e dos agentes econômicos. Ocorre que, tal situação, tem gerado um sentimento de insegurança jurídica na sociedade, posto que, esta tem sido surpreendida, com normas regulatórias que apresentam mudanças significativas aos costumes sociais.

Para elucidar a crítica aqui exposta é possível citar como exemplo o caso em que a ANATEL através da resolução de nº 612/2013 buscava definir normas para limitar o uso de dados em internet fixa no Brasil.

A internet fixa no Brasil é aquela utilizada nas residências e nas empresas, tal serviço, no entanto, é cobrado de acordo com a velocidade de navegação contratada, não havendo, nestes contratos limitação quanto ao uso da internet.

Ocorre que, a resolução de nº 612/2013 da ANATEL, divulgada no Diário Oficial, almejava, exatamente, limitar o uso desta internet, que passaria a ser comercializada por meio de venda de pacotes de dados, ou seja, da mesma maneira que é comercializada a internet móvel Brasil, a qual é utilizada em celulares e tablets.

O ato normativo emitido pela ANATEL, visivelmente, resulta em uma drástica alteração aos costumes sociais, principalmente pelo fato da internet, nos dias atuais, ser um serviço essencial, o que o torna indispensável.

Sendo assim, questiona-se como pode um tema como este, que tem forte impacto social e econômico, ser simplesmente implementado por uma resolução sem que exista um amplo debate entre os entes regulados e os consumidores dos serviços?

É neste sentido que a presente pesquisa faz sua crítica ao poder normativo das agencias reguladora, posto que, atos normativos, como o supracitado, inegavelmente, gera um sentimento de insegurança jurídica aos usuários dos serviços regulados pelas agências reguladora, já que estes obtinham um serviço prestado de uma maneira e de forma repentina e drástica a prestação deste serviço seria modificada sem que houvesse um mínimo cuidado para que esta alteração não resultasse em danos a coletividade.

Esta resolução da ANATEL, visivelmente, afetará os setores econômicos, já que gerará altos custos as empresas, bem como, modificará, também, o comportamento social, posto que alguns classe sociais deixarão de ter acesso ao serviço de internet fixa em razão da elevação do valor deste serviço. Assim, pode-se dizer que o acesso a informação será limitado e restrito à algumas classes sociais o que será um enorme prejuízo a sociedade.

Porém, como as normas regulatórias para serem criadas e modificadas não necessitam de tanta burocracia, como ocorre com a criação de uma Lei ordinária, é comum que estes regulamentos sofram alterações constantes o que aumenta ainda

mais a insegurança jurídica, tanto para os regulados quanto para os usuários dos serviços.

Todo este sentimento de insegurança jurídica contribui, até mesmo, para uma desconfiança quanto a seriedade dos serviços desempenhados pelas agências reguladoras, de modo que, a população passa a questionar se de fato as normas reguladoras no Brasil são criadas de forma isonômica e de maneira imparcial ou se existe alguma influência externa neste processo.

É inegável que no Brasil, há fortes indícios da ocorrência de influências externas ao poder normativo das agências reguladora, no entanto, mesmo as autoridades tendo conhecimento que tal prática pode causar danos irreparáveis a sociedade e a economia do país, o fenômeno da captura, já mencionado nesta pesquisa em seção anterior, não é ainda um tema muito debatido pela mídia, nem mesmo pelos Tribunais do Brasil, o que é lamentável, já que os efeitos desta prática afetam diretamente a sociedade.

Para acabar, ou ao menos, minimizar esta insegurança jurídica que o poder normativo das agências reguladoras, em muitos casos, tem gerado a sociedade, é indispensável que seja determinada as agências reguladoras a observância e a submissão ao princípio devido processo legal.

Neste sentido, conforme conceitua Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2011, p.29), o princípio do devido processo legal é definido como:

[...] um instrumento de direito público, conexo ao princípio da publicidade, já examinado, que prescreve a rigorosa submissão da ação do Estado a estritas exigências formais, em obediência a necessários sequenciamentos de seus atos, que serão constitucionalmente inafastáveis, sempre que possam atingir a liberdade ou os bens de uma pessoa (art. 5º, LIV, da Constituição).

Sendo assim, o princípio do devido processo é importante como forma de garantir a segurança jurídica a população no que tange as normas reguladoras emitida pelas agências, pelo fato de impor a Administração Pública o cumprimento de um procedimento formal e sequencial de seus atos, o que conseqüentemente, evitará surpresas indesejadas e repentinas a sociedade.

Floriano Azevedo Marques Neto (2006, p.91), ressalta ainda que com o novo momento de regulação estatal, os órgãos reguladores modificaram sua legitimação, asseverando neste sentido que:

Os órgãos reguladores da nova geração substituem a autoridade unilateral e adjudicatória pela autoridade negocial, permanentemente constituída. De nada adianta o agente público executar sua atividade regulatória tentando adjudicar unilateralmente direitos, ditar normas ou aplicar sanções em face de consumidores cada vez mais articulados ou de agentes econômicos cada vez mais fortes e internacionalizados. Assim a legitimidade desta autoridade terá que se dar muito menos pela presunção de supremacia e inoponibilidade do poder estatal (poder extroverso), e muito mais: i) pelo respeito as regras do jogo; ii) pela clareza dos objetivos e princípios estabelecidos pelo setor; iii) pela transparência do procedimento regulatório; iv) pela capacidade de interlocução com os diversos autores envolvidos; e v) pela detenção de conhecimento técnico aplicado ao setor.

Logo, para o autor supracitado, os órgãos reguladores, a partir do novo movimento de regulação, necessitaram se modernizar, até mesmo porque os consumidores e os agentes econômicos passaram a adotar comportamentos mais questionadores e articulados, não aceitando assim a imposição pura de normas e sanções, exigindo, cada vez mais, que a conduta das agências reguladoras, principalmente o seu poder normativo, encontre-se em harmonia e consonância ao princípio da legalidade e razoabilidade, respeitando, assim princípio do devido processo legal.

Ademais, é de bom alvitre, aqui, salientar que a subordinação ao devido processo legal foi prevista no projeto de Lei nº 349/2015, o qual busca “incluir, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público”.

O Projeto de Lei nº 349/2015 estabelece em seu art. 28 que:

Art. 28. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, será precedida de consulta pública para manifestações escrita de interessados, a qual será considerada na decisão.

§ 1º. A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.

§ 2º. É obrigatória a publicação das contribuições e de sua análise, juntamente com a do ato normativo.

§ 3º. Em caso de relevância e urgência, a consulta poderá se iniciar quando da edição do ato, que, se não confirmado na forma deste artigo, deixará automaticamente de vigorar em 120 (cento e vinte) dias.

Depreende-se do Projeto de lei supracitado que o mesmo estabelece o procedimento que deverá ser respeitado quando da produção de atos normativos por autoridade administrativa, estabelecendo, portanto uma processualidade normativa administrativa que, inclusive, enaltece a participação popular, de modo que, a torna indispensável aos mecanismos de produção normativa.

Assim como o Projeto de Lei nº 349/2015, existem em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei de nº 3.337/2004 que almeja estabelecer uma norma geral das Agências Reguladoras, no intuito de minimizar ou erradicar o sentimento de insegurança jurídica que paira na população e nos setores econômicos no que tange a função normativa das agências reguladoras.

Deste modo, como o Projeto de Lei nº 3.337/2004, apresenta algumas particularidades importante, o mesmo será analisado, brevemente, na seção seguinte.

4.4 BREVE ANÁLISE AO PROJETO DE LEI Nº 3.337/2004

Como já dito anteriormente não existe uma Lei geral que regulamente as agências reguladoras no Brasil, no entanto, no ano de 2004 criou-se um Projeto de Lei nº 3.337 que determina diretrizes gerais que deverão ser obedecidas e observadas pelas agências reguladoras federais.

O projeto de Lei nº 3.337/2014, também conhecido como, Lei Geral das agências reguladoras brasileiras, foi motivado por um documento denominado “concepção e diretrizes do programa de governo do PT para o Brasil” que foi divulgado antes mesmo das eleições de 2002 e destacava a necessidade de um marco regulatório das agências reguladoras nacionais, de uma maior integração e participação dos trabalhadores e consumidores nas decisões destas agências e a necessidade de reformulação de fundo das agências nacionais de regulação integrando representantes dos consumidores (BANDEIRA, 2017, p.29).

Assim, em março de 2003, o então presidente da época, Luiz Inácio Lula da Silva, constituiu um Grupo de Trabalho Interministerial, que foi coordenado pela Casa Civil da Presidência da República e contou com a participação dos representantes de todos os Ministérios que possuíam agências reguladoras vinculadas, objetivando estabelecer as novas diretrizes ao modelo institucional das agências reguladoras federais (BANDEIRA, 2017, p.30).

O Grupo de Trabalho Interministerial, em setembro de 2003, emitiu um relatório o qual analisou e avaliou o papel das agências reguladoras no arranjo institucional Brasileiro da época.

A partir do relatório supracitado foram redigidos dois anteprojetos de lei, de maneira que, o primeiro versava sobre a gestão, organização e controle social das agências reguladoras, enquanto o segundo, retratava das alterações de dispositivos das Leis setoriais de infraestrutura. Ambos os anteprojetos, por sua vez, foram reunidos em um único texto e deram origem ao projeto de Lei nº 3.337/04 (SILVA, 2017, p. 67).

O projeto de Lei nº 3.337/04 sofreu várias alterações desde a sua criação e, atualmente encontra-se na Câmara dos Deputados aguardando a apreciação do plenário.

É inegável que a criação de uma Lei geral para regulamentar as agências reguladoras é algo bastante inovador e, certamente, traria uma maior segurança aos investidores, posto que, haveria uma padronização destas agências.

Com a padronização das agências reguladoras e a retomada da confiança dos investidores nos setores regulados, acredita-se que, a economia do Brasil retomaria o seu crescimento rapidamente, pois haveria uma maior injeção de capital na economia, face ao sentimento de segurança e estabilidade no setor regulado.

O projeto de Lei nº 3.337/04, também, inovou ao buscar garantir uma maior participação dos usuários e consumidores dos serviços regulados nos processos decisórios das agências reguladoras, aproximando, assim a população a estes entes, buscando, com isso, aumentar a transparência na atuação administrativa e melhoria dos serviços regulados.

A participação popular neste mecanismo é o que mais aproxima as agências reguladoras ao princípio do devido processo legal, o qual, possibilita ao cidadão um maior controle dos atos da Administração Pública, que terá sua conduta pautada em normas procedimentais que deverão ser respeitadas e cumpridas.

O incentivo do controle social no que tange a atuação das agências reguladoras é nítido no projeto de Lei nº 3.337/04, tantos sim, que existe uma seção totalmente destinada a implementação de ouvidorias em todas as agências reguladoras.

Assim é relevante colacionar abaixo a íntegra do quanto disposto na seção III, capítulo II do projeto de Lei nº 3.337/04, por ser de extrema importância o seu conteúdo:

CAPÍTULO II - DA PRESTAÇÃO DE CONTAS E DO CONTROLE SOCIAL - Seção III - Da Ouvidoria:

Art. 13. Haverá, em cada Agência Reguladora, um Ouvidor, que atuará junto à Diretoria Colegiada ou ao Conselho Diretor sem subordinação hierárquica e exercerá as suas atribuições sem acumulação com outras funções.

Art. 14. O Ouvidor será nomeado pelo Presidente da República para mandato de dois anos, admitida uma recondução. **§ 1º São atribuições do Ouvidor zelar pela qualidade dos serviços prestados pela Agência Reguladora e acompanhar o processo interno de apuração das denúncias e reclamações dos usuários, seja contra a atuação dela ou contra a atuação dos entes regulados.** § 2º O Ouvidor terá acesso a todos os assuntos e contará com o apoio administrativo de que necessitar, competindo-lhe produzir, semestralmente e quando julgar oportuno, apreciações sobre a atuação da Agência Reguladora, encaminhando-as ao Conselho Diretor, ao Conselho Consultivo, quando houver, ao titular do Ministério a que estiver vinculada, aos Ministros de Estado da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão e Chefe da Casa Civil da Presidência da República, bem assim às Comissões de Fiscalização e Controle da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, e **fazendo públicas para conhecimento geral.** (grifo nosso).

O projeto de Lei nº 3.337/04 ao determinar que haverá em cada agência reguladora uma ouvidoria e, estabelecer a estas ouvidorias atribuições que consistem em zelar pela qualidade dos serviços prestados pelas agências reguladoras, bem como, acompanhar processos internos de apuração das denúncias e reclamações dos usuários, inegavelmente, é a melhor forma de avaliação dos serviços prestados por estes entes e pelas empresas reguladas.

Apesar das importantes inovações criadas pelo projeto de Lei nº 3.337/04 este foi omissivo quanto à abordagem da possibilidade ou impossibilidade de interposição de recurso hierárquico improprio contra as decisões finais das agências reguladoras questão, bastante, debatida e divergente na doutrina e jurisprudência, que merecia ser abordada para pôr fim às dúvidas e a insegurança jurídica.

Ademais, cumpre por oportuno destacar que além da omissão supracitada, existe no projeto alguns dispositivos que podem gerar uma insegurança quanto ao que verdadeiramente se almeja com a implementação desta Lei Geral que regulamentará a as agências reguladoras. A título de exemplo, cumpre citar, *in verbis*, o art. 9º do mencionado projeto:

A Agência Reguladora deverá firmar contrato de gestão e de desempenho com o Ministério a que estiver vinculada, nos termos do § 8º do art. 37 da Constituição, negociado e celebrado entre a Diretoria Colegiada ou Conselho Diretor e o titular do respectivo Ministério.

Estabelecer a obrigatoriedade de celebração de um contrato de gestão entre a agência reguladora e o Ministério em que a mesma esteja vinculada, é uma imposição temerosa, haja vista que pode significar uma interferência política nas decisões destes entes, o que prejudicaria a finalidade de melhorias dos serviços e padronização dos atos o que aparentemente é almejado como a criação da Lei Geral.

Portanto, é inquestionável, que o projeto de Lei nº 3.337/04 representar um grande avanço a organização das agências reguladoras presentes no Brasil, porém, é necessário aperfeiçoar alguns aspectos, principalmente, para que as inovações estabelecidas neste projeto não ofereçam risco a autonomia e independência destas agências, caso contrário, seria um retrocesso.

Assim a grande importância da implementação do projeto, consiste na ratificação da necessidade de submissão da função normativa e fiscalizadora das agências reguladoras, ao devido processo legal.

Deste modo, o projeto, ao estabelecer procedimentos gerais à serem observados, garante a sociedade um sentimento de segurança jurídica, face a previsibilidade dos atos das agências reguladoras que possibilitará a população e os agentes regulados se organizarem previamente, evitando-se surpresas desagradáveis com a imposição de regulamentos repentinos e sem cautela.

5 CONCLUSÃO

Assim, diante de tudo que foi explanado na presente pesquisa foi possível constatar que o modelo de agencificação brasileira, o qual foi importando do modelo norte americano, apresenta fortes discursões doutrinarias e jurisprudenciais, principalmente, no que tange a função normativa destes entes integrantes da Administração Pública Indireta.

As agências reguladoras foram implementadas no Brasil em 1990, quando o país enfrentava uma forte crise econômica face a política do Estado intervencionista que atribuiu a Administração Pública funções “pesadas”, para que este garantisse o interesse da coletividade e assegurasse os direitos fundamentais.

Foi então implementado no Brasil o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado que redefiniu o papel do Estado, o qual, deixou de ser provedor direto de bens e serviços a sociedade, delegando a iniciativa privada esta função, passando a ser fiscalizador e regulados das funções públicas delegadas.

Para que o Estado desempenhasse a função fiscalizadora e regulamentar dos serviços delegados a iniciativa privada com eficiência, constatou-se a necessidade de criar entidades para auxiliá-lo. Por este motivo, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, instituiu a criação de órgãos reguladores.

Foi então implementado no ordenamento jurídico brasileiro o instituto das agências reguladoras, que são autarquias em regime especial, independente e autônomas, sem qualquer influência política, ou ao menos deveria ser, cuja função é fiscalizar, regulamentar/normatizar e controlar os setores econômicos, no intuito de restabelecer o crescimento do país e assegurar os direitos fundamentais a toda coletividade.

Destaca-se que dentre as funções desempenhadas pelas agências reguladoras, a normativa e a fiscalizadora, são as mais questionadas pela doutrina, pelos setores regulados e consumidores dos serviços, face a sua importância para a economia e para a eficiência do desempenho dos serviços públicos delegados a iniciativa privada.

Assim, pode-se verificar na presente pesquisa que as agências reguladoras desfrutam de uma autonomia diferenciada das demais autarquias. Isto decorre da importância de sua função que não deve sofrer influências externas, caso

contrário os desempenhos de suas atividades estariam fadados ao fracasso em razão dos efeitos decorrente do fenômeno da captura.

A captura é um fenômeno que inviabilizada completamente o funcionamento eficiente das agências reguladoras, pois a torna tendenciosa e parcial em suas fiscalizações e na criação de suas normas reguladoras, prejudicando assim o interesse da coletividade para atender a interesses políticos e/ou privados, em troca de favores pessoais dos dirigentes.

Portanto, a captura é um retrocesso a função fiscalizadora e normativa, desempenhada pelas agências reguladoras, e deve ser veemente combatida e rechaçada pelo ordenamento jurídico brasileiro e pela sociedade.

Há fortes indícios da presença do fenômeno da captura nas agências reguladoras existentes no Brasil, isto porque, os serviços de natureza pública restados pela iniciativa privada, são de alto custo a sociedade e não apresentam a qualidade que se esperava.

Assim, para coibir esta prática repugnante e outras abusividades que possa ser perpetrada pelos entes reguladores, foi possível, constatar a necessidade de um sistema de controle mais eficiente dos atos destas autarquias, e que contasse com a participação mais ativa da população.

Atualmente as formas de controle realizados à estes entes, por meio de participação popular, mais comum, são as audiências públicas, consultas públicas e ouvidorias. Porém, restou demonstrado que, estes mecanismos de participação são pouco utilizados por falta de divulgação e informação à sociedade quanto ao exercício deste direito.

Além do controle social há, também, o controle que é exercido pelo Poder Executivo, que consiste no dever constitucional da Administração Pública de controlar a atuação das agências reguladoras estabelecendo metas de eficiência e desempenho.

Existe, ainda, o controle exercido pelo Congresso Nacional, que na presente pesquisa teve um viés direcionado ao controle realizado por parlamentares que podem a qualquer tempo sustar os efeitos de atos normativo que exorbitem o poder regulamentar e os limites da sua delegação legislativa.

Surge então, na doutrina, uma acirra discussão, que se refere a natureza do poder normativo das agências reguladoras, posto que, para alguns trata-se de

delegação legislativa, enquanto que, para outros, é apenas uma função prevista na lei instituidora da agência reguladora, não havendo que se falar em delegação.

O fato é que, a discussão doutrinária supracitada encontra-se longe de um consenso. Porém, tratando-se de delegação legislativa ou não, é certo que, o poder normativo das agências reguladoras deve se pautar nos princípios fundamentais constitucionais da legalidade e da segurança jurídica para garantir os direitos fundamentais da coletividade e a consecução do Estado Democrático de Direito.

Assim, para compreender a competência normativa das agências reguladoras, foi inicialmente necessário demonstrar que não trata-se de uma afronta ao princípio da separação dos poderes, já que, como foi verificado na pesquisa, a competência normativa deste entes reguladores não representa uma usurpação das funções dos Poderes do Estado, pois, são apenas atos que implementam a vontade da lei, porém, com o conhecimento técnico mais aprofundado em razão da sua especialidade.

Restou demonstrado que os poderes normativos das agências reguladoras são indispensáveis para a regulação e o controle dos setores econômicos, face a sua especialidade técnica, conhecimento que o Poder Legislativo não dispõe.

Ademais, o sistema econômico, é bastante mutável, por esta razão necessitava de um mecanismo normativo com soluções mais céleres, além de específicos e técnicos. Assim, mais uma vez, torna inviável a normatização pelo Poder Legislativo, pois trata-se de um sistema mais burocrático.

Portanto, chega-se à conclusão, que não há que se falar em ilegalidade do poder normativo das agências reguladoras, pois trata-se de uma função com previsão em lei e que não afronta a Constituição Federal, não havendo, portanto, que se falar em inconstitucionalidade.

No entanto, em que pese, o poder normativo ser legal, restou demonstrado que a crescente produção de regulamentos tem gerado um sentimento de insegurança jurídica aos consumidores e aos setores regulados.

Acontece que, além da intensa produção normativa de atos reguladores, existe uma constante mudança deste, de modo que, em certo momento o regulamento está em vigor, já em outro momento, não encontra-se mais vigorando, depois, o regulamento já foi totalmente modificado, tudo isto em pequeno lapso temporal. Contudo, esta instabilidade tem gerado angústia a sociedade e aos setores regulados, que não mais consegue se programar e se organizar, face as constantes mudanças normativas.

Sendo assim, parece imprescindível que o poder normativo das agências reguladoras esteja sujeito ao princípio do devido processo legal para que haja uma maior segurança a sociedade e ao setor econômico, pois a obediência ao devido processo legal determinará a estes entes que seja estabelecido uma forma procedimental para a criação dos regulamentos, assegurando assim uma previsibilidade dos atos normativos, evitando-se com isto surpresas desagradáveis e sentimento de insegurança.

A necessidade de uniformização de condutas das agências reguladoras, bem como, a importância para que seja estabelecido uma forma procedimental para a criação dos regulamentos é algo que o ordenamento jurídico brasileiro já vinha sentindo, tanto sim, que existe um projeto de Lei nº 3.337/04 tramitando na Câmara dos Deputados que estabelece a criação de uma Lei Geral, no intuito de padronizar as agências reguladora.

O mencionado projeto é uma nítida expressão do respeito ao princípio do devido processo legal, pois além de estabelecer procedimento que deverão ser repetidos pelos entes reguladores, enaltece a participação popular nas decisões e no processo normativo das agências reguladoras

Porém, é imprescindível que a lei seja melhor discutida para aperfeiçoamento de alguns dispositivos, sendo fundamental a participação da sociedade e dos setores regulados na criação desta Lei Geral, para que assim os anseios de todos sejam alcançados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Paula Joyce de Carvalho Andrade de. **O Controle da atuação das agências reguladoras federais brasileiras**. Disponível em: http://up.mackenzie.br/fileadmin/user_upload/_imported/fileadmin/PUBLIC/UP_MACKENZIE/servicos_educacionais/stricto_sensu/Direito_Politico_Economico/Teses_e_Dissertacoes/Paula_Joyce_de_Carvalho_de_Almeida.pdf. Acesso em 18 jun. 2017

ANDRADE, Letícia Queiroz de. Poder normativo das agências reguladoras (legitimação, extensão e controle). **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.15, ago. 2008. Disponível em: <https://direitopoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/redae-15-agosto-2008-leticia-queiroz.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2017.

ANDRADE, Marília Carla Gomes de. **A autonomia das agências reguladoras brasileiras: uma análise da possível captura desses entes pelo poder político**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/10527/A%20AUTONOMIA%20DAS%20AG%C3%84NCIAS%20REGULADORAS%20BRASILEIRAS.pdfMARILIAfinal.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 fev. 2017.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo**. Disponível em: [file:///C:/Users/Raissa/Downloads/47568-92465-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Raissa/Downloads/47568-92465-1-PB%20(1).pdf): Acesso em: 15 jul. 2017.

_____. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense 2002.

_____. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. O poder normativo das agências reguladoras. **Revista forense**, v.354, p. 3-26, mar./abr., 2001.

ASSED, Andressa Mendes Pinheiro. **Controle judicial dos atos das agências reguladoras**, disponível em:

<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp000580.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BAGATIN, Andreia Cristina. Teoria da captura: explicações necessárias e suficiente para a existência de regulação? **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte: ano 7, n. 28, 2009, p 9-26.

BANDEIRA, Fausto de Paula Menezes. A nomeação de dirigentes e o processo de captura das agências reguladoras brasileiras pelo governo. **Cadernos Aslegis**, v.8, n. 29, p.17-32, mai./ago 2006. Disponível em: [file:///C:/Users/Raissa/Downloads/nomeacao_diretores_bandeira%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Raissa/Downloads/nomeacao_diretores_bandeira%20(1).pdf). Acesso em: 16 jun. 2017

_____. **Comentários ao projeto de lei geral das agências reguladoras (PL nº 3.337/2004)**. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema16/2006_2003.pdf. Acesso em: 11 mai. 2017.

_____. Constituição, Ordem Econômica e Agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.1, fev. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=13>. Acesso em: 16 jun. 2017.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Temas de direito constitucional** – tomo II, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: v.232, abr./jun. 2003, p.141-176.

BATISTA, Maria. Mensurando a independência das agências reguladoras brasileiras. **Planejamento e políticas públicas**. n.36, jan./jul. 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências reguladoras e poder normativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.75-89.

CHEVENTER, Alexandre. **Autonomia Versus Controle: Origem do Novo Marco Regulatório Antitruste na América Latina e os seus Desafios Sobre a Democracia**. Belo Horizonte: UFMG, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. A organização constitucional da função planejadora. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo: n.8, 29 ago. 1994, p.12-23.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylva Zanelle. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas S.A. 2001.

_____. **Direito administrativo**. 28. Ed. São Paulo: Atlas S.A. 2015.

_____. Limites da função reguladora das Agência diante do Princípio da Legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylva Zanelle (coord). **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.19- 50.

DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira. A Legitimidade do Estado Regulador Brasileiro: uma análise democrática. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte: ano 11, n.43, jan./mar. 2011, p.135-166.

EFING, Antônio Carlos. Agências **Reguladoras e a Proteção do Consumidor Brasileiro**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Constituição como garantia da democracia: O papel dos princípios constitucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: v.11, n.44, jul./set. 2003, p.75-86,.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GALIZA, Sileia Vasconcelos. Princípio da Legalidade: Normas Legislativas Primárias Editadas pelo Executivo. Disponível em: <http://www.atenas.edu.br/Faculdade/arquivos/NucleoIniciacaoCiencia/REVISTAJURI2006/8.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2017.

GONÇALVES, Pedro e MARTINS, Licínio Lopes. Os Serviços Públicos Econômicos e a Concessão no Estado Regulador. **Estudos de Regulação Pública I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.6, mai. 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-6-MAIO-2006-DINORA.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2017.

GUERRA, Glauco Martins. Princípio da legalidade e poder normativo: dilemas da autonomia regulamentar. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Forense, 2006, p.91-123. <http://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/clausula-petrea>
JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GUERRA, Sergio. **Controle judicial dos atos regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LEHFELD, Lucas de Souza; LÉPORE Paulo Eduardo. **A participação Cidadã e os instrumentos processuais de controle social das agências reguladoras no Brasil**. Disponível em: <http://unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistajuridicafafibe/sumario/8/16042010161013.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências reguladoras independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord). **Direito administrativo econômico**. São Paulo, Malheiros Editora, 2006, p.72-98.

_____. **Agências Reguladoras** – Instrumentos de Fortalecimento do Estado. São Paulo: ABAR, 2003.

_____. **As agências como autoridades reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico.** Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1740737/mod_resource/content/1/floriano%20de%20azevedo%20marques%20neto%2020ag%C3%A2ncias%20reguladoras%20independentes%20-%20p%C3%A1ginas%2053%20a%2095.pdf. Acesso em 16 set 2017.

_____. Limites à abrangência e a intensidade da regulação estatal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.4, nov. 2005. Disponível em: https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/redae-4-novembro-2005-floriano_azevedo.pdf. Acesso em: 02 ago. 2017

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Princípio da Legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord). **Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo**. São Paulo, Revista do Tribunais, 2015, p.567-585.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

MEDEIROS, Gilmara Joane Macedo de. O Estado Regulador e o Estado Administrativo: A Expertise Política e o Governo dos Técnicos. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília: v. 2, n. 2, out 2016, p. 381-393.

MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de; NELSON Rocco Antônio Rangel Rosso. A constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras na ótica do redimensionamento do princípio da legalidade. Disponível em: [file:///C:/Users/Raissa/Downloads/60763-130919-1-PB%20\(8\).pdf](file:///C:/Users/Raissa/Downloads/60763-130919-1-PB%20(8).pdf). Acesso em: 20 jul. 2017. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, V. 27, Jan./abr. 2016, p.109-141.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo Brasileiro**. 35.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo, Malheiros, 2007.

MESQUITA, Álvaro Augusto Pereira. O Papel e o Funcionamento das Agências Reguladoras no Contexto do Estado Brasileiro. Problemas e Soluções. **Revista de Informação Legislativa do Senado**, 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/428/R166-2.pdf?sequence=4>> acesso em: 28 fev. 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2014

_____. O Direito Administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n.45, jul./set. 2011, p.13-37.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Constitucionalização do direito administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

PAVANI, Daniela Elias. **Regulação e agências reguladoras no direito brasileiro**. Disponível em: file:///C:/Users/Raissa/Downloads/regulacao_e_agencias_reguladoras_no_direito_brasileiro_-_daniela_elias_pavani%20(22).pdf. Acesso em: 10 de jul. 2017

ROCHA, Cámen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**, Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SANTOS, Andrea Paula Pontes dos Santos. **Autonomia Reforçada das Agências Reguladoras no Brasil**. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/ki9ipk3k/BH33enEpMFgInbiK.pdf>. Acesso em: 10 set 2017

SENADO FEDERAL. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/clausula-petrea>. Acesso em: 20 jun. 2017

SILVA, Almiro do Couto e. **Princípio da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito Contemporâneo**. Disponível em:

http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1281015901.pdf. Acesso em: 16 set 2017.

_____. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei 9.784/1999). **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre**, v. 27, n. 57, 2004, p. 33-75.

SILVA, De Plácido e. **Vocábulo Jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Eduardo Marques da. **A Independência da Agências Reguladoras no Brasil e o Projeto de lei nº 3.337/2004**. Disponível em: Http://Seae.Fazenda.Gov.Br/Premio-Seae/Edicoes-Anteriores/Edicao-2006/I-Premio-Seae-2006/2_Lugar-Estudante-Regulacao-Eduardo.Pdf, acesso em: 04 de mar. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SIQUEIRA Mariana de e XAVIER Yanko Marcius de Alencar. Agências Reguladoras: Autonomia E Controle. **Revista Direito e Liberdade**, Mossoró, v.9, n.2, jul/dez 2008, p. 195-222.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. A Extensão do Poder Normativo das Agências Reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord). **O Poder Normativo da Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Forense, 2006, p.125-142.

_____. **Direito administrativo das concessões**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004

_____. **Direito Administrativo em Debate**. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2004.

_____. **Direito Administrativo Regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução as agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 17- 38.

VAINER, Bruno Zilberman. Aspectos Básicos da Segurança Jurídica. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n.56, jul./set. 2006, p. 5-26.

VALIATI, Thiago Priess. **O princípio constitucional da segurança jurídica nos setores da infraestrutura**. A estrutura como dever dos Poderes Públicos e como direito dos agentes econômicos. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp091504.pdf>. Acesso em: 16 set. 2017.

XAVIER Elton Dias; ALMEIDA Elizangela Santos de. **O poder normativo e regulador das agências reguladoras federais**: abrangência e limites, disponível em: <http://abdconst.com.br/anais2/PoderElton.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2017;

ZAINAGHI, Diana Helena de Cássia Guedes. Princípio da Legalidade e da Segurança Jurídica. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v.13, n.53, p.75-86, out./dez. 2005.