



# Interesse Público

Ano XX - 2018 - Nº 109

## Conselho Editorial

Presidente: Prof. Juarez Freitas (PUCRS, UFRGS,  
Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público)

- Prof. Anderson Teixeira (Unisinos)  
Profa. Antonia Pereira (PUC-SP e Pres. do IBDM)  
Prof. Carlos Ari Sundfeld (SBDP e FGV/SP)  
Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha (STF)  
Conselheiro Cezar Miola (TCE/RS)  
Prof. Clèmerson Merlin Clève (UFPR e UNIBRASIL)  
Prof. Clovis Beznos (PUC-SP e Pres. do IBDA)  
Profa. Cristiana Fortini (UFMG, IMDA)  
Profa. Denise Lucena (UFC)  
Prof. Fabio Saponaro (Università Unitelma Sapienza Roma)  
Prof. Fabrício Motta (UFG)  
Prof. Fernando Facury Scaff (UFPA)  
Profa. Germana de Oliveira Moraes (UFC)  
Prof. Giovanni Girelli (Università Roma Tre)  
Prof. Heleno Taveira Tôrres (USP)  
Conselheiro Helio Saul Mileski (TC/RS)  
Prof. Ingo Wolfgang Sarlet (PUCRS)  
Prof. Igor Danilevicz (UFRGS e PUCRS)  
Prof. Des. João Batista Gomes Moreira (TRF 1ª)  
Ministro José Augusto Delgado (UnICEUB)  
Prof. José Casalta Nabais (Universidade de Coimbra)  
Prof. Luís Roberto Barroso (UERJ)  
Prof. Marcelo Figueiredo (PUC-SP)  
Prof. Márcio Cammarosano (PUC-SP e Pres. do IBDA)  
Prof. Paulo Affonso Leme Machado (UNIMEP)  
Prof. Paulo Bonavides (UFC)  
Prof. Paulo Caliendo da Silveira (PUCRS)  
Prof. Paulo Ferreira da Cunha (Universidade do Porto)  
Prof. Paulo Modesto (UFBA e UNIFACS)  
Prof. Rafael Vêras de Freitas (FGV Rio)  
Prof. Rodrigo Valgas (IDASC)  
Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho (UFPR e PUCPR)

## Editor-Chefe

Prof. Alexandre Pasqualini  
(IDARGS, AJURIS)



© 2018 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Coordenador editorial: Leonardo Araújo

Pesquisa jurídica: Ézio Lacerda Júnior – OAB/GO 37.488

Ana Paula de Almeida Queiroz

Darlan Amorim de Abreu – OAB/GO 47.432

Editora Fórum Ltda.

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º andar - Savassi - Belo Horizonte - MG - Brasil

CEP 30130-012

Tel.: 0800 704 3737

www.editoraforum.com.br

E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Os acórdãos estampados na íntegra correspondem às cópias obtidas junto aos respectivos tribunais ou se originam de publicações de seus julgados.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil

Distribuída em todo o território nacional

R454 Interesse Público - IP. – ano 9, n. 43, (maio/ jun. 2007)- - Belo Horizonte:  
Fórum, 2007-.

Bimestral  
ISSN 1676-8701

Publicada do ano 1, n. 1, jan./mar. 1999 ao n. 42, mar./abr. 2007  
pela Editora Notadez, Porto Alegre.

1. Direito Público. 2. Direito Administrativo. 3. Direito Tributário. I.  
Fórum.

CDD: 341  
CDU: 342

Repositório autorizado de Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal: nº 28/00

Superior Tribunal de Justiça: nº 44/00

Tribunais Regionais Federais da 1ª e 2ª Regiões

Esta revista está catalogada em:

- Base RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

# A função normativa das agências reguladoras no Direito brasileiro e seus limites\*

**Edilson Pereira Nobre Júnior**

Professor da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), instituição na qual cursou Mestrado e Doutorado em Direito Público. Desembargador no Tribunal Regional Federal da Quinta Região.

**Resumo:** Este artigo examina, a partir de uma comparação com a experiência norte-americana, a adequação à Constituição de 1988 do modelo de regulação independente aqui instituído desde a Reforma do Plano Diretor do Aparelho de Estado de 1995. A abordagem, a qual se limitará à função normativa das agências reguladoras, objetiva a delimitar a natureza e, especialmente, os limites de tal competência.

**Palavras-chave:** Agências reguladoras. Competência normativa. Limites.

**Sumário:** 1 Introdução – 2 Um modelo estrangeiro – 3 O direito pátrio – 4 A remissão normativa e seus limites – 5 Síntese conclusiva – Referências

*As leis não podem deixar de ressentir-se da fraqueza dos homens que as fizeram. Elas são variáveis como eles. (Voltaire)*

## 1 Introdução

Uma preocupação evidenciada pelo Estado de Direito, desde os tempos iniciais quanto no seu desenvolvimento, é o inerente à titularidade da função normativa. A própria noção que, em essência, envolve o modelo, impõe que assim seja.

\* Conservando ineditismo, a elaboração do texto decorreu de exposição do autor durante o seminário "Direito da Regulação", o qual teve lugar na cidade de Recife no dia 27 de outubro de 2017 sob o patrocínio conjunto da Escola Superior da Advocacia da OAB-PE, da Escola da Advocacia-Geral da União, da Escola de Magistratura federal da Quinta Região e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE.

A distinção dos órgãos incumbidos das funções estatais, estruturada na Norma Ápice, inclinou-se por conferir ao Parlamento, órgão representativo da soberania popular, a primazia na formação das regras jurídicas, exigindo-lhe submissão a testes de responsabilidade democrática.

Por sua vez, a complexidade das relações jurídicas do presente fez com que as atividades do corpo social – e, lógico, com reflexo nas competências de governo – se tornassem, cada vez mais, marcadas pela técnica.

Uma consequência consistiu no fato de que os modelos tradicionais de regulação – tanto do Estado liberal quanto do intervencionista – fossem dominados pelo encanto da regulação independente, a qual contou com o pioneirismo exitoso norte-americano.<sup>1</sup>

A *nouvelle vague*, entre nós, parece ter se manifestado com intensidade a partir do ano de 1995, e se lastreou no Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, tendente a transformar o nosso modelo de Administração Pública burocrática, mas cultural e fortemente influenciado pela visão patrimonialista, numa Administração Pública gerencial.

Para tanto, restou traçado como objetivo para o setor das atividades estatais exclusivas, no qual inseridas competências de regulamentação e fiscalização, o da transformação das autarquias e fundações que exercitavam poder de Estado em agências autônomas, a terem na sua atividade por baliza a eficiência e a técnica.

Às agências reguladoras, instituídas como autarquias em regime especial, são reconhecidas autonomias, com o propósito para assegurar o exercício de sua função reguladora, a envolver uma vastidão de competências.

Uma delas – e de indiscutível relevo – é a autonomia normativa, a qual se manifesta pela possibilidade de elaboração de regras para disciplinar as matérias reguladas pelas agências. A sua importância é decisiva.

Inicialmente, porque, na prática, ostenta potencialidade para incidir, com assiduidade, na esfera jurídica dos particulares. Num segundo lugar – realça Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>2</sup> – o elemento mediante

<sup>1</sup> Esse, contudo, não teve o seu surgimento decorrente da necessidade de imposição da técnica nas decisões administrativas, mas em face de disputa política entre o Congresso e o Presidente Harding, do Partido Republicano e advogado das empresas ferroviárias. Daí surgiu a *Interstate Commerce Commission* no ano de 1887, com vistas a evitar a influência da competência presidencial no comércio interestadual.

<sup>2</sup> É de se destacar do autor a seguinte passagem: “Com efeito, essa *competência normativa* atribuída às agências reguladoras é a chave de uma desejada atuação célere e flexível para a solução, em abstrato e em concreto, de questões em que predomine a *escolha técnica*, distanciada e isolada das disputas partidarizadas e dos complexos debates congressuais em que preponderam as *escolhas abstratas político-administrativas*, que são a arena de ação dos Paramentos, e que depois se

o qual se assegura a tomada de decisões técnicas ao invés daquelas baseadas em critérios políticos, muito embora se deva de logo advertir que a concretização de tal objetivo igualmente depende muito da realidade institucional de cada Estado.

A relevância da competência normativa das agências para a vida dos cidadãos e agentes econômicos traz como consequência a necessidade de se investigar a sua conformidade com os postulados pré-traçados pela ordem jurídica de cada Estado, especialmente com o sistema de direitos fundamentais e de divisão de funções consagrado na respectiva Lei Fundamental.

Esse, pois, o objetivo a que se predispõe o presente trabalho, para o qual se afigura necessário o exame de outro sistema jurídico, onde é adotado modelo similar, pois é inegável que tal permite um melhor conhecimento das instituições nacionais, podendo propiciar contribuições para o seu aperfeiçoamento.

## 2 Um modelo estrangeiro

Não se questiona que, a partir do último quartel da centúria passada, o fenômeno da regulação independente sofreu notável expansão, passando a permear vários sistemas jurídicos administrativos.

Devido às limitações, bem assim o propósito deste escrito, é feita a opção pelo modelo norte-americano. Não somente a circunstância de se tratar de uma experimentação consolidada, tendo em vista a sua adoção ainda no século XIX, mas em face de que a Constituição de 1787, ainda vigente, por força da atividade interpretativa da Suprema Corte (*living constitution*), dispensou zelo à disciplina da separação de poderes e, igualmente, ao sistema presidencialista de governo.

Daí chamar, de logo, atenção para a necessidade de se adotar uma concepção capaz de sintonizar o texto constitucional com a evolução da realidade. Isso porque, nos termos do Artigo I, Seção 1, analisado em sua literalidade, seria possível concluir pelo quase monopólio do Legislativo na formulação normativa, ao se afirmar que os poderes legislativos referidos no o texto da constituição são confiados ao Congresso.<sup>3</sup>

prolongam nas escolhas administrativas discricionárias, concretas e abstratas, que prevalecem na ação dos órgãos burocráticos da Administração Direta" (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 162).

<sup>3</sup> De fato, o Artigo I, Seção 1, conserva a redação seguinte: "ARTIGO I. Seção 1. Todos os poderes legislativos conferidos por esta Constituição serão confiados a um Congresso dos Estados Unidos, composto de um Senado e de uma Câmara de Representantes" (Versão para o português disponível em: <www.uel.br>. Acesso em: 23 out. 2017).

A solução para essa e outras dificuldades foi prevista tão logo elaborada a constituição, constando do Capítulo XLVII de *O federalista*, do qual cuidou Madison.<sup>4</sup>

Lastreado na teorização de Montesquieu, a quem atribui o mérito de haver exposto e recomendado à atenção da humanidade as vantagens da divisão de poderes, argumenta Madison que o autor francês apontou a ausência de liberdade quando se encontrarem reunidos num mesmo corpo de agentes públicos as funções legislativas e executivas, não quis, diferentemente do que é possível sugerir, afirmar ser nocivo que um dos segmentos estatais viesse a intervir parcialmente nos atos que se encontram sob o domínio de outro.

Daí a concepção funcionalista – e não meramente formal – da separação de poderes a influenciar na experiência constitucional norte-americana. Especialmente quanto à delegação de poderes legislativos, tal restou referendada já nas primeiras décadas do século XIX por ocasião de julgado da Suprema Corte (*Wayman v. Southard, 10 Wheat, 1825*). Versou o precedente sobre a validade do *Federal Process Act* de 1792 na parte na qual o Congresso autorizava as cortes federais a estabelecerem normas sobre processo.<sup>5</sup>

Nesse diapasão, seguiu-se a formulação de uma autêntica delegação legislativa, com ampla eficácia externa, mas, ao mesmo tempo, sob a forte tutela do Congresso.

A primeira exigência para que tal ocorresse sucedeu mediante a doutrina do *intelligible principle*, mediante o qual se impunha como necessário ao Legislativo predeterminar o alcance da competência que transfere, assinalando, desse modo, um padrão (*standard*) suficientemente claro e preciso (*meaningful standards*).

A prática, principalmente depois da década de 1940, fez com que fosse flexibilidade a técnica, o que resultou na aceitação de parâmetros vagos e imprecisos (*meaningless standards*).

<sup>4</sup> HAMILTON, A; MADISON, J.; JAY, J. *El Federalista*. 2. ed. Tradução para espanhol por Gustavo R. Velasco. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 2004-2009.

<sup>5</sup> Na motivação do precedente, o Juiz Marshall houve por explicitar: “Não pode o Congresso, indubitavelmente, delegar aos tribunais poderes estritamente legislativos. Mas pode o Congresso, certamente, delegar a outrem poderes legalmente exercidos pelo Legislativo. [...] Não se demarcou exatamente a linha de separação desses importantes assuntos, que devem ser regulados inteiramente pelo próprio Legislativo; e este pode, em relação aos de menor interesse, adotar uma disposição geral e dar àqueles que irão agir de acordo com a mesma o poder de preencher os pormenores” (versão para o português encontrada em RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 53).



A reação foi o revigoramento da corrente contrária à delegação (*no delegation*), mas que restou superada pela realidade que revelou ser indispensável em virtude da intromissão das agências numa multiplicidade de atividades, o que poderia inviabilizar a elaboração de uma legislação completa pelo Parlamento, justamente por carecer de conhecimentos para esse fim.

Em contrapartida, passou-se a exigir – assinala Bernard Schwartz –<sup>6</sup> que o ato de delegação de poderes contenha o indicativo de um padrão, limite ou orientação, relativo à competência cujo exercício é conferido. Com isso, procura-se impedir delegações indiscriminadas.

Em segundo lugar, reforçando a admissão da delegação legislativa, tem-se que o Legislativo exerce denso controle externo sobre as agências, o qual é materializado pela definição, na lei de sua criação, de sua organização e competência, bem como sobre a nomeação de destituição de seus membros, pela fixação de seu orçamento e pelos poderes de fiscalização conferidos às comissões do Senado e da Câmara dos Representantes.

Há ainda, especialmente, quanto à atividade normativa, o controle prévio das regras a serem elaboradas pela agência (*rules review*) e o veto legislativo. O primeiro consiste na obrigatoriedade das agências de remeter as propostas de regulamento a uma comissão legislativa específica, para que este verifique se foram respeitados os propósitos do legislador. Não se acha presente na esfera federal.

O outro – consagrado no âmbito federal – constitui num mecanismo previsto em lei que, ao habilitar a agência a realizar determinada competência, não necessariamente normativa, condicionando-a a revisão do Congresso, o qual pode invalidá-la.<sup>7</sup>

Sofreu importante ajuste a partir do julgamento pela Suprema Corte do caso *Immigration and Naturalization Service v. Chadha* de 1983 (463 US 919),<sup>8</sup> de maneira que não poderá mais ser realizado por decisão

<sup>6</sup> SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional americano*. Tradução de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 34.

<sup>7</sup> O veto legislativo teve a sua origem no *Economy Act* de 1932, no qual se autorizou o Presidente Hoover a reestruturar os departamentos e agências federais mediante ordem executiva. De acordo com a cláusula legislativa, tal reorganização não passaria a vigorar se, no prazo de sessenta dias, o Congresso aprovasse uma resolução em sentido contrário. Daí passou a figurar em vários diplomas legais sob as mais diversas formas, podendo competir a uma só ou a ambas as casas ou comissões do Congresso.

<sup>8</sup> A origem do precedente se centrou na permissão constante da Lei de Imigração e Nacionalidade de 1952 (Seção 244, a, 1) de atribuir ao Procurador-Geral (*Attorney General*) competência para suspender decisão de deportação de estrangeiro, tendo sido exercitada para suspender, por ausência de motivação, tal providência quanto a Jagdish Rai Chadha, nascido no Quênia, mas de ascendência indiana, em virtude da expiração de seu visto de estudante. Diante de tal fato,

de quaisquer das casas do Congresso, mas somente mediante o mesmo procedimento empregado para a delegação de competência, ou seja, mediante a intervenção das duas Câmaras e do Presidente. A solução foi assimilada pelo legislador mediante a promulgação do *Congressional Review Act* de 1996.

Constata-se, portanto, que, na perspectiva norte-americana, o mais relevante não está na divisão formal de poderes. Centra-se, diversamente, na efetividade do controle entre os poderes (*check and balances*), o que constitui a pedra de toque do exercício de todo governo.

O resultado foi o surgimento de uma atividade normativa – que, no que concerne à sua eficácia externa, é equiparável ao que se tem denominado por lei delegada ou delegação legislativa – e que tem seus fundamentos na representatividade democrática, exercitada nos limites do recebimento de poderes normativos pelo Congresso, na justificação técnica de sua competência e pela participação dos interessados, assegurada procedimentalmente.

### 3 O direito pátrio

Aqui comporta a indagação sobre a compatibilização do modelo das agências reguladoras, especialmente quanto ao seu poder normativo, ao sistema jurídico brasileiro.

É preciso observar que os padrões experimentados por um sistema jurídico não podem ser transpostos a outro de forma acrítica e mecânica. É indispensável que se analise a realidade preponderante no ordenamento que consagrará instituto que até então se lhe afigurava alheio.

Cuidando-se do direito administrativo, emergem como dignas de atenção as advertências que expõe Cassese.<sup>9</sup> Assim, não se pode desconsiderar um exame da constituição, pois aquele tem a sua movimentação dependente e condicionada por esta. Noutra ponto, afigura-se de relevo a consideração das características nacionais das instituições jurídico-administrativas, as quais representam um produto da história de cada Estado, possuindo, assim, traços marcada e acentuadamente nacionais.

a Câmara dos Representantes emitiu uma resolução suspendendo a decisão administrativa. Submetido o caso ao descortino da Suprema Corte, esta entendeu que a cláusula que estabelecia o veto era inconstitucional. Isso porque a Constituição, ao estabelecer o processo para a elaboração das leis, previa a apreciação por ambas as casas do Congresso e pelo Presidente da República e que, em sendo a decisão da Câmara essencialmente legislativa, estaria obrigada à observância de tais formalidades.

<sup>9</sup> CASSESE, Sabino. *Derecho administrativo: história y futuro*. Versão para o espanhol por Alicia Isabel Saavedra-Bazaga. Servilha: Global Law Press; Editorial Derecho Global, 2014, p. 24-25.



De logo, é possível notar que a Lei Fundamental de 1988 não se mostra infensa a uma concepção funcionalista da separação de poderes. Um simbolismo me leva a assim pensar. É que, diversamente da Constituição de 1967-69, cujo art. 6º, parágrafo único, a pretexto de se disciplinar a matéria, explicitava uma vedação à delegação de funções, o art. 2º da vigente Lei Maior se limita ao realce da independência e harmonia dos poderes, *tout court*.

Nessa linha, a doutrina se predispôs a justificar a legitimidade da competência normativa das agências reguladoras nestes quadrantes. Diogo de Figueiredo Moreira Neto,<sup>10</sup> atento à questão, faz evocar, a partir da experiência vivenciada pelos modelos europeus continentais, três hipóteses, consistentes na delegação receptícia, na remissão normativa e na deslegalização.

A primeira, que se materializa pela transferência de competência ao Executivo, para que elabore normas com força e forma de lei, não se presta para resolver a questão entre nós.

Isso porque, ao aceitar a técnica mediante a inserção da lei delegada no processo legislativo (art. 59, IV, CF), o nosso ordenamento constitucional lhe deu configuração própria, cabendo seu exercício exclusivamente em favor do Presidente da República, o qual deverá solicitá-la ao Congresso Nacional (art. 68, CF). Inexiste, assim, espaço a que tal ocorra em favor de agência reguladora.

As outras duas se encontram no âmbito da competência regulamentar que, em nosso sistema jurídico, filia-se à aceitação, grosso modo, do regulamento de execução,<sup>11</sup> conforme consta do art. 84, VI, da Constituição Federal. Sendo assim, sobre tais comandos se impõe o respeito à primazia da lei.

A adoção da figura do regulamento se mostra apropriada com o nosso ordenamento constitucional à medida que não se cuida de ato privativo do Presidente da República, mas inerente à Administração Pública. Assim se tem do art. 87, parágrafo único, da Constituição vigente, bem como da opinião da doutrina.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 164-166.

<sup>11</sup> Uma hipótese que, a nosso sentir, poderia configurar como regulamento autônomo entre nós será a do art. 237 da Constituição. O mesmo não é possível pensar quanto ao art. 84, VI, a, do mesmo diploma. Aqui vislumbramos competência para emissão de regulamento orgânico, ditos administrativos ou internos, cujos destinatários são os próprios órgãos da Administração. O regulamento autônomo, por sua vez, resulta não somente de respaldo constitucional explícito, mas se acha voltado para externos, emitindo regras que são de observância pelos particulares.

<sup>12</sup> Nesse sentido, Di Pietro (*Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Altas, 2006, p. 104), Alexandre Santos de Aragão (ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras

Sendo mais adequado entre nós situar-se a competência normativa das agências em sede de regulamento, ao invés do campo da lei delegada, importante notar que tanto a remissão normativa quanto a deslegalização alcançaram esclarecedora delimitação na pena de García de Enterría e de Tomás-Ramón Fernández.<sup>13</sup>

No entender destes, verifica-se a remissão normativa quando uma lei transfere a uma norma posterior, a qual será elaborada pela Administração Pública, o encargo de proceder à disciplina de certos elementos complementares da ordenação que estatui. Preciso fixar que, contrariamente ao que ocorre na delegação legislativa, onde há a transmissão provisória de uma competência legislativa, na remissão normativa, conforme esclarecem os autores, nada mais ocorre senão a outorga de uma competência própria da Administração, de natureza regulamentar.

A outra técnica é a deslegalização. Consiste – segundo os referidos autores – na operação efetuada por uma lei que, sem entrar na disciplina material de um assunto, até então regulado por lei anterior, venha a abrir a sua regulação em favor da competência regulamentar da Administração. Com isso, desloca-se o tratamento do tema da esfera do legislador para a do regulamento.

Considerada a competência normativa das agências reguladoras, é de se vislumbrar que a remissão normativa se qualifica como a modalidade mais adequada a justificá-la.

Volvendo-se a Enterría e Tomás-Ramón Fernández,<sup>14</sup> constata-se que a deslegalização é o campo, por excelência, da organização administrativa, no qual a intervenção da lei em sentido estrito não vem exigida pela natureza intrínseca das relações jurídicas, mas em face de um simples princípio de ordem formal.

Contrariamente, as normatizações elaboradas pelas agências são idôneas a produzir – com intensidade – variados efeitos sobre a conduta dos particulares. Atingem, assim, diretamente as relações entre os agentes econômicos, prestadores de serviço público ou não, e os destinatários de sua atuação.

---

independentes e o Estado democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, ano 37, n. 148, out./dez. 2000). Esclarecedor, Lafayette Pondé (PONDÉ, Lafayette. *Estudos de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 158 e 167), afirma que, quando o regulamento é expedido por autoridade cuja função típica não é a administrativa, mesmo assim pratica ato administrativo. Igualmente, esclarece que no âmbito da função administrativa contém o que denomina de poder normativo.

<sup>13</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 10. ed. Madri: Civitas, 2000. v. I, p. 266-277.

<sup>14</sup> *Loc. cit.*, p. 275.

Portanto, é de se requerer a existência de lei que remeta ao regulamento a tarefa de complementar a sua disciplina.

Mesmo sem se reportar à legislação das agências, no Supremo Tribunal Federal se vislumbrou ponto de vista, embora não conclusivo, a respaldar a remissão normativa como adequada para permitir o complemento, pela via regulamentar, da disciplina da prestação de serviço público. E, ao fazê-lo, acentuou-se que, ao contrário do que possa parecer a um primeiro súbito de olhos, o regulamento executivo não constitui mera repetição da lei regulamentada. Antes, cabe-lhe inovar no terreno jurígeno, sem embargo de tal inovação ter de se conter nos lindes da lei que o habilita para tal missão.

Assim sucedeu no julgamento da ADI nº 561 - 8 - DF.<sup>15</sup> Dentre outros preceitos, impugnava-se, por suposto extravasamento à competência do Congresso Nacional, o art. 3º do Decreto nº 177/91, o qual definiu os conceitos de grupo bem determinado de pessoas, serviço limitado dedicado, serviço limitado de múltiplos destinos e serviço por linha dedicada. De acordo com a motivação constante do pronunciamento do relator, a Lei nº 4.117/62, por seu art. 7º, §2º,<sup>16</sup> teria autorizado o Executivo a estabelecer tais normas de caráter técnico a serem observadas por aqueles incumbidos de executar os serviços compreendidos no Sistema Nacional de Telecomunicações, desde que, como parece ter se aventado em tais razões, restem observados os parâmetros fixados em lei, o que parece sugerir, ainda que implicitamente, a adoção da concepção do princípio inteligível.<sup>17</sup>

Daí porque penso que o exercício da competência normativa, por parte das agências reguladoras, encontra justificativa em nosso sistema

<sup>15</sup> Pleno, mv, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 23.01.2001.

<sup>16</sup> A leitura do dispositivo nos mostra decisiva nesse sentido: "Art. 7º [...] §2º Objetivando a estruturação e o emprego do Sistema Nacional de Telecomunicações, o Governo estabelecerá as normas técnicas se as condições de tráfego mútuo a serem compulsoriamente observadas pelos executores dos serviços, segundo o que for especificado nos Regulamentos".

<sup>17</sup> Interessante a transcrição de passagens do voto do relator: "*Não se pode desconhecer*, neste ponto, que a própria Lei nº 4.117/62 autorizou o Poder Executivo a estabelecer normas técnicas a serem observadas compulsoriamente pelos executores dos serviços compreendidos no Sistema Nacional de Telecomunicações, "*segundo o que for especificado nos Regulamentos*" (art. 7º, §2º). Vê-se, daí, que o legislador, ao reconhecer um amplo espaço de atuação regulamentar ao Poder Executivo, outorgou-lhe condições jurídico-legais para – com o objetivo de estruturar, de empregar e de fazer atuar o Sistema Nacional de Telecomunicações – estabelecer novas especificações de caráter técnico, tornadas exigíveis pela evolução tecnológica dos processos de comunicação e de transmissão de símbolos, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza. Embora não seja impossível ao Executivo dispor, em sede regulamentar, sobre o sentido e a noção de determinados institutos ou figuras jurídicas, é preciso reconhecer que se trata de atividade necessariamente condicionada pelo que prescrevem os atos normativos com os quais o Regulamento, por vínculo de subordinação hierárquica, deve manter estrita relação de dependência".

jurídico. E tal decorre da competência regulamentar, a ser desempenhada mediante a explícita previsão legal, identificando-se com a remissão normativa.

Essa compreensão – averbe-se – foi, rápida e sucintamente, sufragada no julgamento da ADI nº 1.668 - 5 – DF,<sup>18</sup> na qual se conferiu ao art. 19, IV e X, da Lei nº 9.472/97, que prevê a competência da ANATEL para expedir normas “quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público” e “sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado!”,<sup>19</sup> interpretação conforme a Constituição de 1988, para o fim de afirmar que tal atributo consiste na expedição de normas subordinadas aos preceitos legais e regulamentares que disciplinam a transferência do serviço.

Prova disso é que o voto do relator, no particular do art. 19, teve a sua motivação praticamente restrita ao inciso XV, o qual conferiu à agência competência realizar busca e apreensão. Quanto aos incisos IV e X, explicitou, apenas e somente:

Talvez mesmo esse aspecto seja decorrente do fato de os incisos IV e X estarem ligados a questões simplesmente administrativas da prestação dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado, valendo notar que se presume que os preceitos a serem expedidos observem o que já se contém no arcabouço normativo, sob pena, aí sim, de extravasamento, a resolver-se no campo da legalidade.

Os demais pronunciamentos – com exceção ao do Min. Sepúlveda Pertence,<sup>20</sup> o qual, também sem maior explicitação, foi o proponente da interpretação conforme – dirigiram suas motivações quanto ao art. 19, XV, da Lei nº 9.472/97. Não se reportaram à análise do tema da competência normativa das agências, limitando-se à concordância com o relator, salvo o Min. Moreira Alves que, inclinando-se pelo não conhecimento da ação, à minguada impugnação do *caput* e por a interpretação conforme ser desnecessária para dizer o óbvio.

<sup>18</sup> Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, mv, DJU de 16.04.2004.

<sup>19</sup> Não foi arguida a inconstitucionalidade dos incisos XII e XIV, os quais também tratavam da atribuição à agência de competência de competência normativa.

<sup>20</sup> Foram as palavras de S. Exa.: “Peço vênias ao eminente Relator, com relação aos incisos IV e X, para propor interpretação conforme. Estou de acordo com S. Exa., em que nada impede que a Agência tenha funções normativas, desde, porém, que absolutamente subordinadas à legislação, e, eventualmente, às normas de segundo grau, de caráter regulamentar, que o Presidente da República entenda baixar. Assim, de acordo com o início do voto de S. Exa., entendo que nada pode subtrair da responsabilidade do agente político, que é o Chefe do Poder Executivo, a ampla competência reguladora da lei das telecomunicações”.

Isso mostra que há ainda muito a ser descortinado sobre a competência normativa das agências, o que justifica o tópico que segue.

#### 4 A remissão normativa e seus limites

À admissibilidade da recepção do instituto das agências reguladoras pelo sistema jurídico brasileiro segue-se o desafio em traçar a extensão e os limites com os quais se depara a competência normativa daquelas.

A primeira inquietação vem a partir do julgamento da ADI nº 1.668 - 5 - DF. Diz respeito a investigar à medida que as normas elaboradas pelas agências estão submetidas à observância dos decretos expedidos pelo Presidente da República, nos termos do art. 84, IV e VI, da Lei Maior.

Importante recordar que, no conjunto de autonomias que possuem as agências frente à Administração Direta, está, justamente, a autonomia técnica. Esta consiste na circunstância de que as decisões daquelas, em face da necessidade da preponderância do critério técnico sobre o político, não serem suscetíveis de revisão pelo Poder Executivo mediante recurso hierárquico impróprio. Exaurem-se no âmbito dos órgãos próprios da agência.

Mais uma vez o recurso ao paradigma norte-americano se afigura valioso. Com base no exame de tal sistema jurídico, Leila Cuellar<sup>21</sup> revela uma classificação inerente às regras elaboradas pelas *regulatory agencies*, assim disposta: a) regulamentos procedimentais ou organizativos (*procedural rules*); b) regulamentos legislativos (*legislative rules*); c) regulamentos interpretativos (*interpretative rules*).

Os primeiros dizem respeito à organização e ao regramento do funcionamento da agência, suas práticas, tendo relevância meramente interna. Já os segundos, os regulamentos legislativos, consistem naqueles aprovados pelas agências mediante uma autorização legislativa, visando à concretização dos objetivos traçados pela lei que a instituiu, sendo aptos para a criação de direitos e deveres para os cidadãos e pessoas jurídicas privadas. Os regulamentos interpretativos, por sua vez, são aqueles elaborados pela agência com o intuito de comunicar ao público o seu entendimento sobre a aplicação de leis e regulamentos.

Partindo-se dessa constatação, a qual é possível, com algumas adaptações, ser trasladada para o nosso direito positivo, forçoso recordar que tal se dá mediante a bipartição entre os regulamentos administrativos e jurídicos.

<sup>21</sup> CUELLAR, Leila. Poder normativo das agências reguladoras norte-americanas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 229, jul./set. 2002, p. 165-166.



Quanto aos primeiros, voltados à organização interna e funcionamento da agência, é indiscutível a vinculação aos regulamentos editados pelo Presidente da República, seja pela posição deste de dirigente superior à Administração Pública Federal (art. 84, II, CF), sobretudo e inclusive por tal competência resultar diretamente da Constituição, conforme se vê do art. 86, VI, a, da Lei Maior.

Diversamente, a competência para a emissão de regulamentos jurídicos é condicionada pela lei, a qual autoriza a Administração a fazê-lo. O remate resulta do art. 84, IV, da Norma Ápice, a mencionar a expedição de regulamentos para a execução da lei. O fundamento da competência regulamentar se encontra na lei, de sorte que a norma regulamentar constitui seu complemento necessário. Logo, segue que o regulamento não poderá contrariar os ditames do legislador nem ir além deles.

Desse modo, tomando-se como exemplo o art. 8º, XV, da Lei nº 9.478/97, o qual atribui competência para a Agência Nacional do Petróleo para “regular e autorizar as atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis”, tem-se que o legislador autorizou o exercício da competência regulamentar em favor da agência e não do Presidente da República. Assim, aquela se encontra, nesse aspecto, vinculada unicamente à lei.

Considerando-se que a matéria ainda não foi examinada com a percuciência devida pelo Supremo Tribunal Federal, há, indispensavelmente, que se projetar um divisor de águas, de maneira que a vinculação da agência, no exercício da sua competência normativa, aos regulamentos editados pelo Presidente da República, há de se limitar aos regulamentos de natureza administrativa, de feição preponderantemente organizatória. Do contrário, instituir-se-á prática que desnatura, por completo, o instituto que o nosso regime jurídico-administrativo pretendeu assimilar.

Outro aspecto a ser examinado é quanto à própria remissão do legislador. Será aceitável a sua realização de forma genérica, a partir da qual possa a agência desenvolver o princípio inteligível, ou, de forma oposta, exige-se que a atribuição da competência mais detalhada e precisa?

Não se desconhece que, na prática norte-americana, mereceu aceitação a outorga de delegações normativas demasiado abertas às agências reguladoras. Assim compreendeu a Suprema Corte, antes do *new deal* (*J.W. Hampton v. United States*, 276 U.S., 394, de 1928), inaugurando tendência que, salvo precedentes tomados por influência da maioria republicana, foi retomada ainda no governo Roosevelt (*Yakus v. United States*, 321, U.S., 414, de 1944). Para afastar os argumentos contrários, reconheceu-se que uma lei do Congresso poderia delegar poderes normativos gerais a agência,



desde que o legislador traceje um princípio inteligível (*principle intelligible*) para guiar a Administração.

A aceitação da delegação ampla foi ratificada na segunda metade do século XX, persistindo até a atualidade, segundo evidenciam os precedentes *Kent v. Dulles*, 357 U.S. 116 (1958), *American Petroleum Institute*, 448 U.S. 607 (1980), *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361 (1989) e *Whitman v. American Trucking Associations*, 531 U.S. 457 (2001).

Nessa linha de pensar, Alexandre Aragão<sup>22</sup> observa que as leis que atribuem competência normativa às agências reguladoras possuem baixa densidade normativa, justamente para permitir um maior desenvolvimento de regras setoriais, as quais são mais aptas para, com autonomia e agilidade, disciplinarem a complexa e dinâmica realidade à qual diz respeito.

A despeito disso, penso que a questão não dispensa uma análise do quadro social e político brasileiro. Enquanto os Estados Unidos vivenciam, sem solução de continuidade, uma experiência democrática de mais de duzentos e trinta anos, com confiança nas suas instituições e onde a opinião pública desfruta de enorme prestígio, a realidade brasileira se mostra diversa. Fragilidade político-institucional, práticas administrativas inspiram forte cunho patrimonialista, sem contar a recente crise que expôs um nível alarmante de corrupção.

Atento a tal cenário, Francisco Cavalcanti<sup>23</sup> chama atenção para que, mesmo sem desconhecer as mazelas do nosso Legislativo, nas suas relações espúrias com o Executivo, não se afigura possível perder da vista a preocupação com as normatizações – de grande importância para o cotidiano das pessoas – emanadas por entes, tais como as agências independentes, cujas atividades são bem menos expostas ao conhecimento da população, principalmente quando, a seu modo de ver, a sua execução procedimental, de afã democrático, não passa de algo formal e desprovido de efetividade.

Desse modo – acrescenta o autor – não se poder olvidar a avidez dos reguladores no sentido amplo de expedirem normas, criando direitos e obrigações, sem legitimação direta para tanto, no mais das vezes camuflando vícios por trás de argumentos técnicos que se constituem em tecnicismos falaciosos.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> *Loc. cit.*, p. 286-288.

<sup>23</sup> CAVALCANTI, Francisco. A "reserva de densificação normativa" da lei para preservação do princípio da legalidade. *Revista Duc In Altum Caderno de Direito*, v. 1, n. 1, jul./dez. 2009, p. 78-79.

<sup>24</sup> Quanto aos regulamentos tradicionais, essa preocupação – insista-se – é antiga no sistema jurídico continental, como nos mostra Rivero (RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhart Soares. Coimbra: Almedina, 1981), para quem, quando compete à Administração elaborar

Por isso, afirma que “a reserva de densificação mínima da lei é requisito para que uma normatização secundária seja compatível com a Constituição Federal, no sistema jurídico brasileiro”,<sup>25</sup> por respeitar tanto o art. 5º, II, quanto o art. 37, *caput*, da Lei Maior.

Penso ser o entendimento mais adequado ao direito pátrio, a exigir, no futuro, reflexão do Supremo Tribunal Federal.

Não esquecer que a competência normativa das agências esbarra nos assuntos onde a Constituição, explicitamente, pôs sob a reserva da lei. Verificando-se tais situações, é preciso observar que somente o legislador poderá dispor sobre os elementos essenciais da respectiva relação jurídica.

Isso porque à Constituição cabe dispor – e o faz vinculando os poderes constituídos – sobre o modo de produção das normas jurídicas. Sendo assim, se há norma constitucional dispondo que a lei é que deve disciplinar determinada matéria – notadamente em face da relevância desta – tem-se campo interdito ao regulamento e, de conseqüente, ao poder normativo das agências.

Na prática, dois pontos serão capazes de despertar a atenção do aplicador do Direito. O primeiro deles são as situações que envolvem o exercício profissional, para as quais o constituinte de 1988 entendeu de, em mais de uma passagem, inserir a fixação das correspondentes restrições no domínio da lei formal. É o que se tem do art. 5º, XIII, e do art. 170, parágrafo único, da Lei Máxima vigente.

A Lei nº 9.478/97, dentre as competências que outorga à Agência Nacional do Petróleo, está a constante do seu art. 8º, XV, consistente em regular e autorizar o exercício das atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis. Penso que, a despeito da relevância da atribuição, é indispensável cautela da agência para não expedir normatividade que venha a criar requisito para o exercício de atividade econômica em tal segmento, pois para tanto somente o legislador se encontra habilitado constitucionalmente.

Outra hipótese é a da imposição das sanções administrativas. Por força do reconhecimento da aplicação dos princípios do direito criminal sobre a matéria, impõe-se a legalidade, tão cara à Constituição de 1988 (art. 5º, XXXIX).

---

a regra jurídica, ela é tentada para utilizar tal competência para facilitar a sua tarefa e para impor obrigações aos particulares. Inverte-se, assim, a razão essencial do princípio da legalidade, o qual passa de instrumento de limitação do poder para mecanismos que permita ao governo aumentar a sua autoridade.

<sup>25</sup> CAVALCANTI, Francisco. A “reserva de densificação normativa” da lei para preservação do princípio da legalidade. *Revista Duc In Altum Caderno de Direito*, v. 1, n. 1, jul./dez. 2009, p. 79.

Assim tem se manifestado a jurisprudência. Um exemplo o REsp nº 1.386.994 – SC,<sup>26</sup> no qual se afastou o questionamento acerca da validade da Resolução nº 858/2007, onde se esclareceu que, na realidade, a tipificação das ações puníveis, na verdade, consta não do ato administrativo normativo, estando abrangido pela descrição constante do art. 78, A, da Lei nº 10.233/2001.

Também limitam o exercício da competência normativa das agências os princípios gerais do Direito. Estes constituem diretrizes e máximas, consagradas durante a evolução jurídica, visando aproximar as regras jurídicas dos ideais de justiça, e que, na atualidade, podem ser visualizadas nas constituições, expressamente ou por extração interpretativa.

O remate é respaldado pelo direito estrangeiro, sendo possível se vislumbrar tal reconhecimento a partir da doutrina espanhola e francesa.

Enterría,<sup>27</sup> na década de 1960, já alertava que a incidência específica de tais princípios sobre a competência regulamentar era formativa de um princípio maior, qual seja, o princípio matriz da interdição da arbitrariedade, o qual figura hoje no rol das garantias jurídicas do art. 9.3 da Constituição de 1978.

Na França, é indiscutível que os princípios gerais do Direito vinculam as autoridades administrativas e, portanto, a edição dos regulamentos, muito embora seja, na atualidade, discutível o seu valor constitucional. Nesse sentido, Jean-Michel Forge<sup>28</sup> e Verpaux e Janicot.<sup>29</sup>

À derradeira, não esquecer um laivo peculiar da atividade normativa das agências, principalmente quando se projeta para efeitos externos, criando direito e obrigações para os administrados. Trata-se da participação, a qual visa suprir déficit de legitimidade de seus dirigentes que, além de não serem eleitos, não podem ser destituídos ao nuto do Presidente da República, representando assim o traço de autonomia política da instituição e que aqui ganhou reforço com a deliberação do Pretório Excelso na ADI nº 1.949 – RS.<sup>30</sup>

Por essa razão, as leis instituidoras das agências reguladoras não descaram de prever a realização de audiência pública como antecedente para a alteração de normas administrativas que possam afetar os direitos

<sup>26</sup> STJ, Segunda Turma, rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 13.11.2013.

<sup>27</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria. *Revista de Administración Pública*, n. 30, sept./dic. 1959, p. 159-161.

<sup>28</sup> FORGE, Jean-Michel. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1991, p. 247.

<sup>29</sup> VERPAUX, Michel; JANICOT, Laëtitia. *Droit public: pouvoirs publics et action administrative*. Paris: Presses Universitaires de France, 2009, p. 62-63.

<sup>30</sup> Pleno, mv, Sepúlveda Pertence, julgamento em 18.11.99.

das agências econômicas ou dos consumidores e usuários. É o caso, dentre outras previsões, do art. 19 da Lei nº 9.478/97 e do art. 68, *caput*, da Lei nº 10.233/2001.

A omissão, por parte da agência reguladora, em lançar mão da audiência pública, quando assim dispuser a lei, haverá de implicar na invalidade da norma elaborada.

Os nossos pretórios ainda não se defrontaram com o tema com uma maior assiduidade. No entanto, não se pode esquecer que o Supremo Tribunal Federal tem prestigiado o modelo participativo nas relações entre a Administração e os administrados.

É certo que o caso não foi de audiência pública, mas, ao invés, de consulta, mas, mesmo assim, é de interessante menção, pela sua densidade prospectiva. Tratou-se do deliberado pelo Supremo Tribunal Federal no MS nº 24.184 – 5 – DF, impetrado com o fito de invalidar o Decreto de 27.09.2001, da lavra do Exmo. Sr. Presidente da República, o qual em ampliando a área do Parque Nacional da Chapada dos Veadeiros, atingira propriedade dos impetrantes.

Asseverou o Pretório Excelso, como motivação para deferir a segurança, que, em face de previsão expressa no art. 22, §1º, da Lei nº 9.985/2000, a tal ampliação deverá preceder procedimento de consulta pública, não podendo a formalidade ser suprida por parecer do Conselho Consultivo do Parque Nacional da Chapada dos Veadeiros, instituído pela Portaria IBAMA nº 82/2001.<sup>31</sup>

Esse entendimento, sem sombra de dúvida, reforça sobremodo o reconhecimento da condição de formalidade essencial atribuída à previsão legal de audiência pública para a tomada de decisão administrativa no âmbito que ora se examina.

Já a doutrina parece incisiva quanto ao ponto. Essa, entre nós, a opinião de Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>32</sup> e de Gustavo Henrique Justino de Oliveira.<sup>33</sup> No estrangeiro, incisivo, Agustín Gordillo<sup>34</sup> expõe

<sup>31</sup> A ementa do julgado é muito elucidativa: “Quando da edição do Decreto de 27.02.2001, a Lei nº 9.985/00 não havia sido regulamentada. A sua regulamentação só foi implementada em 22 de agosto de 2002, com a edição do Decreto nº 4.340/02. O processo de criação e ampliação das unidades de conservação deve ser precedido da regulamentação da lei, de estudos técnicos e de consulta pública. O parecer emitido pelo Conselho Consultivo do Parque não pode substituir a consulta exigida na lei. O Conselho não tem poderes para representar a população local. Concedida a segurança, ressalvada a possibilidade da edição de novo decreto” (STF - Pleno MS 24.185-5, mv., rel. Min. Ellen Gracie, DJU – 27.02.2004).

<sup>32</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Audiências públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 210, out./dez. de 1997, p. 21.

<sup>33</sup> OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 209, jul./set. 1997, p. 163.

<sup>34</sup> GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 4. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000. t. 2, p. XI – 4-5.

inclusive a possibilidade da concessão de cautelar pelo Judiciário, para o fim de evitar que a medida administrativa seja aprovada sem audiência pública, ou declarar a nulidade da decisão que derivar dessa omissão. Ilustra sua opinião com a referência elogiosa à deliberação, em sede preventiva, da Corte Suprema de Justiça da Nação da Argentina, por sua Sala IV, no caso *Youssefian*.

## 5 Síntese conclusiva

Ao final do exposto, é possível elaborar os remates que seguem:

- a) a complexidade das relações sociais, atual e fortemente acelerada pelo desenvolvimento tecnológico, tem acarretado uma inclinação dos sistemas jurídicos pela regulação independente, fenômeno que veio a manifestar no direito pátrio com a Reforma do Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado;
- b) os norte-americanos, cujo pioneirismo parece nos ter servido de inspiração, superaram eventual afronta à separação de poderes mediante o prevaletimento de uma leitura funcionalista da Constituição de 1787, de sorte a admitir a delegação de competência normativa às agências, submetida aos controles, cujos mecanismos principais são a da necessidade de fixação pelo ato de delegação do padrão a ser observado (*intelligible principle*) e o veto legislativo;
- c) a adequação do modelo no nosso sistema jurídico permite que se justifique a competência normativa das agências reguladoras mediante o instituto da remissão normativa, a qual se verifica quando, em sede de regulamento de execução, a lei formal transfere à Administração Pública – não necessariamente ao Chefe do Poder Executivo – a competência para normatizar elementos complementares à ordenação que traçou, justificada pela natureza técnica de tais detalhes;
- d) no que concerne aos limites quando de sua transposição para o direito nacional, observe-se, de logo, que a observância, por parte da competência normativa das agências, aos regulamentos editados pelo Presidente da República, circunscreve-se àqueles de natureza administrativa, relativos à sua organização interna, não sendo extensível aos jurídicos, voltados a produzir efeitos perante os administrados, os quais se hão de vincular unicamente às diretrizes constantes da lei de habilitação;



e) a consideração de nossa realidade social e política, bem como as características de nosso ordenamento, faz com que se exija, para que a normatividade das agências não reste exposta ao abuso de poder, outras limitações, consistentes numa densidade mínima da lei autorizadora, na interdição da disciplina de matérias que se insiram na reserva do legislador, na observância dos princípios gerais do Direito e no respeito à sua vertente participativa.

### **The Normative Function of Regulatory Agencies in Brazilian Law**

**Abstract:** This article examines, from a comparison with the North American experience, the adequacy to the 1988 Constitution of the model of independent regulation established here since the Reform of the Director Plan of the State Apparatus of 1995. The approach, which will be limited to the normative function of regulatory agencies, aims to delimit the nature and, in particular, the limits of such competence.

**Keywords:** Regulatory agencies. Normative competence. Limits.

### Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, ano 37, n. 148, out./dez. 2000.
- CASSESE, Sabino. *Derecho administrativo: história y futuro*. Versão para o espanhol por Alicia Isabel Saavedra-Bazaga. Servilha: Global Law Press; Editorial Derecho Global, 2014.
- CAVALCANTI, Francisco. A “reserva de densificação normativa” da lei para preservação do princípio da legalidade. *Revista Duc In Altum Caderno de Direito*, v. 1, n. 1, jul./dez. 2009.
- CUELLAR, Leila. Poder normativo das agências reguladoras norte-americanas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 229, jul./set. 2002.
- ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 10. ed. Madri: Civitas, 2000. v. I.
- ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria. *Revista de Administración Pública*, n. 30, sept./dic. 1959.
- FORGE, Jean-Michel. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1991.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 4. ed. Buenos Aires: Fundação de Derecho Administrativo, 2000. t. 2, p. XI – 4-5.



- HAMILTON, A; MADISON, J.; JAY, J. *El Federalista*. 2. ed. Tradução para espanhol por Gustavo R. Velasco. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 209, jul./set. 1997.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Audiências públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 210, out./dez. de 1997.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- PONDÉ, Lafayette. *Estudos de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhart Soares. Coimbra: Almedina, 1981.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Côte Suprema e o Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional americano*. Tradução de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- VERPAUX, Michel; JANICOT, Laëtitia. *Droit public: pouvoirs publics et action administrative*. Paris: Presses Universitaires de France, 2009.

Recebido em: 26.03.2018

Aprovado em: 25.05.2018

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A função normativa das agências reguladoras no Direito brasileiro e seus limites. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 20, n. 109, p. 237-255, maio/jun. 2018.

---