

O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF – Mutação constitucional do princípio da legalidade?*

Egon Bockmann Moreira
Heloisia Conrado Caggiano

Palavras-chave: Poder normativo. Agências reguladoras. Princípio da legalidade.

Sumário: Introdu o – **1** O fenômeno da muta o constitucional – **2** As agências reguladoras no Direito brasileiro – **3** O poder normativo das agências reguladoras em face do princípio da legalidade – Considera es finais

Introdu o

O processo de desestatiza o experimentado pelo Brasil em meados da década de 1990 deu origem   implementa o de técnicas interventivas típicas do modelo de Estado Regulador. Com isto, o Estado brasileiro abdicou parcialmente da interven o direta (endorregula o) em alguns setores da economia e passou a assumir fun es ditas reguladoras (heterorregula o), como meio de tentar garantir a eficiência na presta o de alguns dos serviços públicos que lhe foram normativamente atribuídos (além do cumprimento de fins públicos, da defesa da concorrência e do prestígio   liberdade empresarial).

Neste cenário, surgem no Brasil as chamadas agências reguladoras: autarquias de regime jurídico especial, integrantes da Administra o Pública indireta, com personalidade jurídica de Direito Público interno, dotadas de autonomia financeira, administrativa e patrimonial e voltadas ao desenvolvimento de atividades de natureza interventiva — previstas em lei — que se concentram prioritariamente no plano normativo (expedir normas para os setores regulados).¹ No exercício da fun o reguladora, as agências reguladoras emanam atos administrativos de natureza normativa, que retiram seu fundamento imediato de validade da lei, gerando efeitos na esfera jurídico-econ mica dos agentes privados (pretendem fazer com que adotem a conduta estabelecida na norma regulamentar).

Diante deste panorama, a questão que se coloca   como harmonizar o poder normativo atribuído às agências reguladoras e o princípio da legalidade, tradicionalmente concebido como imposi o de limites legais ao agir da Administra o Pública (que, na concep o tradicional do sistema de separa o de poderes, atuaria como mera executora da lei) e, do ponto de vista dos administrados, como garantia de que ninguém   obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de *lei*. Como consignou Maria Sylvia Zanella Di Pietro, aqui as “grandes indaga es são: Quais atribui es estatais se incluem no vocábulo *regula o*? Se regula o inclui o poder de estabelecer regras de conduta, qual o limite dessa atribui o, quando exercida por agências reguladoras?”.²

Neste sentido, cumpre investigar se — e de que forma — o fenômeno da muta o constitucional pode servir de ferramenta para compreender o conceito de legalidade face   nova realidade social e às transforma es operadas no campo do Direito Administrativo, sempre dentro dos limites estabelecidos na Constitui o vigente. O texto da norma constitucional que rege o princípio permanece o mesmo, mas será que o conteúdo e o alcance a ela conferidos são idênticos ao que se

tinha há décadas atrás? O presente estudo visa, pois, a analisar, a partir da jurisprudência do STF, se é possível falar em mutação constitucional do princípio da legalidade.

1 O fenômeno da mutação constitucional

1.1 Origem e definição

O Direito Constitucional e a noção de Constituição consolidaram-se com o advento das revoluções burguesas do século XVIII. Até a Independência Norte-Americana e a Revolução Francesa inexistia a própria noção de Direito Público e dos princípios dele decorrentes. O que se verificava eram abusos por parte do Império Britânico e do *Ancien Regime*, respectivamente.

Foi em meio à divulgação de ideais de liberdade, igualdade e fraternidade; sob a influência do movimento Iluminista e da sua compreensão universal, atemporal e permanente do Homem que surgiram as primeiras *leis* escritas visando a instituir a organização político-jurídica do Estado, como forma de limitar o exercício do poder político e assegurar a concretização de direitos universais. Até então, a palavra *constituição* existia no mundo do ser; não no do dever ser: não era um fenômeno jurídico, mas sim puramente político. Com tal “juridificação” do político acreditava-se que a transcrição das aspirações políticas em documentos escritos pudesse torná-las perenes — como se fosse possível instituir ideais universais imutáveis no tempo e no espaço; e como se o simples registro documental fosse suficiente para garantir a efetividade e a subsistência dos preceitos lá indicados, bem como a supremacia absoluta da Constituição.

Nada obstante a relevância histórica deste momento para a sociedade ocidental, a História se encarregou de provar que, exceção feita aos Estados Unidos, os constituintes foram muito complexos e pretensiosos. A Constituição Norte-Americana é a única que perdura desde o século XVIII. A primeira Constituição francesa, promulgada em setembro de 1791, logo no ano subsequente foi substituída. No Brasil, desde a Constituição do Império (1824) até a promulgação da Constituição Federal de 1988 já se somam oito Constituições (em que pese a ausência da qualidade constitucional das Cartas outorgadas e Atos Institucionais).

A par das diversas causas que poderiam estar por detrás deste fenômeno, a partir daí constatou-se que a mera existência de um documento escrito não seria suficiente — por si só — para garantir sua perenidade, tampouco sua supremacia, tal qual propagada pelos constituintes do século XVIII. Era necessário criar meios de adaptar a Constituição às mudanças pelas quais a sociedade, cada vez mais complexa, passava. A noção de imutabilidade, portanto, deu espaço à ideia de estabilidade, e a mudança tornou-se componente essencial à permanência e rigidez constitucionais. A partir desta compreensão desenvolveram-se técnicas formais e informais de alteração da Constituição.

A técnica formal concentra-se na ideia de reforma constitucional — procedimento revestido de forma, limites e requisitos previstos na própria Lei Fundamental, do qual decorrem as chamadas emendas constitucionais (e revisões). Paralelamente, há algum tempo os estudiosos do Direito Constitucional têm atentado para a ocorrência de mudanças na Constituição que não decorrem de processos formais e que se dão sem qualquer alteração do texto. Trata-se do fenômeno das

mutações constitucionais.

1.2 As mutações constitucionais

A Constituição não é — e nem pode ser assim compreendida — um documento pétreo, monolítico e estático. Se assim fosse, antes inibiria o desenvolvimento da experiência constitucional e frustraria as expectativas inerentes às conquistas civilizacionais. “Cada constituição — escreveu Karl Loewenstein — é um organismo vivo, sempre em movimento como a própria vida, e está submetido à dinâmica da realidade que jamais pode ser captada por meio de fórmulas fixas. Uma constituição não é jamais idêntica a si própria, e está submetida constantemente ao *panta rei* heraclitiano de todos os seres viventes”.³ A Constituição, como tudo o que mais existe, é um constante *vir-a-ser*, uma realidade em movimento. Esta perene fluidez da vida constitucional espelha a dinâmica do ser que, em sendo, vem a ser outra coisa diferente do que é. Em sendo lida e aplicada, a Constituição, portanto, transforma-se. Segundo Anna Cândida da Cunha Ferraz, o fenômeno da mutação constitucional consiste

[...] na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas, e diante de circunstâncias diversas.⁴

Este fenômeno revela que a atividade do aplicador da Constituição não se reduz ao mero exame descritivo — *declaratório* — do seu texto. É certo que a ele se vincula, não podendo ignorá-lo ou afastá-lo, sob pena de transformar a interpretação constitucional em mera opinião do intérprete. Contudo, a atividade de interpretação requer muito mais do que um raciocínio subsuntivo estagnado no tempo. Os dispositivos constitucionais não podem ser vistos como um dado estático, uma verdade absoluta, universal, abstrata e atemporal. Afinal, o direito não eclode em abstrato num plano ideal para depois incidir no mundo dos fatos: não há ordem normativa de conteúdo abstrato e estático, desvinculado da realidade fática e de seus valores. Para que possa incidir sobre a realidade, pretendendo regulá-la, é necessário que haja sintonia histórica entre norma e realidade circundante.

Daí a sutileza da atividade interpretativa: se é bem verdade que por meio da edição de normas que fixem direitos e garantias, bem como a estrutura e o funcionamento do Estado, pretende-se conferir segurança e certeza a tais conquistas sociais, não se pode desprezar a efetiva mudança decorrente da dinâmica histórica para conformação do sentido e alcance das expressões utilizadas pelo constituinte originário. É necessário adaptar a Constituição no tempo para preservá-la das alterações sociais que poderiam levar à sua absoluta inaplicabilidade (ou à sua ruptura).

Daí afirmar-se que a perenidade de uma Constituição não se garante a partir de sua imutabilidade, pelo contrário. A estabilidade e a rigidez constitucional pressupõem vida e mudança. A sobrevivência da Constituição no tempo e no espaço exige a respectiva mutação, pena de serem instaladas rupturas ou processos de inaplicabilidade crônica.

E uma das formas mais eficientes de adaptar o texto à realidade é por meio das chamadas mutações constitucionais, que implicam mudança material, substancial da Constituição, por meio da qual se “muda o sentido sem mudar o texto”.⁵ Estas mutações significam a instalação de nova compreensão dos dispositivos constitucionais e podem ocorrer tanto por meio da alteração do uso constitucional (costume constitucional ou nova interpretação) como do ambiente político ou das próprias circunstâncias sociais. De usual, as mutações são inicialmente imperceptíveis. Só se constata quando, em momentos cronológicos distintos e em vista de circunstâncias diversas, são comparadas as compreensões dadas a um mesmo texto, verificando-se que uma nova se sobrepõe à anterior.⁶

Podem as mutações ser implementadas de duas formas: ou por meio de atos praticados por pessoas estatais ou em decorrência de fatos. No que diz respeito aos atos praticados por entes estatais, há mudanças de caráter normativo ou de natureza jurisdicional. As primeiras se dão por meio de leis e regulamentos. Já as de natureza jurisdicional decorrem de decisões judiciais, notadamente em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Por outro lado, há alterações operadas em virtude dos fatos. Estas podem ter caráter jurídico — quando ocorrem por meio do costume constitucional ou de atividade interpretativa — ou de natureza político-social, como quando a inatividade do legislador frustra a efetividade da norma constitucional.

Em qualquer destas espécies de mutação, contudo, alguns limites devem ser estabelecidos. Afinal, num sistema de rigidez constitucional — como o brasileiro — até mesmo as mutações devem ser excepcionais.

Uma primeira restrição diz respeito à necessidade de se utilizar o texto constitucional como ponto de partida para a construção da nova norma, sob pena de incorrer em interpretação inconstitucional e em desprezo à Constituição. Além disso, qualquer mutação constitucional deve preservar o sentido sistemático do texto, pois é o sistema que dá sentido ao texto, e não o contrário. Qualquer aplicação “autônoma e independente” do texto resultará também em interpretação inconstitucional.

O fenômeno da mutação deve, ainda, respeitar os princípios estruturais da Constituição. Seus fundamentos essenciais (políticos e jurídicos) não podem ser subvertidos pela alteração do sentido de um de seus dispositivos.⁷ Por fim, a mutação não pode se dar a partir da compreensão da Constituição com base em leis ordinárias, subvertendo a hierarquia do sistema. Qualquer interpretação infraconstitucional será desvio inconstitucional.

Analisados estes aspectos, é possível verificar que o sistema constitucional brasileiro já experimentou algumas mutações constitucionais, em especial a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

1.3 Mutações constitucionais no Direito Constitucional brasileiro

Nada obstante a Constituição de 1988 ainda ser recente e o elemento *tempo* ser essencial para ocorrência e — sobretudo — percepção de mutações constitucionais, alguns exemplos de mutações já foram experimentados no sistema constitucional brasileiro, em especial a partir da

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Veja-se o alcance conferido pelo STF à garantia do Mandado de Injunção, prevista no art. 5º, LXXI, da Constituição. Inicialmente, a interpretação do texto fez nascer a norma de que esta medida se prestava apenas ao reconhecimento da mora do Legislativo em gerar o diploma normativo necessário ao exercício do direito fundamental, expedindo-se mandamento para que este exercesse sua competência: onde estava escrito “mandado de injunção” dever-se-ia ler “decretação de mora” e/ou “recomendação ao Legislativo”.⁸ Esta era a norma constitucional oriunda da leitura do texto positivado.

Quase 20 anos depois, com o julgamento de mandados de injunção em que se pretendia assegurar a servidores públicos o exercício do direito de greve previsto no art. 37, VII, da Constituição, o STF inovou ao propor solução normativa para a omissão legislativa, determinando a aplicação analógica (no que coubesse) da Lei nº 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na esfera da iniciativa privada, aos servidores públicos.⁹ O mesmo se passou quando o STF suspendeu o julgamento de quatro Mandados de Injunção (943-DF, 1010-DF, 1074-DF e 1090-DF) que tratavam do direito assegurado pelo artigo 7º, inciso XXI, da Constituição (“aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”).¹⁰

Afastando-se da orientação inicialmente perfilhada, de que a competência do Poder Judiciário por ocasião do julgamento de mandados de injunção estaria limitada à declaração da existência da mora legislativa e respectiva recomendação de que a lacuna normativa fosse preenchida, passou-se a aceitar a possibilidade de regulação provisória pelo próprio Judiciário em vista da necessidade de uma solução a partir da perspectiva constitucional como forma de conferir eficácia ao direito constitucional. Isto é, onde ainda estava escrito “mandado de injunção = mora do legislador” agora se lê “mandado de injunção = produção normativa”: o texto constitucional permanece o mesmo, mas hoje outra é a norma constitucional. A par dos diversos questionamentos que os casos acima suscitam, fato é que retratam alterações informais de dispositivos constitucionais.

Para o presente estudo, contudo, interessa investigar a partir de julgados do Supremo Tribunal Federal em que medida é possível se falar em mutação constitucional do princípio da legalidade, para a partir daí conferir fundamento constitucional ao poder normativo atribuído às agências reguladoras.

Para tanto, é mister analisar o que são as agências reguladoras e em que consiste o poder normativo a elas atribuído.

2 As agências reguladoras no Direito brasileiro

2.1 Origem e definição

Sobretudo em meados do século XX, predominou em muitos países o chamado modelo de Estado Providência que — em síntese — visava à promoção do bem-estar social por meio da atuação estatal direta na economia. O Estado passou a ocupar espaços os quais antes eram reservados à livre-iniciativa (seja em decorrência da ausência de capacidade de investimento desta, seja devido

a escolhas de políticas públicas). Nada obstante alguns efeitos benéficos decorrentes deste modelo num primeiro momento, depois de algum tempo passou-se a argumentar que a crise fiscal decorrente do excesso de despesas orçamentárias trazia consigo a ineficiência da ação direta do Estado na economia. O Estado seria um grande gerador de custos perdidos, a instalar perdas em setores essenciais ao desenvolvimento econômico.

Diante deste cenário teve início um processo crescente de desestatização, através do qual o Estado deixou de atuar precipuamente de forma direta — como prestador de serviços no âmbito econômico — e a iniciativa privada passou a desempenhar papel central no exercício das mais variadas atividades econômicas. No Brasil, este processo foi marcado, em especial, pelo chamado Plano Nacional de Desestatização (PND).¹¹

Esta redução das dimensões do Estado prestador de serviços, contudo, não implicou a assunção por parte dele de uma postura omissiva diante dos setores desestatizados, pelo contrário. Ele passou a atuar como ente regulador do domínio econômico, disciplinando a conduta dos agentes privados envolvidos de modo a tentar assegurar o cumprimento dos fins pré-estabelecidos. Esta “onda regulatória” visou não apenas a prevenir possíveis desvios no mercado (tais como assimetria de informações, deficiência na concorrência, externalidades, dentre outros, garantindo-se os interesses econômicos em jogo), mas decorreu também de preocupações de cunho sócio-político.¹² Afinal, os deveres impostos ao Estado pela Constituição não foram afastados em vista do processo de desestatização.

Este modelo regulatório, contudo, concentrado em funções normativas e fiscalizatórias, exigiu nova configuração da própria estrutura do Estado, pois o procedimento ordinário para elaboração de normas na esfera do legislativo e do executivo mostrou-se ineficaz para regular setores da economia cada vez mais dinâmicos e tecnicamente especializados. A natureza deste poder regulador demandava necessariamente autonomia e independência dos órgãos reguladores (em especial no que diz respeito a interesses políticos), atributos incompatíveis com a estrutura tradicional dos Poderes Executivo e Legislativo.

É neste contexto, e baseado na experiência norte-americana, que na década de 1990 surgem no Brasil as chamadas agências reguladoras independentes: autarquias sob regime jurídico especial, com personalidade jurídica de direito público, criadas por lei e instituídas mediante decreto do Chefe do Poder Executivo. Como leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro, trata-se do “fenômeno chamado de *agencificação*, pela criação de entidades com maior ou menor grau de independência, sob for inspiração do direito norte-americano”.¹³

Até o momento não há no sistema jurídico brasileiro qualquer disposição normativa que defina de forma precisa os caracteres e competências das agências reguladoras instituídas por lei.¹⁴ Nada obstante, a partir da análise dos diplomas legais que as instituíram, bem como a experiência decorrente da atuação destas agências nos últimos anos, alguns caracteres em comum podem ser traçados.

Pode-se dizer que as agências reguladoras brasileiras caracterizam-se, quando menos, por sua independência (decisória, de objetivos, de instrumento e financeira), autonomia (elas não devem estar sujeitas a controle hierárquico, ainda que estejam vinculadas à pessoa da Administração

direta que lhe deu origem) e competências específicas (“quase legislativa”, para emanar normas regulamentares exclusivas; e “quase jurisdicionais”, decidindo questões que lhes são submetidas), sempre decorrentes de previsão legal.

Neste sentido, investigando a natureza jurídica das agências reguladoras, Leila Cuéllar as caracteriza como entes reguladores (em vista da competência que lhes é atribuída para definir o regime legal específico aplicável aos setores regulados); que promovem e firmam contratos administrativos dentro da sua esfera de atuação, fiscalizando a observância e a execução dos referidos contratos; com competência sancionatória e atribuições típicas de uma ouvidoria, em vista do contato direto com os usuários dos serviços prestados pelos particulares que atuam nos setores regulados. E segue conceituando as agências reguladoras como “pessoas jurídicas de Direito Público, com estrutura formal autárquica e competência para regulamentar, contratar, fiscalizar, aplicar sanções e atender aos reclamos dos usuários/consumidores de determinado serviço público ou atividade econômica”.¹⁵ Nada obstante o amplo feixe de atribuições das agências reguladoras, no presente estudo interessa aprofundar especificamente a competência regulamentar (normativa) atribuída às agências.

2.2 O poder normativo das agências reguladoras

No Brasil, a atribuição às agências reguladoras de competências para editar normas jurídicas decorre das próprias leis que as instituíram;¹⁶ isto é, a competência para edição de atos com caráter normativo, visando a especificar e dar cumprimento às normas gerais e abstratas previstas em lei decorre de diploma legal. Note-se bem que se trata de competência infralegal, pois, como frisou Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “O que as agências não podem fazer, porque falta o indispensável fundamento constitucional, é baixar regras de conduta, unilateralmente, inovando na ordem jurídica, afetando direitos individuais, substituindo-se ao legislador”.¹⁷ Tais limites serão abaixo esboçados.

Em primeiro lugar, esta competência normativa tem natureza jurídica de *dever-poder*, pois “a lei imputa certos deveres às agências reguladoras, outorgando-lhes os correlatos poderes para que aqueles sejam atingidos”.¹⁸ Neste sentido, a Lei nº 9.427/1996, que criou a ANEEL, conferiu-lhe poder para “implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica, o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, *expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9074/95*” (art. 3º, I). Já em relação à ANATEL, dispõem os artigos 19, X, XII e XIV, da Lei nº 9.472/97, respectivamente, que ela compete “expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado”; “expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem” e “expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais”. Todas essas competências foram instituídas por lei e nos termos da lei instituidora devem ser exercidas.

Este *dever-poder* normativo atribuído às agências, portanto, decorre de autorização legal e nada obstante os atos dele decorrentes deterem força normativa, isto não significa que estejam num

mesmo nível hierárquico de lei. Os regulamentos das agências reguladoras são norma, e por isso vinculam os agentes regulados. Contudo, visam a cumprir a lei — e não a substituí-la. Daí porque os elementos estabelecidos nas leis autorizadoras são um primeiro limite aos regulamentos expedidos pelas agências — eles devem ser conforme, e não *contra legem*.

Além disso, os regulamentos não podem simplesmente criar de forma *autônoma* obrigações e deveres aos agentes privados. É necessário que haja fundamento legal, que haja prévia e expressa autorização em lei. Ou seja, a lei fornece um *standard*, e a partir daí autoriza a autoridade administrativa a expedir atos com caráter normativo que, inclusive, gerem direitos, deveres e obrigações aos administrados. Daí porque, se não podem substituir a lei, os atos normativos das agências também não se limitam à sua mera execução. Conforme estabelece José dos Santos Carvalho Filho, “os regulamentos também contêm novidades — que são exatamente as regras que dão completude às leis, e que, por isso, não se alojam em seu texto”.¹⁹ Ora, se o regulamento não pudesse inovar em nenhum aspecto, ou todos seriam dispensáveis em face das leis, ou nulos.

Mas se aos regulamentos — atos *administrativos* — é atribuído este caráter normativo, sendo-lhes permitido inclusive criar obrigações, direitos e deveres na esfera jurídica dos administrados (ainda que em decorrência de lei) cumpre investigar se em face do princípio da legalidade este poder normativo atribuído às agências reguladoras seria constitucional.

3 O poder normativo das agências reguladoras em face do princípio da legalidade

Na Constituição de 1988, o princípio da legalidade está expressamente previsto em dois dispositivos: art. 5º, II, e art. 37, *caput*, os quais, respectivamente, estabelecem que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar alguma coisa senão em virtude de lei” e que a Administração Pública está inevitavelmente vinculada ao princípio da legalidade. A única exceção a esta regra seria o contido no art. 84, IV, da CF, que prevê competência privativa do Presidente da República para, visando à fiel execução das leis, expedir decretos e regulamentos (art. 84, IV, CF).

A partir de uma interpretação *literal* dos dois primeiros dispositivos indicados é possível traçar o conceito clássico de legalidade.

3.1 A concepção clássica do princípio da legalidade

Conforme indicado no início do estudo, a Constituição surge como instrumento de organização político-jurídica do Estado, uma forma de limitar o exercício do poder político. Neste cenário, o princípio da legalidade é erigido como forma de salvaguardar os direitos e garantias dos administrados, evitando abusos por parte da Administração Pública.

Assim, no que toca à Administração Pública, o princípio da legalidade tradicionalmente significava vinculação do administrador à lei, de forma que a legitimidade dos seus atos decorreria justamente da existência de lei prévia que os definisse expressamente.²⁰ Por outro lado, a Administração só poderia atuar quando houvesse expressa determinação em lei. Em havendo, a lei deveria ser cumprida — não se tratava de mera faculdade. Se, por um lado, a Administração só estaria

autorizada a atuar quando houvesse expressa previsão legal e dentro dos limites lá estabelecidos — como mera executora da lei —, por outro a legalidade implicava que nenhum administrado seria obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

Do ponto de vista do administrado, portanto, a legalidade significava poder fazer tudo aquilo que não fosse expressamente proibido, além de garantir aos particulares que qualquer restrição aos seus direitos só poderia ser estabelecida por meio de lei. A atual compreensão do princípio da legalidade, contudo, requer mais do que uma mera análise da literalidade dos dispositivos em questão.

3.2 O fundamento do poder normativo das agências reguladoras e o conceito de legalidade

Se o conceito tradicional de legalidade respondia às expectativas da sociedade até o advento do século XX, o desenvolvimento da sociedade e a reorganização do Estado e de suas novas funções — que demandou a reestruturação da Administração Pública — exigiu uma revisão do conceito até então adotado de legalidade. O novo cenário na Administração Pública, em especial a criação das agências reguladoras, requereu a flexibilização dos limites impostos à atuação administrativa em decorrência da noção tradicional de legalidade, atribuindo-se às agências a capacidade de editar atos com alguma carga normativa que permitissem a adequada regulação do sistema em vista da dinâmica dos setores. Assim, a nova competência atribuída à Administração Pública demandou, por consequência, uma nova compreensão do princípio da legalidade, bem como das fontes de produção de normas jurídicas. Frise-se que não se trata da *derrogação* do princípio da legalidade, mas da tentativa de sua compreensão contemporânea.

A matéria ainda é objeto de discussão. Há séria divergência acerca do fundamento jurídico do poder normativo atribuído às agências reguladoras (em especial se ele decorreria ou não de delegação legislativa) e de como a questão se coloca diante do princípio da legalidade. Para Tercio Sampaio Ferraz Jr., o poder normativo atribuído às agências reguladoras consubstancia *delegação legislativa inominada* (isto é, sem nomeação constitucional, fundada em legislação infraconstitucional), que tem como fundamento não a noção de delegação para *fiel cumprimento* de lei nem a relativa à edição de *lei delegada*. A espécie de delegação em questão seria introduzida no sistema pelo princípio da eficiência e exercido por meio de *regulamentos de complementação*, os quais

[...] exigem do Legislativo o estabelecimento explícito das normas gerais, dos princípios e dos critérios diretores, sob cuja égide ocorrerão especificações de natureza executiva que não apenas particularizariam o conteúdo de regras gerais, mas, de algum modo, criam regras dentro das linhas fixadas pelo legislador.²¹

Assim, para Ferraz Jr., a delegação de poder normativo às agências reguladoras é instrumental, está condicionada à previsão em lei e decorre, sobretudo, do princípio da eficiência “que exige que a administração, em vista do mercado, seja dotada de competências reguladoras de natureza técnica e especializada, sob pena de paralisia”.²² E continua:

Trata-se, como visto, de uma forma de delegação com base no princípio da eficiência e por esta introduzida no ordenamento constitucional. Afinal, no caso de atividade reguladora, sem ela ficaria vazio o princípio, tanto no sentido de sua eficácia, quanto no sentido de controle constitucional. Ou seja, com base na eficiência, a delegação instrumental ganha contornos próprios que garantem à independência das agências reguladoras seu supedâneo.²³

Diante deste cenário, ganha relevo a diferenciação proposta por Tercio Sampaio Ferraz Jr. entre o sentido de *bloqueio da legalidade estrita* e o *sentido de legitimação da legalidade*. De acordo com o primeiro, há casos em que a atividade administrativa só se exerce com fundamento em lei. Neste caso, a lei é *condição* da atividade (por exemplo, quando há reserva de lei) e qualquer regulamentação só poderá se dar para seu fiel cumprimento. No sentido de bloqueio, a legalidade tem como fundamento a certeza e a segurança. Já no sentido de legitimação da legalidade a lei não é vista como condição e limite da atividade, mas como *instrumento*, em que a solidariedade entre meios e fins ganha destaque, sobretudo, pela conjugação do princípio da eficiência a que está submetida a atividade administrativa (art. 37 da CF). Em síntese, para Ferraz Jr., o poder normativo das agências reguladoras se daria por meio de *delegação instrumental*, introduzida no sistema através do *princípio da eficiência* (igualmente vinculante à Administração Pública) e sempre com expressa previsão legal, donde a absoluta consonância com o princípio da legalidade, aqui entendido no sentido de *legitimação*.

Por outro lado, ao tratar do poder normativo das agências reguladoras, Marçal Justen Filho sustenta que admitir qualquer delegação de poderes legislativos em caráter definitivo seria inconstitucional se baseado simplesmente no art. 84, IV, da CF (pois este trata de delegação de poderes exclusivamente em favor do Presidente da República). Assim, qualquer eventual ampliação dos limites desta delegação legislativa pressuporia a alteração significativa do sistema constitucional atual, o que só poderia decorrer de atuação "constitutiva" sólida, consensual, tal como uma mutação constitucional.²⁴ Contudo, o autor admite que o dever-poder normativo atribuído às agências poderia configurar "delegação normativa secundária imprópria",²⁵ caracterizada pela atribuição ao Legislativo de faculdade para escolher entre disciplinar de forma exaustiva determinada matéria ou apenas fixar regras básicas, transferindo a competência para regramento exaustivo da matéria ao Executivo, cujas normas não teriam natureza primária, exclusiva de lei.

O raciocínio parte da diferenciação feita pelo autor entre legalidade normal, comum e legalidade estrita. Enquanto que nesta há regulação normativa exaustiva por meio de lei, limitando a competência normativa ao Legislativo, naquela exige-se a existência de lei para instituir direitos e obrigações, mas se permite que a própria lei atribua competências discricionárias em vista da solução mais adequada para o caso concreto. Sustenta Justen Filho que, na maior parte dos casos, a Constituição alberga o princípio da legalidade comum.²⁶ Admitindo a competência normativa atribuída às agências, portanto, Marçal Justen Filho identifica este *dever-poder* com o conceito de *competência discricionária*, que surge "a partir da opção do Legislativo em editar lei que reclama, explícita ou implicitamente, complementação normativa".²⁷ Em derivando da lei, tanto o conteúdo quanto o espírito e a finalidade da norma administrativa devem ser absolutamente compatíveis com a lei.

Por fim, merece destaque ainda a opinião de Leila Cuéllar a respeito do tema, para quem a legitimidade do poder normativo das agências reguladoras deve ser compreendida a partir dos fundamentos que levaram à criação destas autarquias e das funções essenciais que lhes foram atribuídas. Assim, para a autora é essencial reconhecer que o desempenho satisfatório das funções atribuídas às agências e dos fins que lhes são impostos pressupõe necessariamente o exercício de poder normativo. Ou seja, a legitimidade deste dever-poder das agências configurara exemplo típico de *legitimação pela função*, e decorre, em síntese, dos seguintes fatores: a) da natureza das atividades exercidas pelas agências; b) dos fins a que elas se destinam (eficiência na regulação associada a uma atuação imparcial, técnica e especializada); e c) do fato de a sua instituição se dar por lei.²⁸ Em vista disso, e partindo do pressuposto de que delegação legislativa constitui mera outorga temporária e excepcional de competência legislativa — o que não se coaduna com a natureza e o conceito das agências reguladoras — o poder normativo a estas atribuído não decorreria de delegação legislativa. Pelo contrário, a autora defende inclusive que haveria que se construir uma teoria do regulamento autônomo no direito brasileiro a partir da qual se reconhecesse o poder normativo das agências, permitindo-se então estabelecer limites claros ao seu exercício.

Assim, concluindo pela constitucionalidade do poder normativo atribuído às agências reguladoras, Leila Cuéllar sustenta que os princípios constitucionais que servem de fundamento para se questionar a legitimidade deste poder normativo — dentre eles o da legalidade — devem ser revistos à luz das transformações sociais, pois o conceito estanque de legalidade estrita não mais se coadunaria com as sociedades contemporâneas, merecendo enfoque o que atualmente se denomina “princípio da Juridicidade”, segundo o qual a Administração não está apenas submetida à lei, mas sim ao Direito.

Paralelamente a tais compreensões acadêmicas, em algumas oportunidades o STF já se manifestou acerca de uma nova leitura do princípio da legalidade em face do caráter normativo atribuído a atos de natureza administrativa (em especial do Executivo), o que permite o início da conclusão de que o sentido tradicionalmente conferido àquele princípio não mais se coaduna com a sociedade contemporânea, conduzindo à constitucionalidade do poder normativo das agências à luz do conceito de legalidade.

3.3 A jurisprudência do STF – Acenos para uma nova compreensão do princípio da legalidade?

A possibilidade de se atribuir poder normativo às demais esferas de poder que não o Legislativo já foi enfrentada e reconhecida pelo Supremo Tribunal em diversas questões, abordando-se o tema à luz de uma releitura do princípio da legalidade.

Ao julgar *habeas corpus* em que se alegava suposta ilegalidade na especialização de Varas por meio de resolução de Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, o Supremo Tribunal Federal não concedeu a ordem por entender que a distribuição de competência não seria matéria sujeita à reserva de lei em sentido estrito, mas ao princípio da legalidade no sentido de *reserva de norma*, decorrente do art. 5º, II, da CF (HC nº 91.509/RN, Min. Eros Grau, DJ, 12 fev. 2010). Ao interpretar referido dispositivo, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer

alguma coisa senão em virtude de lei”, o relator, Ministro Eros Grau, distinguiu a *vinculação às definições de lei* da *vinculação às definições decorrentes*, ou seja, *fixadas em virtude de lei*, para sustentar que

No primeiro caso, estamos diante de reserva da lei; no segundo, em face da “reserva da norma” [norma que pode ser tanto legal quanto regulamentar; ou regimental]. Na segunda situação, ainda quando as definições em pauta se operem em atos normativos não da espécie legislativa — mas decorrentes de previsão implícita ou explícita em lei — o princípio estará sendo devidamente acatado. No caso, o princípio da legalidade expressa reserva da lei em termos relativos [= reserva da norma], razão pela qual não impede a atribuição explícita ou implícita, ao Executivo e ao Judiciário, para, no exercício de função normativa, definir obrigação de fazer e não fazer que se imponha aos particulares — e os vincule.

E o voto prosseguiu sustentando que tanto a leitura do princípio da legalidade contido no art. 5º, II, da CF se dá em termos relativos — isto é, ele não pressupõe reserva de lei, mas permite a atribuição de caráter normativo a atos do Executivo e do Judiciário — que ao menos em três oportunidades o constituinte excepciona esta lógica estabelecendo matérias expressamente sujeitas à reserva de lei, quais sejam: instituição de tributos, instituição de crimes ou penas e exigência de autorização de órgão público para o exercício de atividade econômica sem lei em sentido estrito (art. 5º, XXXIX, art. 150, I, e art. 179, parágrafo único).

Em outro julgado (Recurso Extraordinário nº 140.669-1/PE, DJ, 18 maio 2001) em que se discutia a possibilidade de lei ordinária atribuir a autoridade administrativa competência para estabelecer prazo de recolhimento de tributo, o STF abordou o poder normativo conferido a Ministro de Estado sob a óptica da chamada *deslegalização*, mais uma vez destacando que o princípio da legalidade não pode se limitar à noção de reserva de lei. Admitindo a possibilidade de determinadas matérias em princípio reguladas em lei serem por ela atribuídas a atos infralegais, o relator, Ministro Ilmar Galvão, sustentou em seu voto que em não se tratando de matéria reservada expressamente à lei, coaduna-se com o princípio da legalidade a atribuição de competência à Administração Pública para discipliná-la através de ato normativo próprio, desde que haja expressa previsão legal (a legalidade, então, é observada na medida em que há previsão em lei e observância aos limites nela especificados).

A respeito do tema, interessante, ainda, o acórdão proferido em 2009 pelo STF no Recurso Extraordinário nº 570.680/RS, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em que se reputou compatível com a Constituição Federal e com o princípio da legalidade a atribuição — por meio de norma infraconstitucional — de competência a órgão do Poder Executivo da União (CAMEX) para estabelecer alíquotas do imposto de exportação. O voto condutor destacou que a matéria não é reservada à lei, e que a competência para alteração das alíquotas de imposto de exportação (em decorrência do caráter extrafiscal deste) “dentro das condições e dos limites estabelecidos nas leis e regulamentos pertinentes, decorre, exatamente, de seu caráter regulatório, cuja conformação deve amoldar-se, com a maior presteza possível, às vicissitudes dos mercados nacional e internacional”. Continuando, o voto ressaltou a necessidade de se atribuir em algumas circunstâncias uma carga de poder normativo a órgão do executivo tecnicamente especializado em vista das exigências do mercado, afinal

A redução ou o aumento das alíquotas dos impostos aduaneiros exige, portanto, ação pronta e

tecnicamente adequada por parte do Governo para que o País possa reagir de modo eficiente às oscilações da conjuntura econômica interna e internacional. É exatamente essa eficiência que a Constituição Federal persegue [...]. A Câmara de Comércio Exterior – CAMEX, neste diapasão, é um órgão especializado, vinculado ao Ministério da Indústria e Comércio Exterior, o qual incumbe, dentre outras atribuições a “formulação, adoção, implementação e a coordenação de políticas e atividades relativas ao comércio exterior de bens e serviços”, nos termos do ato normativo que a criou.

Seguindo o raciocínio exposto pelo relator, o Ministro Dias Toffoli — em tese que se estende expressamente ao poder normativo das agências reguladoras — sustentou que a atribuição de poder normativo a órgãos do Executivo ocorre em diversos casos, sem qualquer óbice constitucional:

Temos vários órgãos da Administração Pública que estabelecem atos normativos e aplicam e interpretam a lei. A interpretação da lei não é atividade exclusiva do Presidente da República. Nós temos a Receita Federal, as agências reguladoras, todas elas, nas suas atividades cotidianas e no exercício das suas competências, estabelecem resoluções e interpretações normativas.

Destaque-se ainda o voto do Ministro Eros Grau neste mesmo julgado, segundo o qual o poder normativo atribuído à CAMEX na hipótese configuraria o que se denomina de “capacidade normativa de conjuntura”, ou seja, capacidade conferida em vista da insuficiência da lei para regular ou dispor acerca de determinada matéria. Explica:

A lei geralmente se exerce sobre as coisas que duram no tempo, respeita às situações estruturais. Aqui, estamos diante de situações conjunturais, que exigem — de um momento para o outro — sejam elevadas ou reduzidas alíquotas ou, simplesmente, reduzidas a zero. Isto tem que ser feito com uma rapidez muito grande. [...] essa capacidade normativa de conjuntura, para que se possa exercer plenamente, tem de ser detida pelo Poder Executivo. O Poder Executivo não é senão uma porção da totalidade que o Poder é. O Poder é indivisível. Todas as vezes em que se divide o Poder se o nulifica. O que há são especializações. Reclamam-se especializações mesmo no interior de cada um deles. E dentro do Poder Executivo há de ter alguém que exerça essa função, a capacidade normativa de conjuntura.

Verifica-se, portanto, que, no que toca ao poder normativo atribuído em algumas hipóteses a órgãos da Administração Pública, ele decorre em especial da noção de eficiência em matéria regulatória, em vista do caráter técnico das matérias tratadas e da necessidade de adoção de medidas ágeis a serem tomadas por quem detém conhecimentos especializados.

Este mesmo raciocínio utilizado pelo Ministro Eros Grau no julgamento do Recurso Extraordinário nº 570.680/RS foi por ele esposado no julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.591-1/DF, em que se discutia o dispositivo que estabelecia no conceito de serviço do Código de Defesa do Consumidor os serviços de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária. Na oportunidade, o Ministro tratou do poder normativo conferido ao Conselho Monetário Nacional, responsável pela fixação da taxa básica de juros praticável no mercado financeiro desde uma perspectiva macroeconômica, e prosseguiu destacando que

[...] [este Conselho] é titular de capacidade normativa — a chamada capacidade normativa de

conjuntura — no exercício da qual lhe incumbe regular, além, da constituição e fiscalização, o funcionamento das instituições financeiras, isto é, o desempenho de suas atividades no plano do sistema financeiro.

A partir da análise destes julgados, constata-se a construção de um conceito amplo de legalidade pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que não se limita à concepção clássica originariamente adotada, nem à dita legalidade estrita. Por diversas razões, em especial a dinâmica da sociedade e a necessidade de adoção de medidas ágeis e tecnicamente especializadas, reconhece-se a constitucionalidade — à luz do princípio da legalidade — de se atribuir competência normativa a órgãos do Poder Executivo (dentre eles às agências reguladoras), sobretudo em vista da ineficácia da lei para os fins propostos em relação ao desempenho de certas funções pelo Estado. Destaque-se ainda, a relevância que o princípio da eficiência assume nesta conjuntura.

Este novo sentido amplo atribuído ao princípio da legalidade pelo Supremo Tribunal Federal (que, conforme demonstrado, já vem sendo abordado pela doutrina), configura sério indício de verdadeira mutação constitucional em face da concepção clássica propagada, e aplica-se com perfeição à questão do poder normativo conferido às agências reguladoras, órgãos da Administração Pública indireta que visam à regulação de setores da economia, como forma de assegurar o bom desempenho das funções regulatórias, sem perder de vista os limites, *standards*, previstos em lei.

Considerações finais

A evolução das estruturas e formas tradicionais de exercício do poder estatal em face do desenvolvimento tecnológico acelerado da sociedade cada vez mais complexa levou à criação das chamadas agências reguladoras — parte do processo de desestatização consagrado pela Constituição brasileira (sobretudo a partir das Emendas Constitucionais da década de 1990). A par das dificuldades e críticas que podem ser apontadas a este sistema, fato é que a experiência tem revelado que estas estruturas — em especial por meio do exercício do poder normativo que lhes foi atribuído por lei — têm sido eficientes no cumprimento dos objetivos para os quais foram criadas.

Se bem exercitado, o poder normativo atribuído às agências, portanto, não implica qualquer subversão ao sistema, pelo contrário, decorre do seu aperfeiçoamento, para que se possa implementar de modo satisfatório os fins a serem alcançados pelo Estado Regulador. Ele também não implica qualquer mitigação do princípio da legalidade, mas o reforça na medida em que dele decorre, desde que se compreenda a legalidade em sentido amplo, não limitada à noção clássica e já superada — inclusive pela jurisprudência — de reserva de lei. O poder normativo das agências reguladoras não consiste em mera autorização para que a Administração Pública legisle em substituição ao próprio Legislativo, nem tampouco de autorização para que por meio de regulamentos a lei seja descumprida ou ignorada. Em verdade, surge como forma de atribuir maior eficácia à lei em sociedades contemporâneas complexas, reconhecendo-se a sua limitação para regular determinadas matérias em relação às quais cabe à lei, antes, estabelecer os *standards* a serem seguidos pelas demais fontes normativas que desta forma conferirão maior eficiência ao cumprimento da lei.

Em virtude da relevância que o quesito “eficiência” assume no que diz respeito à atuação estatal no modelo de Estado regulador, cumpre destacar que a eficácia da própria lei pressupõe — antes de mais nada — que se aceitem as suas limitações para o exercício das funções regulatórias. Se num primeiro momento o processo legislativo era a forma mais eficiente para conferir segurança jurídica aos administrados, com a assunção pelo Estado da função regulatória o conceito de segurança jurídica pressupõe também reconhecer a constitucionalidade das novas formas de expedição de normas que não estrita e rigorosamente a lei. O princípio da legalidade deve ser lido numa perspectiva ampla, condizente com a nova realidade do sistema jurídico.

Se é certo que o princípio democrático não torna dispensável a existência da lei — nem mesmo no que diz respeito à regulação de setores econômicos técnicos e dinâmicos — que continua sendo hierarquicamente superior aos atos infralegais, é certo que no que toca à regulação dos setores sujeitos à desestatização a lei passa a assumir função diferenciada: ela deixa de ter como finalidade estabelecer regras específicas e minuciosas e passa a prever *standards* gerais e abstratos a serem complementados, dissecados, especificados por meio de atos administrativos com natureza normativa — os regulamentos expedidos pelas agências reguladoras.

Este raciocínio, somado ao quesito da eficiência na atuação da Administração Pública permite compreender que se exercido nos limites estabelecidos em lei, o dever-poder normativo atribuído às agências reguladoras permitirá assegurar de forma mais satisfatória a efetivação dos fins do Estado previstos na Constituição e dos valores em que o sistema se alicerça. A constitucionalidade do poder normativo atribuído às agências reguladoras, portanto, decorre primeiramente de uma leitura sistemática da Constituição — compreendendo-se a nova função atribuída ao Estado. Mas vai além. É pressuposto que se compreenda que a leitura clássica do princípio da legalidade não mais se coaduna com a ordem constitucional, donde se extrai a compatibilidade do poder normativo das agências reguladoras.

Tais constatações são reforçadas pela compreensão que o STF conferiu a dois assuntos de magna importância no Direito Constitucional brasileiro, ao definir o conteúdo das normas do mandado de injunção e do princípio da legalidade. O que ambos os casos têm em comum? O tema das fontes normativas, da competência do Poder Legislativo e do que hoje se pode compreender por princípio da legalidade. As mutações estão em curso, por isso é muito importante que nos dediquemos a compreender este constante *vir-a-ser* constitucional.

Curitiba, outubro de 2012.

Recebido em: 19.10.2012.

Aprovado em: 05.04.2013.

* Este artigo foi originalmente escrito para o livro *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*, organizado pelos Professores Floriano de Azevedo Marques Neto, Fernando Dias Menezes de Almeida, Irene Patrícia Nohara e Thiago Marrara. Reiteramos aqui os nossos agradecimentos pelo gentil convite que nos foi formulado pelos

organizadores e, em especial, a nossa sincera homenagem à ilustre Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

¹ Sobre o assunto e seus diversos ângulos de investigação, v. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. *Passim*.

² Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*, p. 28.

³ *Teoría de la Constitución*. Trad. A. Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1982. p. 164. Tradução livre do espanhol.

⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 9. Ver também: JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Trad. C. Foster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. *Passim*; VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problematica del Poder Constituyente*. Madrid: Tecnos, 1985. p. 179-215. Importante também é a consulta às monografias de Renan Flumian de Carvalho (*Qual é o conceito de mutação constitucional para os ministros do STF?*). Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=138>. Acesso em: 12 out. 2012) e de Rodrigo Sarmiento Barata (*A mutação constitucional e o STF: sua utilização e algumas perspectivas*). Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=152>. Acesso em: 12 out. 2012), as quais analisam empiricamente a jurisprudência do STF quanto ao tema.

⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1228.

⁶ Ao tratar do tema das mutações constitucionais, Wellington Márcio Kubliskas as caracteriza pelos seguintes aspectos: informalidade, pluralidade de agentes, distanciamento no tempo, manutenção do texto/modificação da norma, sujeição a limites (*Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 80-81).

⁷ Neste sentido, a crítica de Marçal Justen Filho sobre o poder normativo conferido às agências reguladoras: “[...] a dinâmica do processo econômico-político-social não significa a eliminação da função normativa da Constituição. Não é possível invocar uma nova realidade como forma de ignorar a disciplina normativa estrutural consagrada num diploma constitucional. Portanto e enquanto vigente determinada Constituição, ali se estabelecem os limites, os fundamentos e os parâmetros de organização do poder político” (*O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 503).

⁸ São exemplos dessa interpretação: MI nº 107 QO, Min. Moreira Alves, DJ, 21 set. 1990 e MI nº 168, Min. Sepúlveda Pertence, DJ, 20 abr. 1990.

⁹ MI nº 670/ES, Rel. Orig. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007; MI nº 708/DF, Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007; MI nº 712/PA, Min. Eros Grau, 25.10.2007. Ver também os *Informativos do STF*, nºs 308, 430, 462, 468, 480 e 484.

[10](#) Decidiu-se pela competência do STF de emanar norma que supra a omissão legislativa e suspendeu-se o julgamento para a definição do conteúdo da norma a ser editada para colmatar a lacuna (*Informativo do STF*, n. 632, 20-24 jun. 2011).

[11](#) O Plano Nacional de Desestatização foi criado pela Lei nº 8.031/1990 e alterado pela Lei nº 9.491/97. Aprofundar em MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviços públicos: inteligência da Lei 8.987/1995*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 19-24.

[12](#) Como adverte Maria Sylvia Zanella Di Pietro, fato é que, no Brasil, a regulação por meio de agências administrativas não tem por objetivo apenas as relações econômicas em sentido estrito, mas igualmente abrange a assim denominada "regulação social": "Note-se que, dentre as agências reguladoras que vêm sendo instituídas no direito brasileiro, nem todas têm por objeto regular o mercado ou manter o equilíbrio da concorrência. Outras vêm sendo instituídas, com o objetivo de regular diferentes tipos de atividades, especialmente da ordem social, como é o caso da ANVISA (Agência de Vigilância Sanitária) e da ANA (Agência Nacional de Águas)" [Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 34].

[13](#) Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*, p. 45.

[14](#) Desde 2004 tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Executivo nº 3.337/2004, que dispõe sobre as regras aplicáveis às agências reguladoras relativamente à sua gestão, organização e mecanismos de controle social, e redefine suas atribuições e dos respectivos ministérios, em especial dos setores de petróleo e seus derivados, gás natural, telecomunicações e transportes. O projeto decorre, em grande parte, de recomendações resultantes do Grupo de Trabalho Interministerial criado em 2003 pelo então Presidente da República para (i) análise do arranjo institucional regulatório no âmbito federal; (ii) avaliação do papel das Agências Reguladoras; e (iii) proposição de medidas corretivas do modelo adotado.

[15](#) *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 81.

[16](#) Neste sentido, por exemplo, a Lei nº 9.961/2000 que instituiu a ANS estabelece em seu art. 4º, VI, VII, XVI, respectivamente, que cabe à ANS "estabelecer normas para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde – SUS; estabelecer normas relativas à adoção e utilização, pelas operadoras de planos de assistência à saúde, de mecanismos de regulação do uso dos serviços de saúde; estabelecer normas, rotinas e procedimentos para concessão, manutenção e cancelamento de registro dos produtos das operadoras de planos privados de assistência à saúde". Sobre o quadro geral das agências brasileiras, setores e competências, v. Leila Cuéllar (*Introdução às agências reguladoras brasileiras*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 155-166).

[17](#) Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*, p. 58.

[18](#) MOREIRA, Egon Bockmann. Os limites à competência normativa das agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de

Janeiro: Forense, 2006. p. 185.

[19](#) Agências reguladoras e poder normativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 77.

[20](#) 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. 93. V. também Egon Bockmann Moreira [O princípio da legalidade, a lei e o direito. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 45-61].

[21](#) Agências reguladoras: delegação de poderes e constitucionalidade. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio *Direito constitucional*. Barueri: Manole, 2007. p. 486. A respeito dessa compreensão (e outras), v. a crítica de Maria Sylvia Zanella Di Pietro [Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*, p. 50-56].

[22](#) Agências reguladoras: delegação de poderes e constitucionalidade. In: FERRAZ JUNIOR *Direito constitucional*, p. 492.

[23](#) Agências reguladoras: delegação de poderes e constitucionalidade. In: FERRAZ JUNIOR *Direito constitucional*, p. 495-496.

[24](#) *O direito das agências reguladoras independentes*, p. 512.

[25](#) *O direito das agências reguladoras independentes*, p. 513.

[26](#) *O direito das agências reguladoras independentes*, p. 515.

[27](#) *O direito das agências reguladoras independentes*, p. 517.

[28](#) *As agências reguladoras e o seu poder normativo*. São Paulo: Dialética. 2001. p. 130 et seq.

Como citar este conteúdo na versão digital:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. O poder normativo das agência reguladoras na jurisprudência do STF: mutação constitucional do princípio da legalidade?. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE* Belo Horizonte, ano 11, n. 43, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97658>>. Acesso em: 17 maio 2018.

Como citar este conteúdo na versão impressa:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico impresso deve ser citado da seguinte forma:

MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. O poder normativo das agência reguladoras na jurisprudência do STF: mutação constitucional do princípio da legalidade?. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 35-57, jul./set. 2013.