

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**GRADUAÇÃO EM DIREITO**

*Discricionariedade Técnica e Poder Normativo das*  
*Agências Reguladoras Brasileiras*

*Orientador: Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira*

*Jaqueline Mainel Rocha*

*97/09631*

Brasília – 2002

## SUMÁRIO

### INTRODUÇÃO

#### **CAPÍTULO I – AGÊNCIAS REGULADORAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: PANORAMA DE INSERÇÃO, INFLUÊNCIAS E CARACTERÍSTICAS**

**1.1. Redução da atuação direta do Estado na economia e contexto de veloz progresso tecnológico como determinantes da Regulação Setorial.**

**1.2. Modelo norte-americano e agências reguladoras.**

*1.2.1. A primeira inspiração.*

*1.2.2. Poderes “quase-jurisdicionais” e “quase-legislativos.”*

**1.3. Agências Reguladoras no Brasil**

*1.3.1. Agências Reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro.*

*1.3.2. Características das agências reguladoras.*

*1.3.2.1. Independência*

*1.3.2.2. Forma autárquica*

*1.3.2.3. Poder normativo.*

#### **CAPÍTULO II – PRESSUPOSTOS PARA COMPREENSÃO DA NOÇÃO DE DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA**

**2.1. Discrecionariiedade**

*2.1.1. Concepções Clássicas*

*2.1.2. Conceitos jurídicos indeterminados*

*2.1.3. Origens da discrecionariiedade técnica no ato administrativo.*

*2.1.4. A antítese de dois conceitos.*

*2.1.5. Discrecionariiedade técnica como modalidade de discrecionariiedade administrativa.*

*2.1.6. Justificativa da discrecionariiedade técnica.*

### **CAPÍTULO III – PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

**3.1. Regulação.**

**3.2. Poder normativo como traço marcante das agências reguladoras.**

**3.3. Poder normativo das agências reguladoras e separação de poderes**

*3.3.1. Poder normativo conjuntural do Executivo.*

*3.3.2. Poder normativo das agências reguladoras como reflexo da especialização setorial e formação de subsistemas de normatização.*

### **CAPÍTULO IV – DISCRECIONARIEDADE TÉCNICA COMO FUNDAMENTO DO PODER NORMATIVO ATRIBUÍDO ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS – PRECEITOS DIRETIVOS E STANDARDS COMO MEDIADORES DESTA COMPETÊNCIA**

**4.1. Preceitos diretivos, discrecionariiedade e poder normativo**

**4.2. Leis instituidoras das agências reguladoras: ordenamento jurídico brasileiro**

*4.2.1. Poder normativo das agências reguladoras e reserva de lei*

**4.3. Discrecionariiedade técnica como fundamento da atribuição de função normativa às agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro – a partir da teoria da delegação legislativa e a partir da admissão de competência regulamentar.**

*4.3.1. Delegação legislativa e discrecionariiedade técnica*

*4.3.2. Competência regulamentar e discrecionariiedade técnica*

**CONCLUSÃO**

**BIBLIOGRAFIA**

## INTRODUÇÃO

O presente estudo visa a traçar um panorama do quadro da inserção das agências reguladoras no direito brasileiro, restrito às agências federais, e a partir daí identificar como a necessidade de regulação de setores técnicos – expressa pela noção de discrecionalidade técnica – justifica a atribuição de poder normativo às agências reguladoras brasileiras.

A constatação de que as normas expedidas pelas agências reguladoras trazem em si inovação no ordenamento jurídico – relativamente à expedição de normas técnicas e setoriais – foi o grande ponto de partida deste trabalho. Inovação, nesse contexto, guarda relação com a inexistência de previsão em lei de preceitos que abriguem os dispositivos advindos das normas expedidas pelos entes reguladores, que mais do que simples execução das leis setoriais, acrescentam comandos genéricos e abstratos, que vinculam os entes regulados, impondo-lhes obrigações.

O que se pretende provar neste estudo é a influência que a discrecionalidade técnica exerce sobre a atribuição de poder normativo às agências reguladoras. Para tanto, partir-se-á de um panorama geral da inserção das agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro, das influências do direito alienígena e das principais características das agências reguladoras, deixando-se, propositadamente, para análise posterior, em capítulo apartado, a função normativa dos entes reguladores. A seguir, abordar-se-á a noção de discrecionalidade técnica, na tentativa de estruturar um conceito conciliador das noções de discrecionalidade e de técnica. Somente no capítulo IV será abordada a função normativa das agências reguladoras, tida como sua característica marcante. No último capítulo, discorrer-se-á sobre as implicações da discrecionalidade técnica na função normativa das agências reguladoras, tratando-se, especialmente, da estrutura normativa das leis que, para prover a necessária atuação técnico-discrecionária das agências, incorporam em suas estruturas preceitos que funcionam como diretivas ou *standards*. Ressalte-se que será abordado, a partir das diferentes teorias sobre a naturezas do poder normativo das agências – se resultante de delegação legislativa ou se poder

regulamentar – como a discrecionariade técnica implica este poder, mesmo dentre teorias diametralmente opostas.

Resumidamente, o objetivo deste estudo é justificar como a competência dos entes reguladores, pautada na necessidade de promoção de eficiência na máquina estatal, decorre da transferência de grau de discrecionariade técnica às agências reguladoras, a partir da abertura deixada por parâmetros normativos gerais fixados em lei. Tentar-se-á traçar um conceito para discrecionariade técnica e delimitar o seu campo de influência na atribuição de função normativa às agências reguladoras, bem como esclarecer a determinação que a discrecionariade técnica exerce na estrutura normativa das leis que deixam abertura para esta forma de atuação das agências.

## CAPÍTULO I

### **AGÊNCIAS REGULADORAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: PANORAMA DE INSERÇÃO, INFLUÊNCIAS E CARACTERÍSTICAS**

#### **1.1. Redução da atuação direta do Estado na economia e contexto de veloz progresso tecnológico como determinantes da regulação setorial**

O advento da regulação setorial no ordenamento jurídico brasileiro é inovação recente que foi introduzida em contrapartida à redução da atuação direta do Estado na economia, mormente na prestação de serviços públicos. Com o fenômeno da privatização e a transferência à iniciativa privada da execução de certas atividades de interesse social, surgiu como consequência reflexa a necessidade de regulação dessa atuação.

Contudo, inversamente do que se poderia crer, a redução da participação direta na prestação do serviço público ou na atuação em ramos de interesse social não implica a omissão do Estado ou redução do seu campo de interferência na economia. Pelo contrário, a regulação setorial acabou por reverter a noção de que, com a delegação da prestação de certos serviços à iniciativa privada, diminuiria a participação do Estado na economia.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup>MARQUES NETO, Floriano Azevedo, *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes*. p. 47. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org). **Direito Administrativo Econômico**, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 72-98, ressalta

Essa expectativa aparente de fato não ocorreu, visto que o abandono do Estado na atuação econômica, especialmente na prestação de um serviço público, pressupõe a separação do que antes convivia conjuntamente: o órgão regulador e o prestador do serviço.

A separação das duas faces de ação estatal configura, então, a distinção entre intervencionismo direto e intervencionismo indireto. O primeiro ligado a prestação direta de determinado serviço pelo Estado, e o segundo concernente à atividade de fiscalização, regulamentação e monitoramento da atividade econômica.

Nesse contexto, para viabilizar o que se denomina de desconcentração regulatória operacional, que é a saída do Estado da atuação econômica, incrementou-se a regulação normativa, consistente na responsabilidade que assume o Estado “na imposição de normas jurídicas aos particulares no desempenho de atividades econômicas”<sup>2</sup>. Esta seria a contrapartida necessária especialmente em matéria de serviços públicos.

Vale acrescentar que outra vertente para atuação das agências consiste em novos espaços regulatórios estatais. No dizer de Floriano Azevedo Marques Neto, “a emergência de órgãos ou entidades voltados a regular atividades econômicas ou interesses específicos, dantes relegados exclusivamente ao devir do mercado”<sup>3</sup> é que abriu margem para estes novos espaços.

Fator de grande influência no recente fenômeno brasileiro da regulação setorial é a grande velocidade com que inovações tecnológicas são operadas e a conseqüente

---

a crescente atuação do Estado na regulação econômica: “ (...) podemos identificar outra ordem de intervenção estatal no domínio econômico, que designaríamos de *intervencionismo indireto*. Trata-se, aqui, não mais da assunção pelo Estado da atividade econômica em si, mas de sua concreta atuação no fomento, na regulação, no monitoramento, na mediação, na fiscalização, no planejamento, na ordenação da economia. Enfim, cuida-se da atuação estatal fortemente influente (por indução ou coerção) da ação dos atores privados atuantes num dado segmento da economia. “(§)” A distinção entre intervencionismo direto e indireto é útil para fixarmos uma primeira mensagem: a retirada do Estado do exercício de uma atividade econômica não significa, nem pode significar, uma redução do intervencionismo estatal. Muito ao revés. Tanto entre nós como em vários exemplos que podemos colher da experiência européia, nota-se que à retirada do Estado do exercício direto da atividade econômica correspondeu um crescimento da intervenção (indireta) estatal sobre esta atividade específica.”

<sup>2</sup> AGUILLAR, Fernando Herren . *Controle social e controle estatal de serviços públicos*, In **Controle social de serviços públicos**, São Paulo: Max Limonad, 199, p. 211 e 212.

<sup>3</sup> Prossegue o autor: “Assim, assistimos ao surgimento de um arcabouço regulatório incidente sobre atividades de saúde complementar ou de planos de saúde (Lei federal 9.656, de 1998); verifica-se o surgimento de estruturas regulatórias sobre atividades privadas adstritas anteriormente à mera atividade de polícia (como ocorreu recentemente no âmbito da vigilância sanitária com a Lei federal 9.782, de 1998); testemunham-se esforços para construção de um aparato regulatório em torno da produção e uso de bens naturais escassos (como ocorre com o petróleo – Lei federal 9.478, de 1997 – e se tenta fazer com os recursos hídricos com a denominada *Agência de Águas*).”: MARQUES NETO. *Op. Cit.* p. 78.

especialização dos ramos do conhecimento daí decorrentes. Essa grande velocidade do desenvolvimento tecnológico encontra como empecilho a morosidade dos órgãos legislativos tradicionais para prover a disciplina sem a qual os setores não se desenvolveriam adequadamente.

Torna-se necessário, em contrapartida, como meio de resposta à demanda por modos compatíveis de disciplina, a implantação de um modelo de regulação setorial conformado a partir da divisão das diversas áreas, atribuindo-se competência normativa e fiscalizadora a entes independentes na administração, de modo que possam fazer frente ao alto grau de tecnicidade e velocidade, seja naqueles serviços considerados públicos, seja em atividades de relevante interesse social.

Assim, para atender às exigências de especialidade técnica e à minoração da atuação estatal direta na economia, renasce, de antigas propostas<sup>4</sup>, a de se criar órgãos reguladores específicos, inspirados no modelo norte-americano.

Assumindo outro papel, o Estado corporifica a figura de normatizador dos setores ditos regulados, que são aqueles para cuja atuação se volta o interesse público, tanto aqueles relacionados com a prestação de serviço público, quanto aqueles cujo impacto social é relevante a ponto de justificar o disciplinamento estatal.

Pode-se resumir, portanto, que o fenômeno da delegação de atividades essenciais a particulares ou da diminuição da máquina estatal traz consigo a contrapartida da necessidade da regulação setorial, ou seja, a produção em larga escala de normas técnicas que acompanhem a veloz inovação tecnológica dos setores e combinem na mesma atuação, a proteção do interesse público.

Nesse contexto é que se insere a temática da discrecionariiedade técnica e do poder normativo atribuído às agências reguladoras estatais.

## **1.2. Modelo norte-americano e agências reguladoras**

### ***1.2.1. A primeira inspiração***

---

<sup>4</sup> Para mais informações, vide: Bilac Pinto, **Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública**, Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense, 1941 e Luiz de Anhaia de Mello, **O Problema Econômico dos Serviços de Utilidade Pública**.

A inserção de agências reguladoras no Brasil teve inspiração no modelo anglo-saxão, notadamente o norte-americano. Na Inglaterra e nos Estados Unidos as primeiras agências reguladoras (*regulatory agencies*) foram criadas, respectivamente, em 1834 e 1887, a fim de regular determinados setores da atividade econômica.<sup>5</sup> Apesar da aparição posterior nos Estados Unidos, com a criação da *Interstate Commerce Commission* em 1887, o regime de regulação setorial norte-americano se desenvolveu ininterruptamente no curso dos anos<sup>6</sup>, servindo de inspiração para tantos outros, a ponto de autores como Caio Tácito identificarem as experiências com entes reguladores como uma “moderna tendência universal”<sup>7</sup>.

Nesse contexto, acompanhando tendência mundial, as recentes inovações na Administração Pública do Brasil tiveram forte inspiração no modelo anglo-saxão. Com isso se almejou acompanhar o crescimento da atuação do setor privado em áreas de interesse social, considerando a especialização tecnológica e atuação veloz que o novo instrumento das agências reguladoras poderia trazer, como discorrido acima.

O estopim para a adoção do modelo de agências foi, como esclarece Marcos Juruena Villela Souto<sup>8</sup>, a Reforma Inglesa, que retomou a criação de unidades independentes da Administração na década de 80, acrescidos da experiência Americana, Francesa e da Nova Zelândia. Todas elas influenciaram a idéia básica do Ministério da Administração e Reforma do Estado, segundo relatado por Alonso Nunes no Seminário sobre *Agências reguladoras* promovido pela FESP-Fundação Escola de Serviço Público do Estado do Rio de Janeiro.

Retornando ao paradigma norte-americano, assim tido pela considerável experiência prática ininterrupta no campo da regulação setorial, pode-se afirmar que o

---

<sup>5</sup> Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**, 2ª edição atualizada e ampliada, Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001, p. 148.

<sup>6</sup> Nos Estados Unidos, apesar de algumas crises em que se questionou a imparcialidade e a independência das agências reguladoras, o modelo regulatório teve presença ininterrupta desde a criação da primeira agência, em 1887, enquanto na prática inglesa o processo de regulação foi implantado mais fortemente a partir de 1984, com o modelo de privatização. Cf. TÁCITO, Caio. *As Agências Reguladoras da Administração*. p. 4. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, ano 34, vol. 221, p. 1 a 5, julho-setembro 2000.

<sup>7</sup> TÁCITO, Caio. *Op. Cit.*, p. 3.

<sup>8</sup> Cf. SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. *Agências Reguladoras*. p. 124-162. In: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 216, Rio de Janeiro: abril/junho 1999, p. 127.

desenvolvimento da regulação nesse país não acompanhou, como em nosso sistema, a variação dos fluxos entre estatização e privatização<sup>9</sup>. Explica-nos Conrado Hübner Mendes que:

“Nos Estados Unidos, ao contrário, as atividades econômicas sempre permaneceram em mãos de particulares. O que ocorreu, gradativamente, foi a necessidade de regulação de atividades que se mostraram de especial interesse da coletividade, os chamados *business affected with a public interest* (negócio afetado pelo interesse público). Aos poucos, então, cada atividade foi adquirindo um regime próprio de regulação. Como o Direito Americano é casuístico, e não codificado, agências foram sendo criadas segundo as contingências econômicas e sociais.”<sup>10</sup>

Assim, por não haver no sistema norte-americano a concepção de serviços públicos – em que a titularidade é avocada pelo Estado, para posterior delegação de execução a particulares em regime de Direito Público –, como no sistema francês, que nos serviu de berço, não houve, nos Estados Unidos, qualquer vinculação com a noção de concessão de serviço público, como se passou especificamente no Brasil.

Conrado Hübner Mendes nota, todavia, que apesar das diferenças de concepções quanto ao serviço público entre países de sistema romano-germânico e os da *common law*, na prática os regimes de regulação passaram a se assemelhar bastante.<sup>11</sup>

A idéia de que as agências seriam órgãos altamente especializados em suas respectivas áreas de atuação, acompanhada da idéia de neutralidade em face de assuntos políticos, passou a constituir um dos grandes pilares da função normativa exercida pelas agências nos

---

<sup>9</sup> Carlos Ari Sunfeld ressalta que não é correto supor que agência reguladora seja sinônimo de processo de privatização. Pelo contrário, “autoridades com poderes de regulação existem em vários setores, não só os privatizados (mencionem-se os órgãos de defesa da concorrência e os voltados ao mercado financeiro)”: SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução às Agências Reguladoras*. p. 17-38 In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico**, São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p.19.

Mesmo considerando a identificação entre regulação setorial e privatização no Brasil, como estopim para implantação das agências reguladoras, Marcos Juruena Villela Souto identifica a existência de regulação sobre mercados no Brasil anteriormente à adoção da estrutura de agências reguladoras, que até o desenvolvimento dos Programas de Desestatização, foram desenvolvidos no âmbito do Banco Central e do Conselho Administrativo de Direito Econômico – CADE. Vide, SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. *Agências Reguladoras*. p. 124-162. In: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 216, Rio de Janeiro: abril/junho 1999, p. 131.

<sup>10</sup> MENDES, Conrado Hübner, *Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão*. p. 130- 131 In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico**, São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 119-120.

<sup>11</sup> MENDES. *Op. Cit.*p.120.

Estados Unidos<sup>12</sup>. Não obstante isso, observou-se, no histórico norte-americano, a ampliação substancial do controle judicial sobre as decisões das agências e a minoração do poder de regulação, o que é objeto de crítica na doutrina brasileira pelo fato de as reformas na Administração Pública do Brasil terem buscado inspiração no modelo norte-americano, considerando que ele estaria em crise<sup>13</sup>.

Deve-se esclarecer, entretanto, que, considerando a evolução do sistema norte-americano, o que se chama de crise consistiu no problema da captura, observado entre os anos de 1965 e 1985. Nessa época, o sistema regulatório americano viu serem desvirtuadas as finalidades de uma regulação desligada de influências políticas pela garantia de autonomia, visto que o poder econômico dos agentes regulados não encontrou dificuldades para conformar mecanismo de pressão que acabavam por influenciar fortemente o conteúdo da regulação que iriam obedecer, com prejuízo para os consumidores.

A partir de 1985, iniciou-se um processo de reflexão sobre o modelo até então adotado. Alterações foram feitas para propiciar meios de controle externo conciliados com a independência das agências, temas que ainda se encontram em debate na Suprema Corte Americana. Verificam-se, então, por estar aberto o debate, oscilações sobre a extensão do controle judicial sobre os atos das agências e sobre a delegação de poderes normativos a elas.<sup>14</sup>

### 1.2.2. Poderes “quase-jurisdicionais” e “quase-legislativos”

Diante da admissão de que as agências reguladoras são dotadas de margem de autonomia frente ao Executivo, além desta autonomia, costuma-se identificar no direito norte-americano, o exercício de poderes ditos quase-jurisdicionais e quase-legislativos<sup>15</sup>.

A importância de discorrer sobre este tema está no fato de que muita confusão decorre da importação indiscriminada de conceitos da doutrina norte-americana para o direito

<sup>12</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Op. Cit.* p. 135.

<sup>13</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Op. Cit.* p. 134.

<sup>14</sup> MENDES. *Op. Cit.* p.121.

<sup>15</sup> Sobre o tema vide DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella, **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas**, 3ª edição, São Paulo: Atlas, 1999, p. 131; e MENDES, Conrado Hübner, *Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão*. p. 100-139. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico**, São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 130-131.

brasileiro sem as adequações necessárias, tanto sobre poderes quase-jurispcionais quanto sobre os ditos poderes quase-legislativo.

O poder quase-jurispcional é entendido como a independência que teriam as agências em face do Poder Judiciário para a solução de litígios entre agentes atuantes nas áreas sobre as quais exercem controle, enquanto o poder quase-legislativo seria compreendido a partir da noção de delegação de poderes, por meio de lei, do Congresso Americano para as agências.

Relativamente aos poderes atribuídos aos entes reguladores, coloca-se, como discussão de pano de fundo no Direito Administrativo americano, no âmbito da Suprema Corte Americana, a determinação do conteúdo do princípio constitucional da separação dos Poderes.<sup>16</sup> E, o grande foco dessa discussão é justamente a atribuição de poderes estatais típicos do Legislativo e do Judiciário – os ditos poderes quase-legislativos e quase-judiciais – às agências reguladoras.

Quanto à atribuição de poderes normativos às agências americanas, três principais teorias tentam fundamentar a delegação de poderes do Legislativo, questionada quanto à violação dos princípios da representatividade e responsabilidade democrática – visto que a competência do Congresso, eleito pelo povo, para legislar é constitucionalmente determinada. São elas, como elenca Conrado Hübner Mendes, teoria da transmissão democrática (*transmissio belt model*), que “aceita tal delegação às agências pelo fato de ser o legislador, legitimado constitucionalmente, que cria o ente e lhe transfere balizas de atuação”; teoria dos burocratas técnicos (*expertise model*), que “justifica a transferência por estarem estas agências formadas por técnicos especializados em matérias as quais o Congresso não teria condições de regular”; e teoria do procedimento (*procedural model*), que “legitima a atuação das agências por garantir aos interessados a participação no seu processo de tomada de decisões.”<sup>17</sup>

É importante destacar como a Suprema Corte vêm interpretando jurisprudencialmente a questão do poder quase-legislativo:

“O comportamento atual da interpretação jurisprudencial da Suprema Corte Americana tem sido o de analisar, dentro do conteúdo da lei editada pelo Congresso, os tais padrões mínimos que delimitem o âmbito de atuação das agências. Os entes do Poder Executivo devem, então,

---

<sup>16</sup> Cf. MENDES. *Op. Cit.* p. 121.

<sup>17</sup> MENDES. *Op. Cit.* p. 122.

cumprir os fins e objetivos que o legislador estipulou no ato de criação (*contingented delegatio*). Para tanto, deve o legislador conferir um mínimo de parâmetros de atuação, que sejam claros e concretos (*inteligible principle*), o que se convencionou chamar de ‘parâmetros significativos’ (*meaningful standards*). Tais parâmetros, mais específicos ou mais genéricos, são fundamentais para definir a liberdade de ação de uma agência. Definitivamente, um dos critérios mais importantes para se definir a amplitude ou mesmo a existência de tão discutível ‘independência.’”<sup>18</sup>

Quanto aos poderes ditos quase-judiciais, que consistem na competência para dirimir conflitos no âmbito do setor regulado, admite-se no sistema americano que as agências podem exercer desta atribuição se garantirem a igualdade entre as partes no procedimento e se admitirem posterior controle jurisdicional (*apellate review theory*)<sup>19</sup>.

Não se revoga, por conseguinte, na *praxis* norte-americana a cláusula da inafastabilidade do controle pelo Poder Judiciário, não podendo ser afastada previamente lesão de direito do controle judicial.

Da compatibilização com nosso sistema jurídico, observa-se, igualmente, que não há como se admitir que as agências sejam a última instância na resolução de litígios.

A Constituição brasileira prevê, em seu art. 5º, inciso XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A partir dessa fórmula percebe-se que, no direito brasileiro, é adotada a unidade de jurisdição, pelo que a instância administrativa não pode ser a última na resolução de litígios.

Além desta noção sobre poderes quase-jurisdicionais, é importante ressaltar que eles são tidos, ainda, como sinônimo de discrecionariade técnica na doutrina norte-americana. Tal denominação decorre do fato de que o âmbito de discrecionariade na atuação administrativa, com a conjunção de conhecimentos técnicos de determinado setor, impediria o conhecimento das decisões do órgão administrativo pelo Judiciário.<sup>20</sup> Contudo, como se verá ao

---

<sup>18</sup> MENDES. *Idem*.

<sup>19</sup> Cf. MENDES. *Ibidem*.

<sup>20</sup> “Costuma-se abordar na doutrina americana – notadamente a maior fonte do assunto de que aqui tratamos – conceitos de ‘quase-judicialidade’ ou de ‘discrecionariade técnica’. Com eles procura-se introduzir a noção de que o poder de dirimir conflitos da agência reguladora é quase-judicial, além de envolver uma certa esfera de

longo desta exposição, a discrecionariedade técnica será abordada como fundamento do poder normativo das agências, afastada, desde já – como descrito acima – a existência de poderes “quase-judiciais” no ordenamento jurídico brasileiro.

### **1.3. Agências Reguladoras no Brasil**

#### ***1.3.1. Agências Reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro***

O marco inicial para a implantação de agências reguladoras no Brasil, a partir da influência do sistema anglo-saxão, foi a revisão do papel social e econômico do Estado, consubstanciado na Lei n.º 8.031/90, e posteriormente na Lei n.º 9.491/97, que revogou a anterior. Tais leis instituíam o Plano Nacional de Desestatização, trazendo profundos efeitos no modo de estruturar a atuação do Estado, que passou a ser concebida a partir da necessidade de diminuição direta em setores econômicos, e mesmo na prestação de serviços públicos, comprovada a pouca eficiência do Estado como agente econômico.<sup>21</sup>

Pode-se ressaltar, por outro lado, que a tentativa de descentralizar a atividade estatal vem de longa data. A criação do modelo de autarquias pelo Decreto-lei n.º 200/67 já deixava transparecer a maior autonomia que se queria conferir à Administração Pública brasileira. Entretanto, com a desnaturaçãõ desse modelo, pela subordinaçãõ das autarquias aos respectivos Ministérios, sem garantias efetivas para sua autonomia, fez-se necessária a reformulaçãõ desse modelo, pela criaçãõ das agências reguladoras como autarquias em regime especial, conforme será discorrido *infra* (item 1.3.2.2). Verdadeiramente, se analisada a proposta inicial das autarquias, percebe-se que elas tinham, na década de 60, muitas das prerrogativas que são hoje atribuídas às agências reguladoras, cujo regime é caracterizado por especial.

A previsãõ direta e efetiva da criaçãõ de agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro foi deflagrada com as Emendas Constitucionais n.º 8/95 e 9/95, que cuidaram,

---

discrecionariedade que, por eminentemente técnica, não admite a ingerência do controle judicial propriamente dito. Este se restringiria ao crivo da legalidade.”: MENDES, *Op. Cit.* p. 130.

<sup>21</sup> “Fruto de uma série de fatores históricos, que se iniciam com o esgotamento do padrão de financiamento do setor público, passam pelo esgarçamento do modelo de bem-estar social e atingem o ápice no novo perfil de organização da produção capitalista (...).”: MARQUES NETO, Flóriano Azevedo. *A Nova Regulaçãõ Estatal e as Agências Independentes*. p. 72-98. In: In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico**, São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 73.

respectivamente, da criação de um órgão regulador para o setor de telecomunicações, alterando o inciso XI, art. 21 da Constituição, e a criação de órgão regulador do monopólio petrolífero da União.

No plano legal, a primeira agência a ser criada foi a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, por força da Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996 (hoje modificada pelas Leis n.ºs 9.648 e 9.649, ambas de 27 de maio de 1998), apesar de não haver previsão constitucional anterior, como no caso da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, prevista para regular o setor de telecomunicações – e da Agência Nacional do Petróleo – ANP – prevista para regular o monopólio petrolífero da União.

A seguir, no plano legal, seguiu-se a Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997, denominada Lei Geral de Telecomunicações, que deu eficácia à emenda constitucional n.º 8/95, criando a Anatel, além de disciplinar sua estrutura, órgãos básicos e suas competências. O Decreto n.º 2.338, de 07 de outubro de 1997, regulamentou a LGT no que diz respeito ao funcionamento da Anatel, instituindo, assim, o regulamento desta agência.

Implementando as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional n.º 8/95, foi editada a Lei n.º 9.478, de 6 de Agosto de 1997, que instituiu a Agência Nacional do Petróleo – ANP.

Na seqüência, foram criadas, sem anterior previsão constitucional, diversas agências. Resultante da conversão em lei da Medida Provisória n.º 1.791, de 1998, foi editada a Lei n.º 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que instituiu a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, para proteger a saúde da população, por intermédio do controle sanitário, de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária. Em 2000, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, instituída pela Lei n.º 9.961, de 28 de janeiro de 2000, com finalidade de promover o interesse público na assistência suplementar à saúde. Já em 2001, foi editada a Lei n.º 10.233, de 5 de julho de 2001, que instituiu a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT – e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ –, definindo suas respectivas esferas de atuação.

### *1.3.2. Características das agências reguladoras*

Atualmente, o Brasil passa por uma forte tendência de criação de agências reguladoras, o que Carlos Ari Sunfeld chegou a denominar “verdadeira febre”<sup>22</sup>. Além da grande velocidade com que se proliferam, as agências não têm seguido um modelo comum, nem têm competências comparáveis.<sup>23</sup> Nota-se que agências são criadas tanto para regular setores sobre os quais pende reserva estatal, como é o caso dos serviços públicos, em que normalmente o regime de prestação se dá por meio de concessão, quanto para regular setores ditos privados, que abarcam atividades econômicas em sentido estrito. Todavia, mesmo com essa amplitude de atuações, é possível traçar um perfil comum para as agências reguladoras brasileiras.

Costuma-se identificar, primeiramente, que as agências reguladoras se identificam com as competências de normatizar e fiscalizar determinado setor, daí decorrendo suas demais características.

Resumidamente, Carlos Ari Sunfeld enumera estas características:

“São entidades com tarefas tipicamente de Estado: editam normas, fiscalizam, aplicam sanções, resolvem disputas entre as empresas, decidem sobre reclamações de consumidores. Gozam de autonomia em relação ao Executivo: seus dirigentes têm mandato e, por isso, não podem ser demitidos livremente pelo Presidente ou Governador; suas decisões não podem ser alteradas pela Administração Central, e assim por diante. Sua tarefa? Ordenar setores básicos da infraestrutura econômica”<sup>24</sup>.

Assim, segundo Carlos Ari Sunfeld, podem ser destacadas três características marcantes para as agências reguladoras: a independência, a roupagem autárquica e o poder normativo.

Passemos a analisar estas principais características.

#### *1.3.2.1. Independência*

---

<sup>22</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução às Agências Reguladoras*. p. 17-38 In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico**, São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p.19.

<sup>23</sup> SUNDFELD. *Idem*.

<sup>24</sup> SUNDFELD. *Ibidem*.

A independência é atributo que visa a garantir às agências reguladoras desvinculação de influências políticas que são próprias da atuação do Poder Executivo. Desse modo, por conferir autonomia<sup>25</sup>, a estrutura de agência reguladora permite uma atuação mais imparcial e que não flutue aos sabores das alterações governamentais ou de interesses menos legítimos.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro descreve a independência das agências reguladoras relativamente aos poderes estatais nos seguintes termos:

“Costuma-se afirmar que as agências reguladoras gozam de certa margem de independência em relação aos três Poderes do Estado: (a) em relação ao Poder Legislativo, porque dispõem de função normativa, que justifica o nome de órgão regulador ou agência reguladora; (b) em relação ao Poder Executivo, porque suas normas e decisões não podem ser alteradas ou revistas por autoridades estranhas ao próprio órgão; (c) em relação ao Poder Judiciário, porque dispõem de função quase-jurisdicional no sentido de que resolvem, no âmbito das atividades controladas pela agência, litígios entre os vários delegatários que exercem serviço público mediante concessão, permissão ou autorização e entre estes e os usuários dos serviços públicos.”<sup>26</sup>

Apesar de arrolar a independência das agências reguladoras em relação aos três Poderes estatais, a autora faz a ressalva de que esta independência deve ser entendida “em termos compatíveis com o regime constitucional brasileiro.”<sup>27</sup>

Assim, em face do Poder Judiciário, não haveria que se falar em independência, posto que a instância administrativa não pode ser a última em matéria de resolução de conflitos, tendo em vista a previsão do art. 5º, XXXV da Constituição Federal, pela qual o controle pelo Poder Judiciário é inafastável, conforme explicitado *supra* (item 1.2.2).

Acrescenta Di Pietro que, quanto aos Poderes Legislativo e Executivo também não se pode falar em independência. Em relação ao primeiro porque os atos normativos das agências não podem conflitar com dispositivos constitucionais ou legais, por ser o Congresso Nacional competente para fiscalizar e controlar os atos do Poder Executivo, inclusive da

---

<sup>25</sup> Carlos Ari Sundfeld ressalta que juridicamente é preferível a utilização do termo autonomia no lugar de independência. Cf. SUNDFELD. *Op. Cit.*, p. 24.

<sup>26</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas**, 3ª edição, São Paulo: Atlas, 1999, p. 131.

administração indireta (art. 49, X da Constituição), e por haver controle financeiro, contábil e orçamentário exercido pelo Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas da União (art. 70 e ss. da Constituição).

É importante ressaltar que as considerações tecidas por Di Pietro tomam o termo independência como fator de desvinculação dos demais poderes. Não é isso que se passa com as agências, em absoluto. E, nem mesmo os três Poderes característicos dos Estados Modernos podem ser rotulados de totalmente independentes entre si, como observou o próprio Montesquieu ao conformar a separação dos poderes. Como ressalta Carlos Ari Sundfeld, é mais correto tecnicamente se falar em autonomia, que propicia o afastamento da noção de independência em relação aos poderes estatais.

Como formas de assegurar independência às agências reguladoras, são apontados a estabilidade de seus dirigentes, a ausência de subordinação hierárquica, ou revisão de suas decisões por órgão da Administração direta, e, ainda, a autonomia financeira, em alguns casos.

A estabilidade de seus dirigentes é apontada como fator fundamental para garantir a independência. O sistema adotado é o de mandatos fixos, com datas de término diversas para cada membro do órgão máximo da agência. No âmbito federal, os dirigentes são escolhidos pelo Presidente da República, passando, em seguida, por sabatina no Senado Federal para aprovação. Depois de nomeados, e exercendo seu mandato, não podem ser exonerados *ad nutum*.

#### 1.3.2.2. Forma autárquica

A configuração institucional das agências reguladoras como autarquias, com a ressalva de terem regime especial, veio a calhar com o já existente modelo de descentralização da Administração Pública, presente do Decreto-lei n.º 200/67 e com a previsão do art. 37 da Constituição Federal, sobre o gênero autarquia entre as organizações da Administração Pública indireta.

---

<sup>27</sup> DI PIETRO. *Idem*.

Estabelecer as agências como autarquias representou, mais do que uma conformação espontânea, o atendimento a determinação do Supremo Tribunal Federal, como recorda Carlos Ari Sundfeld. Decidiu o Supremo Tribunal Federal, na ADIn 1.717-6, que a natureza da personalidade “é fundamental para que um ente possa exercer poderes de autoridade pública.”<sup>28</sup> Desse modo, fez-se necessária a adequação das agências ao modelo de autarquia, garantindo-se a preservação da personalidade de direito público.

O regime especial, que é nota característica das agências reguladoras, é marcado, justamente, pelos atributos da independência e de seus meios de garantia, como discorrido *supra*.

Vale acrescentar que, não obstante estarem os entes reguladores se submeterem a regime especial de independência, ainda permanece a ligação entre Executivo e agências, conforme dispõe a Constituição Federal nos artigos 84, II e 87, parágrafo único, I.

#### *1.3.2.3. Poder normativo.*

Dedicar-se-á um capítulo específico para a análise do poder normativo das agências reguladoras, em face da relevância que tem para o presente estudo (vide Capítulo III).

## **CAPÍTULO II**

### **PRESSUPOSTOS PARA COMPREENSÃO DA NOÇÃO DE DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA**

Faz-se necessária breve digressão sobre o conceito de discricionariedade, a fim de fixar as bases necessárias para a compreensão da abordagem que aqui tecer-se-á sobre a noção

---

<sup>28</sup> SUNDFELD. *Op. Cit.* p. 26.

de discrecionalidade técnica e da influência que ela exerce como fator determinante do poder normativo das agências reguladoras.

## 2.1. Discrecionalidade

Grande é a polêmica em torno do conceito de discrecionalidade. Teorias clássicas e modernas se rebatem sobre sua natureza, seu âmbito de abrangência e sua estrutura normativa.

Inicialmente identificada pela doutrina como poder, foi, em seguida, identificada como exercício de competência discricionária, poder-dever<sup>29</sup>, chegando, ainda, na teoria dos conceitos jurídicos indeterminados.

### 2.1.1. Concepções Clássicas

Buscando nos administrativistas pátrios, encontramos definições clássicas como as de Hely Lopes Meirelles e de Seabra Fagundes:

“Poder discricionário é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos como liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo.”<sup>30</sup>

“(…) a lei deixa a autoridade administrativa livre na apreciação do *motivo* ou do *objeto* do ato, ou de ambos ao mesmo tempo. No que respeita ao motivo, essa discricção se refere à ocasião de praticá-lo (oportunidade) e à sua utilidade (conveniência). No que respeita ao conteúdo, a discricção está em poder praticar o ato com objetivo variável, ao seu entender. Nestes casos a competência é livre ou discricionária.”<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Nesse passo Celso Antônio Bandeira de Mello situa a discrecionalidade como poder para executar um dever, ou seja, atribui-lhe uma característica de poder instrumental, existente com a finalidade de alcançar uma finalidade legal. ressalta, ainda que, o que é discricionária é a competência e não o ato em si.

Vide BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional*, 2ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 14 e ss.

<sup>30</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emanuel Burle Filho, 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

<sup>31</sup> SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 5ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 75, *apud* GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 164.

Seabra Fagundes constata a presença de mérito administrativo quando do exercício de competência discricionária. O mérito administrativo é identificado como a apreciação do administrador dentre alternativas valoradas, não por questões juridicamente predeterminadas, mas por meio de critérios de conveniência e oportunidade, que representam verdadeira opção política, insubstituível por qualquer órgão jurisdicional.

Ainda segundo este autor, o mérito administrativo é decorrente do exercício de competência discricionária justamente porque:

“quando a Administração exerce competência estrita, ou seja, quando pratica ato vinculado, já encontra esgotado o conteúdo político (mérito) do processo de realização da vontade estatal. A medida assim tomada já foi objeto de análise e de solução optativa anteriores pelo legislador. O administrador apenas torna efetiva a solução pre-assentada”<sup>32</sup>

Ponto comum é o de que discrecionariiedade configura liberdade de ação dentro dos limites traçados pela lei, tendo em vista a impossibilidade de o legislador catalogar em tipo legal fechado todas as modalidades de atos administrativos exigidos na prática, eminentemente mutável, como nos recorda também Hely Lopes Meirelles:

“A atividade discricionária encontra plena justificativa na impossibilidade de o legislador catalogar na lei todos os atos que a prática administrativa exige.”<sup>33</sup>

Nesse contexto, o mérito administrativo se encontra “relacionado com circunstâncias e apreciações só perceptíveis ao administrador, dados os processos de indagação de que dispõe e a índole de função por ele exercida, que ao juiz é vedado penetrar no seu conhecimento”<sup>34</sup>.

Emerge clara, por esta doutrina, a não admissão de revisão jurisdicional do mérito administrativo, pela evidente razão de representar campo de escolha administrativa não

---

<sup>32</sup> SEABRA FAGUNDES, Miguel. *Conceito de Mérito no Direito Administrativo in Revista De Direito Administrativo* – Seleção Histórica - Matéria publicada em números antigos (de 1 a 150), Editora Renovar Ltda., 1991: Rio de Janeiro, p. 194.

<sup>33</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.*, p. 104.

<sup>34</sup> SEABRA FAGUNDES, Miguel. *Op. Cit.*, p. 189.

motivada por critérios jurídicos, mas por questões de conveniência e oportunidade decididas em face de critérios administrativos, ou seja, opções políticas.

Conforme ensina Seabra Fagundes:

“se o fizesse (o juiz) exorbitaria ultrapassando o campo da apreciação jurídica (legalidade ou legitimidade) que lhe é reservado como órgão específico de preservação da ordem legal, para incursionar no terreno da gestão política (discrecionalidade) próprio dos órgãos executivos. Substituir-se-ia ao administrador, quando o seu papel não é tomar-lhe a posição no mecanismo jurídico-constitucional do regime, senão apenas contê-los nos estritos limites da ordem jurídica (controle preventivo) ou compeli-lo a que os retome, se caso transpostos (controle a posteriori).”<sup>35</sup>

Assim, o mérito administrativo constitui margem de atuação administrativa excluída do controle jurisdicional, visto que o juiz não pode pretender substituir o administrador nas opções de governabilidade que a este incumbe fazer.

A exclusão de revisão judicial sobre o mérito administrativo não significa que o ato administrativo discricionário esteja isento a qualquer forma de controle pelo Poder Judiciário. A percepção de que o mérito administrativo decorre de faculdade aberta por lei e tem seu ponto final na própria lei, impede que sejam ultrapassados os limites por ela impostos, com o que se engendraria no campo da arbitrariedade. Nesse contexto, mesmo a opção administrativa não está excluída do controle de legalidade, isto é, da verificação de atuação dentro dos limites legais e da verificação de ocorrência de desvio de poder (que se dá quando a autoridade competente pratica ato desviado da finalidade legal ou do interesse público), que pode eivar o ato de nulidade.

Admite-se, ainda, o controle da razoabilidade da medida adotada pelo administrador, o que vem sendo tratado recentemente na doutrina. Nesta linha, por incumbir ao administrador adotar a melhor solução possível, quando no exercício de competência discricionária, deve escolher entre as soluções razoáveis. A partir de um critério de razoabilidade, discrecionalidade seria, então, não o objeto (conjunto de soluções possíveis) que deve se

---

<sup>35</sup> Seabra Fagundes. *Op. Cit.*, p. 198.

submeter a uma operação redutora, mas o resultado desta (o que é razoável, uma vez expurgada a arbitrariedade)<sup>36</sup>.

É sobre a motivação que se concentra o objeto inteiro do controle judicial da atividade administrativa. Como hão de justificar-se ou motivar-se as decisões discricionárias?

Observa-se, como pressuposto do controle do ato administrativo, o dever de motivação. Para os atos vinculados esse dever sempre foi claro na doutrina, sendo que para atendê-lo basta a indicação do texto legal em que se funda o ato administrativo, visto que a solução para a situação concreta já é prefixada na norma.

Já para atos ditos discricionários, nem sempre se admitiu o dever de motivação, considerando que estes atos estariam fora do controle do Poder Judiciário. Então, partindo da noção de que só à Administração incumbia decidir sobre seu conteúdo, pugnavam-se pela desnecessidade de fundamentação. Contudo, principalmente a partir da Carta Política de 1988, a motivação passou a ser vista como garantia dos administrados contra arbitrariedades e abuso de poder, além de requisito procedimental do ato administrativo, como aponta Carlos Ari Sundfeld<sup>37</sup>.

Somente por meio da motivação é que se torna possível o controle dos atos administrativos, especialmente dos atos praticados em exercício de competência discricionária.

### ***2.1.2. Conceitos jurídicos indeterminados***

Inovação trazida na doutrina brasileira diz respeito à inserção da noção de conceitos jurídicos indeterminados como originários da competência discricionária no corpo da norma.

Eros Roberto Grau<sup>38</sup> aponta que o primeiro a tratar do assunto na doutrina brasileira foi Francisco Campos, que discorreu sobre as estrutura lógica do juízo que constitui o ponto de partida para a atuação discricionária. Segundo Francisco Campos, o fundamento do poder discricionário residiria na:

---

<sup>36</sup> SALAVERRÍA, Juan Igartua. *Op. Cit.*, p. 45.

<sup>37</sup> SUNDFELD, Carlos Ari Sundfeld. *Motivação do Ato Administrativo como Garantia dos Administrados*, In **Revista de Direito Público**, Vol. 79, julho-setembro 1986, ano XIX, p. 118 a 127.

“estrutura lógica de um certa categoria de juízos, que só podem ser formulados com referências a conceitos mais ou menos ambíguos ou equívocos, ou suscetíveis, pela amplitude e indeterminação do seu conteúdo, de receberem especificações diversas, nenhuma das quais se possa ter como a única possível, exata ou procedente, uma vez que a medida do acerto do juízo consiste, única e precisamente, no próprio conceito que lhe serviu de referência, o qual, por definição, comporta vários conteúdos, igualmente adequados ou do mesmo valor significativo.”<sup>39</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, aprofunda a questão, admitindo que o comando legal que dá ensejo à atuação discricionária do administrador pode conter tanto expressões fluidas quanto margem de liberdade conferida no próprio mandamento legal.

Bandeira de Mello conceitua discricionariedade como:

“Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, **por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento**, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.”<sup>40</sup> (grifo nosso)

Os conceitos jurídicos indeterminados seriam, então, conceitos fluidos, imprecisos, também chamados vagos ou elásticos. Celso de Mello dá os seguintes exemplos: “situação urgente”, “notável saber”, “estado de pobreza”, “ordem pública”, suscetíveis de interpretações variadas<sup>41</sup>.

Para Celso de Mello as “causas” normativas geradoras da discricionariedade são as seguintes: (1) a “hipótese da norma”, ou seja, modo impreciso de descrição da situação fática (motivo) que subsumir-se-á no comando legal, ou mesmo a omissão em descrevê-la; (2) o “comando da norma”, pelo qual abrem-se alternativas de conduta para o agente público; (3) a “finalidade da norma”, considerando que “a finalidade aponta para valores, e as palavras (...) ao

---

<sup>38</sup> GRAU, Eros Roberto. *Op. Cit.*, p. 143-144.

<sup>39</sup> CAMPOS, Francisco. **Direito Administrativo**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 7, *apud* GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 143.

<sup>40</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discrecionalidade e Controle Jurisdicional**. 2ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 48.

<sup>41</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, p.17.

se reportarem ao um conceito de valor, como ocorre na finalidade, estão se reportando a conceitos *plurissignificativos* (isto é, conceitos vagos, imprecisos, também chamados de fluidos ou indeterminados) e não unissignificativos”<sup>42</sup>.

Eros Roberto Grau, por sua vez, critica veementemente a admissão de conceitos jurídicos indeterminados como geradores de competência discricionária. Para este autor os conceitos jurídicos indeterminados representam, tão somente, a inserção de termos na norma, que não são mais do que signos, ou seja, que não expressam claramente a idéia que se pretende transmitir sobre o dito conceito jurídico indeterminado. Assim, a indeterminação do conceito não seria mais do que indeterminação dos termos que o expressam. Ter-se-ia, então, uma questão de interpretação, e não de abertura de margem para escolha discricionária acerca do conteúdo da norma.<sup>43</sup>

No direito alienígena, o grande expoente que defende a impossibilidade de conceitos jurídicos indeterminados darem margem para a atuação discricionária é Eduardo García de Enterría. Segundo ele, no momento de aplicação do conceito à realidade, vislumbra-se apenas uma solução possível. Explica García de Enterría que:

“A lei não determina com exatidão os limites desses conceitos porque se trata de conceitos que não admitem uma quantificação ou determinação rigorosas, porém, em todo caso, é manifesto que se está referindo a uma hipótese de realidade que, não obstante a indeterminação do conceito, admite ser determinado no momento da aplicação. A lei utiliza conceitos de experiência (incapacidade para o exercício de suas funções, premeditação, força irresistível) ou de valor (boa-fé, padrão de conduta do bom pai de família, justo preço), porque as realidades referidas não admitem outro tipo de determinação mais precisa. Porém, ao estar se referindo a hipóteses concretas e não a vacuidades imprecisas ou contraditórias, é claro que a aplicação de tais conceitos à qualificação de circunstâncias concretas não admite mais que uma solução: ou se dá ou não se dá o conceito (...). Isto é o essencial do conceito jurídico indeterminado: a indeterminação do enunciado não se traduz em uma indeterminação das aplicações do mesmo, as quais só permitem uma ‘unidade de solução justa’ em cada caso.”<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, p.19.

<sup>43</sup> Cf. GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e O Direito Pressuposto**, São Paulo: Malheiros Editores, 3ª edição, 2000, p. 147-148.

<sup>44</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo e TOMÁS-RAMÓN, Fernandes. **Curso de Direito Administrativo**. Trad.: Arnaldo Setti, colab. Almudena Marín López e Elaine Alves Rodrigues. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

Há que se ressaltar, todavia, que mais recentemente no direito alienígena vem sendo retomada a tese alemã de que os conceitos jurídicos indeterminados podem ser geradores de competência discricionária, além de outras estruturas normativas. É importante frisar, sem contudo traçar juízo de valor sobre o tema, que o desenvolvimento da tese de que conceitos jurídicos indeterminados não são fonte de competência discricionária – mas que implicam mera interpretação – tomou força com a necessidade de se aumentar o controle judicial sobre os atos administrativos, durante meados do século XX e que atualmente vêm assumindo outra conformação.<sup>45</sup>

Entretanto, no presente estudo não se ingressará nesta seara. Partiremos da noção de que há espaços abertos na lei para serem preenchidos pela Administração Pública, em específico, pelas agências reguladoras, e que representam brechas abertas para melhor governabilidade, para se evitar o engessamento da realidade em figuras legais estáticas.

### ***2.1.3. Origens da discrecionariade técnica no ato administrativo***

A manifestação da discrecionariade deriva da apreciação comparativa do interesse público e da eleição de uma forma de atividade como meio adequado para sua satisfação.

Muitas vezes, a avaliação da situação concreta, e a conseqüente escolha da atividade administrativa a desempenhar, requer a utilização de *critérios técnicos* e a solução de questões técnicas que devem realizar-se conforme regras e conhecimentos técnicos<sup>46</sup>.

O fenômeno da tecnicidade, não tão recente no estudo da Administração Pública, mas que permeia o discurso moderno, retoma importância na atualidade em face do intervencionismo dos poderes públicos sobre estruturas sócio-econômicas. Assim, a regulação das relações sociais afetas a áreas econômicas provoca a inserção de instrumentos reguladores

---

<sup>45</sup> Para mais informações sobre o tema, vide BACIGALUPO, Mariano. *La Discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Madrid: Marcial Pons, 1997.

<sup>46</sup> ALESSI, Renato Alessi. *Instituciones de Derecho Administrativo* – tomo I, Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1970, p.195.

daquelas atividades de regras científicas nas leis e regulamentos, cujo destinatário e intérprete é a Administração<sup>47</sup>.

Nesse contexto, é que se justifica a retomada no estudo da noção de discricionariedade técnica.

Alcançando seu maior desenvolvimento na doutrina italiana, o termo discricionariedade técnica é utilizado pela primeira vez na Áustria, com os estudos Bernatzik<sup>48</sup>. A idéia original era a de que, por se referir a decisões com alta carga de complexidade técnica, a discricionariedade técnica balizava atos administrativos que eram retirados do controle jurisdicional. A justificativa de seu surgimento foi, então, a consideração de que certas decisões administrativas supunham tal grau de especialização que somente aquele órgão ou autoridade investidos da devida competência (legal e técnica), por gozar de extrema especialização, poderiam realizar a necessária valoração. Daí decorrente, era negado ao Poder Judiciário qualquer margem de controle sobre essa categoria de decisões administrativas, excetuando-se os casos de erro manifesto.

Firmou-se, então, a tese de que a Administração tinha liberdade técnica de decisão, somente limitada nos casos de erro manifesto.

#### **2.1.4. A antítese de dois conceitos**

A princípio, os termos *discricionariedade* e *técnica* soam inconciliáveis. Discricionariedade nos remete à margem de escolha dentre indiferentes jurídicos conferida legalmente ao administrador, a fim de que possa adotar a melhor solução diante do caso concreto. Já o termo técnica se relaciona a meio de análise preciso de uma situação e determinação de uma única solução, estabelecendo-se, em face de certa ciência, a opção dita correta para o caso concreto.

---

<sup>47</sup> Cf. SALAVERRÍA, Juan Igartua. *Op. Cit.*, p.25.

<sup>48</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.*, p. 77.

Entretanto, a noção de discrecionalidade técnica, contrariando esta avaliação inicial, admite a conjunção das duas noções, produzindo uma síntese final que admite a mistura das duas, sem desnaturação de seu sentido original.

Pode-se afirmar, na realidade, que a conjugação de discrecionalidade e técnica é a amálgama de conceitos antitéticos, visto que o termo técnica remete a regras objetivamente válidas, a que a Administração há de se submeter. Decorrente desta consideração, certos espaços em princípio não regulados por uma rede de princípios e critérios técnicos, e que prometia ser uma atividade não regrada, se transmuda em outra de signo contrário, em atividade regrada, suscetível de controle radical em sede jurisdicional.<sup>49</sup>

Eros Roberto Grau, por sua vez, explora a contradição existente entre a não vinculação a nenhum *standard*, linha característica da discrecionalidade, e a vinculação a *standards*, típica das decisões técnicas. Em face disso, afirma ser insustentável a tese da discrecionalidade técnica<sup>50</sup>, de onde se poderia concluir que, enquanto atividade técnica, a dita “discrecionalidade técnica” não seria discricional.

Chega-se, então, à conclusão de que “a atividade técnica, enquanto não discricional é fiscalizável”<sup>51</sup>, o que inviabiliza o próprio conceito de discrecionalidade técnica (visto que esvaziado de toda e qualquer margem de escolha), reduzindo-o à mera atividade vinculada a um parecer técnico.

Então, se reduzir a discrecionalidade técnica à mera tecnicidade traz a negação do conceito, é imperioso concluir que ela não se restringe tão somente à apreciação de elementos técnicos. Traz, além disso, a faculdade de escolha com margem em critérios administrativos, nota característica da competência discricional típica.

Desse modo, não se pode afastar que discrecionalidade técnica é discrecionalidade em toda regra como a discrecionalidade administrativa, sem o que se perderia o próprio conceito.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> Cf. SALAVERRÍA, Juan Igartua Salaverría. *Op. Cit.* p. 27.

<sup>50</sup> GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e O Direito Pressuposto**, São Paulo: Malheiros Editores, 3ª edição: 2000, p. 159 e 160.

<sup>51</sup> SALAVERRÍA, Juan Igartua. *Op. Cit.* p. 27, tradução livre do original.

<sup>52</sup> SALAVERRÍA, Juan Igartua. *Op. Cit.* p. 21.

### **2.1.5. Discricionariedade técnica como modalidade de discricionariedade administrativa**

Quem lança luz sobre a contradição aparente entre discricionariedade e técnica é o autor Renato Alessi. Sua doutrina sobre o tema fundamenta o estudo do direito italiano, onde o conceito teve maior desenvolvimento, além de servir de parâmetro para o estudo da discricionariedade técnica em outros países, especialmente na Espanha e em Portugal.

Alessi aponta a nota distintiva entre a discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. Enquanto a primeira é observada nos casos em que a apreciação do interesse público diz respeito à utilização exclusiva de critérios administrativos, a segunda se verifica na exigência de critérios técnicos e de solução de questões técnicas para apreciação do interesse público, posterior ou concomitante.<sup>53</sup>

Entretanto, ocorre grande variação na situação jurídica, conforme haja ou não ligação da questão técnica a uma questão administrativa. Verificada a ligação, a administração realizaria verdadeiro juízo de valor, havendo que se falar efetivamente em discricionariedade técnica.

Assim, verifica-se que há discricionariedade técnica nas hipóteses em que critérios técnicos estão efetivamente ligados a critérios administrativos, e questões técnicas ligadas a questões administrativas, de forma tal que ficam absorvidas pela segunda. Somente pode ser revista a solução técnica através de uma impugnação da solução da questão administrativa.

A discricionariedade técnica pode ser verificada nas seguintes hipóteses:

1. quando a solução da questão técnica é pressuposto para a solução da questão administrativa, o que sucede no caso em que seja necessário comprovar, com base em regras técnicas, a medida de uma qualidade ou atributo técnico, de forma que comprovada esta qualidade ou atributo, corresponda à autoridade administrativa, conforme critérios administrativos, estabelecer se dita medida é ou não suficiente para justificar a ação administrativa. A questão técnica, neste caso, fica absorvida pela

---

<sup>53</sup> ALESSI, Renato. *Op.Cit.*, p. 196.

questão administrativa, sendo que a revisão da primeira só ocorre com a revisão da segunda. É o que se passa, por exemplo, se se decide sobre a demolição de um prédio.

2. quando a questão é única, mas deve resolver-se com critérios técnicos e administrativos ao mesmo tempo. Tal sucede em todos os caso em que a atividade administrativa deva se desenvolver através de uma atividade de natureza técnica. Há, então, valoração conjunta do interesse público concreto e do meio para sua satisfação, sendo que a autoridade deve levar em consideração as exigências do interesse público, adaptando a estes os ditames da técnica. Por exemplo, eleição de critérios de construção de um prédio, ponderando, conjuntamente, as técnicas e as necessidades, conforme conveniência e oportunidade, que podem ser satisfeitas por cada uma.

Por conseguinte, somente há que se falar de uma discrecionariiedade técnico-administrativa nos casos em que os critérios técnicos estão necessariamente ligados a critérios administrativos. Conclui-se, então, que a discrecionariiedade técnica é a junção de análise discrecionária e matéria técnica, sobre a qual são exercidos os juízos de oportunidade, havendo apreciação do interesse público em concreto para justificar a ação administrativa<sup>54</sup>.

Por outro lado, há casos em que os critérios técnicos independem de qualquer critério administrativo. São as situações em que a técnica é o único pressuposto para determinar a ação administrativa. Nesse casos, não há margem para valoração do interesse público. Cabe apenas ao administrador decidir em conformidade com as condições técnicas fixadas normativamente.

Desse modo, a revisão de solução técnica não traz nenhuma implicação sobre a solução de questões administrativas e, portanto, sobre a valoração de um interesse público. O que se verifica é a independência entre critérios técnicos e administrativos. Há mera a comprovação da existência fática de uma qualidade de natureza técnica para aplicação de certa solução fixada normativamente, sem implicar alteração na valoração de interesse público, como, por exemplo, a constatação de doença contagiosa em animais para determinar seu sacrifício<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> Renato Alessi, *Op. Cit.*, p. 197 e 198.

<sup>55</sup> Renato Alessi, *Op. Cit.*, p. 197 e 198.

Nessas situações, discrecionalidade e técnica são, efetivamente, inconciliáveis, visto que não há discrecionalidade propriamente dita. O ato carece de valoração de conveniência e oportunidade. Então, sendo a questão meramente técnica, sua solução advém exclusivamente da aplicação de regras técnicas, sem que haja faculdade alguma na apreciação diante do caso concreto.

Nesse contexto, conforme a solução de certa matéria seja determinável, ou não, tão somente pela aplicação de critérios técnicos, a atividade do administrador é variável. No primeiro caso, sua atividade é de mera constatação da ocorrência dos parâmetros técnicos fixados normativamente, sendo, portanto, vinculada. No segundo, em que a norma não fixa parâmetros técnicos previamente, deixando-os a cargo da administração, cabe falar de discrecionalidade técnica.

A primeira das hipóteses, no dizer de Alessi, é verdadeira vinculação, tendo em vista que a própria norma traz em si o parâmetro técnico a ser utilizado para a subsunção dessa mesma norma (que comporta em si a solução) e a atividade do administrador se restringe à mera constatação desse critério para posterior aplicação da consequência prevista previamente.

Assim, a presença de um conceito, método ou técnica não é suficiente para caracterizar a discrecionalidade técnica, apesar de ser tomado como sua nota característica. Não obstante ser dispensada como condição suficiente, a inserção de critérios técnicos não é dispensada como condição necessária para a identificação da discrecionalidade técnica. Deve vir, porém, acompanhada de margens reais de opção, sem as quais não há discrecionalidade.

Nesse contexto, são fatores excludentes da discrecionalidade técnica: (1) a existência de solução pré-determinada pela norma, nos casos em que os critérios técnicos servem apenas para o enquadramento da situação fática, (2) que da orientação geral da norma decorra inexoravelmente uma única solução, pois que ter-se-ia do mesmo modo um só resultado possível, sem margem de opção, não sendo suficiente a atribuição de poder se falece oportunidade para exercê-lo<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> Cf. SALAVERRÍA, Juan Igartua . *Idem*.

Desse modo, a discricionariedade técnica está presente na aplicação de conceitos técnicos ou métodos não unívocos, sendo indispensável, pois, que o entendimento e/ou aplicação da técnica em jogo permita margem sobre a qual se possa exercer juízo discricionário.<sup>57</sup>

Pelo exposto, conclui-se que não há que se falar em discricionariedade técnica quando não haja associação de critérios técnicos a administrativos para a tomada de uma determinada decisão, partindo de uma certa margem deixada pela lei para essa valoração conjunta.

### ***2.1.6. Justificativa da discricionariedade técnica***

A noção de discricionariedade surge da impossibilidade de o legislador prever nas leis todas as hipóteses fáticas e suas respectivas soluções ou de dar a solução mais adequada para cada situação concreta. Então, em face da inviabilidade de engessar todas as medidas administrativas em lei, é confiada ao administrador a faculdade de decidir, em face do caso concreto, qual a melhor solução a ser adotada, dentre indiferentes jurídicos, possibilitando-se, assim, a governabilidade.

Como aponta Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Sob o ponto de vista prático, a discricionariedade justifica-se, quer para evitar o automatismo que ocorreria fatalmente se os agentes administrativos não tivessem senão que aplicar rigorosamente as normas preestabelecidas, quer para suprir a impossibilidade em que se encontra o legislador de prever todas as situações que o administrador terá de enfrentar. Isto sem falar que a discricionariedade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas. **A dinâmica do interesse público exige flexibilidade de atuação com a qual pode revelar-se incompatível o moroso procedimento de elaboração das leis.**”<sup>58</sup>  
(grifo nosso)

Assim, corrente na discricionariedade é a possibilidade de eleger entre uma gama de alternativas igualmente justas da perspectiva do Direito.

---

<sup>57</sup> Cf. SALAVERRÍA, Juan Igartua . *Op. Cit.*, p. 16.

É necessário ressaltar previamente que o ato denominado discricionário é verdadeiramente ato exercido com poder ou competência discricionária, trazendo em si a marca do exercício dessa competência ou poder da administração. Não é, portanto, uma ato discricionário em si, como ressalta informa Celso Antônio Bandeira de Mello.<sup>59</sup>

Ressalte-se, contudo, que toda atuação do administrador deve ser balizada em lei. Pode atuar apenas quando autorizado, diversamente dos cidadãos, a quem é facultado fazer tudo que não é vedado.

Quanto à questão da tecnicidade, observa-se no bojo da criação das agências a necessidade de se atender com velocidade a demandas técnicas, seja na edição de normas, inovando no ordenamento jurídico, seja na resolução de pleitos administrativos relacionados a análises de questões técnicas específicas.

Decorrente dessas necessidades é que emerge a noção de discricionariedade técnica.

Concernente ao âmbito de independência do administrador na decisão de questões técnicas, a discricionariedade técnica tem fundamento por estar justamente embasada no aparato necessário para investigação da solução mais conveniente e oportuna quando se trata da matéria técnica específica, valorizando-se a atuação de órgão administrativo especializado.

Assim, o elevado grau de especialização mostra-se como razão para que fosse atribuído às agências “uma esfera em que seus atos, mesmo os regulatórios, por envolverem conhecimentos técnicos, estavam fora do controle judicial”<sup>60</sup>, o que se passou a entender por discricionariedade técnica.

Nesse sentido, pode-se repartir a discricionariedade técnica em duas noções: (1) naquela que vai nortear a prática de ato administrativo, em que normas existentes *a priori* fixam margem de escolha segundo a apreciação de critérios técnicos combinados com juízo de conveniência e oportunidade; e (2) naquela que norteia o exercício da competência normativa

---

<sup>58</sup> DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, São Paulo: Editora Atlas, 1991, p.41.

<sup>59</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**, 2ª edição, Malheiros Editores Ltda.: São Paulo, 1996.

com base técnica e de grande volatilidade (alto grau de modificação) na área em que exerce regulação setorial.

Há que se ressaltar, entretanto, que a maioria dos doutrinadores trata dessas duas faces da discrecionalidade técnica indistintamente, com o que resta prejudicada a comunicabilidade necessária para a compreensão do tema, obscuridade que se buscará aclarar ao longo deste estudo.

### CAPÍTULO III

#### PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

##### 3.1. Regulação

A definição de regulação tem relevância para a compreensão do papel das agências reguladoras brasileiras. Ela é pressuposto da função normativa exercida pelas agências reguladoras, tendo em vista esta função representa instrumental que possibilita a própria atuação regulatória das agências.

Não obstante a relevância do tema, a noção de regulação não é pacífica. Quanto à amplitude do conceito, podem-se arrolar três concepções:

“a) em sentido amplo, é toda a forma de intervenção do Estado na economia, independentemente dos seus instrumentos e fins; b) num sentido menos abrangente, é a intervenção estadual na economia por outras formas que não a participação directa da actividade económica, equivalendo, portanto, ao condicionamento, coordenação e disciplina da actividade económica privada; c) num sentido restrito, é somente o condicionamento *normativo* da actividade económica privada (por via de lei ou outro instrumento normativo).”<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.* p. 135.

<sup>61</sup> MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 34-35 *apud* SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Agências Reguladoras*. p. 124-162. In: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 216, Rio de Janeiro: abril/junho 1999, P. 128.

Assim, diversos são os vínculos pelos quais o Estado pode exercer regulação: tanto na produção de normas que atinjam e condicionem a atuação do particular, quanto na emanção de atos individuais e concretos, como licença ou outorga para exercício de certa atividade, entre outros. Regulação se traduz, por conseguinte, em intervenção do Estado na esfera privada de atuação, direcionando o seu comportamento.

Carlos Ari Sundfeld destaca, conciliando as três diferentes concepções, que:

“A regulação enquanto espécie de intervenção estatal, manifesta-se tanto por poderes e ações com objetivos declaradamente econômicos (o controle de concentrações empresariais, a repressão de infrações à ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado) como por outros com justificativas diversas, mas efeitos econômicos inevitáveis (medidas ambientais, urbanísticas, de normalização, de disciplina das profissões etc.). Fazem regulação autoridades cuja missão seja cuidar de um específico campo de atividades considerado em seu conjunto (o mercado de ações, as telecomunicações, a energia, os seguros de saúde, o petróleo), mas também aquelas com poderes sobre a generalidade dos agentes da economia (exemplo: órgãos ambientais). A regulação atinge tanto os agentes atuantes em setores ditos privados (o comércio, a indústria, os serviços comuns – enfim, as ‘atividades econômicas em sentido estrito’) como os que, estando especialmente habilitados, operam em áreas de reserva legal (prestação de ‘serviços públicos’, exploração de ‘bens públicos’, exploração de ‘bens públicos’ e de ‘monopólios’ estatais).”<sup>62</sup>

### **3.2. Poder normativo como traço marcante das agências reguladoras**

O poder normativo é tido como uma das notas características das agências reguladoras, afinando-se com a noção estrita de regulação, tida como condicionamento normativo da atividade econômica. Dentre as diversas correntes doutrinárias, afirma-se sempre a existência de poder normativo para os entes reguladores, apesar das divergências quanto a natureza desse poder, tido como regulamentar e outras vezes não, ou mesmo contestado, por representar contrariedade à separação dos poderes.

Conrado Hübner Mendes expõe claramente a importância do poder normativo na caracterização de um ente regulador:

---

<sup>62</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução às agências reguladoras*. p. 17-38. In: **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

“(…) os critérios que usamos até agora para classificar um ente regulador foram inúteis, já que não permitiram visualizar qualquer diferença entre os entes analisados (todos seriam reguladores, nenhum seria independente).

“Assim, escolhemos como um outro critério a *competência normativa*, entendendo-se por esta a produção de normas gerais, que podem ser veiculadas através de regulamentos (e, nesse caso, se fala em poder regulamentar), resoluções, portarias, etc.

“Possuindo poder normativo, então, consideramos o ente uma agência reguladora. Esta será, portanto, não o ente que simplesmente exerça regulação em qualquer de suas formas, mas, acima de tudo, o que possua competência para produzir normas gerais e abstratas que interferem diretamente na esfera de direitos do particular.”<sup>63</sup>

Vê-se que o fundamento para a existência de dito poder normativo guarda pertinência com a atividade de regulação, que se faz necessária sobre cada setor que tem relevância social, passando, portanto, a ser submetido ao controle de uma agência reguladora. É justamente a necessidade de impor normas para o desenvolvimento de um dado setor econômico marcado pela velocidade de desenvolvimento tecnológico e pelo interesse social, que faz imprescindível a atribuição de tal poder às agências, suprindo a incapacidade legiferante do Congresso Nacional sobre a amplitude de matérias técnicas, específicas dos diversos setores, em velocidade compatível com o tempo mercadológico.

Desse modo, como efeito da evolução tecnológica, constata-se o aparecimento de novos setores, “a clamar pautas normativas”; o acréscimo na complexidade das questões objeto de regulação, com a conseqüente “necessidade de mais intrincados e específicos instrumentos normativos”; e a separação entre os campos do Direito, construídos sobre princípios cada vez mais próprios e específicos.<sup>64</sup>

Alexandre Santos de Aragão justifica o fenômeno da regulação setorial na necessidade de o Estado do Segundo Pós-Guerra fazer frente a uma sociedade crescentemente

---

<sup>63</sup> MENDES, *Op. Cit.* p. 129.

<sup>64</sup> MARQUES NETO. *Op. Cit.* p. 80. E continua o autor: “Todos estes fatores apontam para a dificuldade de se manter a lei como instrumento exclusivo da ação regulatória e fonte única do arcabouço regulamentar. Daí porque se surge sempre a polêmica em torno do princípio da legalidade quando se discute a hodierna atividade regulatória estatal.” O debate introduzido por trecho será travado a seguir.

complexa e dinâmica, em face da “impotência dos seus instrumentos tradicionais de atuação, o que impôs a adoção de mecanismos administrativos mais ágeis e tecnicamente especializados”.<sup>65</sup>

O avanço da sociedade pós Segunda Guerra calhou em inadequação do modelo das grandes codificações, traçado no período pós Revolução Francesa, para resolver a totalidade das questões que começavam a aparecer. A realidade, multifacetária, passou a não mais se adequar a um ordenamento monocêntrico, exigindo, para que se promovesse o bem-estar da coletividade, a formação de ordenamentos setoriais, desenvolvidos pelas agências reguladoras.<sup>66</sup>

O poder normativo atribuído às agências reguladoras brasileiras encontra ponto de partida nas leis e decretos que tratam do setor regulado. Deve-se evidenciar, nesse sentido, que, relativamente ao grau de abertura para normatização, as agências reguladoras apenas implementam as políticas públicas traçadas para cada um dos setores, e não as formulam.<sup>67</sup> Isto é, atuam para trazer efetividade às metas gerais presentes no ordenamento jurídico, fazendo-o mediante a edição de normas setoriais específicas, compondo, assim, subsistemas setoriais, como veremos a seguir (item 3.3.2.).

### 3.3. Poder normativo das agências reguladoras e separação de poderes

Fervorosas críticas se levantam contra a atribuição de poder normativo às agências reguladoras, sob o fundamento de que haveria agressão à cláusula pétrea da separação dos poderes.<sup>68</sup>

Todavia, duas teorias sustentam, a partir de marcos teóricos diversos, a atribuição de tais poderes às agências reguladoras. Uma delas, encabeçada no direito brasileiro por Eros Roberto Grau, diz que o poder normativo das agências reguladoras não é mais do que decorrência natural da separação de poderes – como formulada por Montesquieu –, visto que o

---

<sup>65</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O poder normativo das agências reguladoras*. p. 3-26. In: **Revista Forense**, vol. 354, março/abril, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.4.

<sup>66</sup> Cf. ARAGÃO, *Op. Cit.*, p. 14.

<sup>67</sup> Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução às agências reguladoras*. p. 17-38. In: **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, P. 27 e SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. *Agências Reguladoras*. p. 124-162. In: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 216, Rio de Janeiro: abril/junho 1999. p.127.

<sup>68</sup> Este foi, inclusive, um dos principais fundamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade impetrada no Supremo Tribunal Federal pelo Partido Comunista do Brasil, pelo Partido dos Trabalhadores, pelo Partido Democrático Trabalhista e pelo Partido Socialista Brasileiro contra dispositivos da Lei n.º 9.472/1997, que instituiu a Agência Nacional de Telecomunicações, como trataremos a seguir.

Executivo sempre foi incumbido de tratar de questões conjunturais. A outra, sustenta o poder normativo das agências com base na alteração da estrutura social, que fez necessária a formação de ordenamentos setoriais para fins de atender o avanço científico-tecnológico da sociedade atual, e que esta adaptação representa evolução na forma de configuração do Estado e adequação do modelo da separação de poderes.

### ***3.3.1. Poder normativo conjuntural do Executivo.***

Para Eros Roberto Grau<sup>69</sup>, admitir que a atribuição de poder normativo ao Executivo, e por consequência às agências reguladoras (como integrantes do Executivo), representa ofensa à separação de poderes é desconsiderar a evolução histórica desse preceito fundamental, como se pode verificar em Montesquieu<sup>70</sup>, Aristóteles<sup>71</sup>, Bolingbroke<sup>72</sup> e Locke<sup>73</sup>.

Retomando os ensinamentos de Montesquieu, Eros Roberto Grau leciona que na construção do autor francês “não se cogita de uma efetiva separação de poderes, mas sim de uma distinção entre eles”<sup>74</sup>, que devem ser exercidos em equilíbrio. Além do mais, a separação de poderes é traçada como critério de organização do Estado, em que se atribuem, preponderantemente, funções a cada um dos poderes. Assim, ao Poder Executivo compete, precipuamente, exercer funções executivas, enquanto para o Poder Legislativo preponderam as funções legiferantes.

Para Montesquieu, o Poder Executivo deve estar concentrado nas mãos de uma só figura, que seria o monarca, considerando a preponderância de ações momentâneas. Montesquieu afirma, a partir dessa premissa, que “o Poder Executivo se exerce sempre sobre

---

<sup>69</sup> Cf. GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 167-190.

<sup>70</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Bréde et de. **O espírito das leis**. 2ª ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 118-119.

<sup>71</sup> ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Mário da Gama Kury, 3ª ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 151-160.

<sup>72</sup> Em escritos esparsos Bolingbroke enunciou a *doutrina teórico-constitucional do equilíbrio dos poderes*: cf. SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Trad. Francisco Ayala, Madri: Alianza Editorial, 1992, p. 187.

<sup>73</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Trad. E. Jacy Monteiro, São Paulo: Instituto Brasileiro de Difusão Cultural, 1963, p. 91-93 (Coleção Clássicos da Democracia 11).

<sup>74</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 171.

coisas momentâneas”<sup>75</sup>, face à necessidade de tomada rápida de decisões. Prossegue Eros Roberto com o raciocínio:

“Em contrapartida, a verificação de que o Poder Legislativo se exerce sobre situações não momentâneas, isto é, estáveis. Ora, se as situações que reclamam a atuação do Executivo, no exercício de uma *capacidade normativa de conjuntura*, são nitidamente de natureza *momentânea*, daí poderíamos extrair a conclusão da inexistência de incompatibilidade entre esse exercício e a doutrina postulada por Montesquieu.”<sup>76</sup>

Percebe-se que a diferenciação entre poder e função é pressuposto básico para compreensão da idéia de atribuição de poder normativo conjuntural ao Executivo. Somente assim é admissível que este Poder exerça funções ligadas à normatização de situações conjunturais sem desnaturar sua atribuição básica de executor, que, pela preponderância de ocorrência, faz com que seja denominado Poder Executivo.

É de se ressaltar, portanto, que o acréscimo que Grau faz à teoria da separação dos poderes de Montesquieu concerne ao exercício de função normativa pelo Executivo, que se justifica quando esta função esteja ligada à ação de natureza momentânea.

Para manter o desenvolvimento, o Estado deve, então, manter sua máquina em consonância com a realidade social. Descreve Grau a determinação dos fatores conjunturais sobre o poder normativo do Executivo:

“Nesse clima, a instabilidade de determinadas situações e estados econômicos, sujeitos a permanentes flutuações – flutuações que definem o seu caráter conjuntural – impõe sejam extremamente flexíveis e dinâmicos os instrumentos normativos de que deve lançar mão o Estado para dar correção a desvios ocorridos no desenrolar do processo econômico e no curso das políticas públicas que esteja a implementar. Aí, precisamente, o emergir da *capacidade normativa de conjuntura*, via da qual se pretende conferir resposta à exigência de produção imediata de textos normativos, que as flutuações da conjuntura econômica estão, a todo o tempo, a impor. À potestade normativa através da qual essas normas são geradas, dentro de padrões de dinamismo e flexibilidade adequados à realidade, é que denomino *capacidade normativa de conjuntura*. Cuida-se – repita-se – de *dever-poder*, de órgãos e entidades da

---

<sup>75</sup> MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Coleção *Os Pensadores*. V. XXI, trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo, Editor Victor Civita, 1973, p. 160 *apud* GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 171.

<sup>76</sup> GRAU. *Op. Cit.* p. 171.

Administração, que envolve, entre outros aspectos, a definição de condições operacionais e negociais, em determinados setores dos mercados.”<sup>77</sup>

Figura, nesse último trecho, alusão direta às agências reguladoras, que são os entes da Administração que ditam as normas para os setores de mercado.

Ao tratar sobre a natureza dos atos normativos emanados pelo Executivo, Grau fixa conceito de norma jurídica.<sup>78</sup> Bebendo nos ensinamentos de Alessi<sup>79</sup>, Grau incorpora ainda as noções de primariedade e originalidade como atributos das norma jurídica.

Grau chega à conclusão final de que, mesmo primárias, no sentido de terem força inovadora, as normas emanadas pelo Executivo são decorrentes de poder derivado, considerando que a função normativa – marcada pela aptidão para emanar estatuições primárias – pode assumir a figura de exercício de poder originário ou de poder derivado.

Grau descreve, ainda assimilando a lição de Alessi, a diferenciação entre lei e norma, que determinam a diferença entre função legislativa e função normativa.

“Alessi conclui sua exposição contrapondo as noções de *lei* e de *norma*. *Norma* é todo preceito expresso mediante estatuições primárias (na medida em que vale por força própria, ainda que eventualmente com base em um poder não originário, mas derivado ou atribuído ao órgão emanante), ao passo que a *lei* é toda estatuição, embora carente de conteúdo normativo, expressa, necessariamente com valor de estatuição primária, pelos órgãos legislativos ou por outros órgãos delegados daqueles. A lei não contém, necessariamente, uma norma. Por outro lado, a norma não é necessariamente emanada mediante uma lei. E, assim, temos três combinações possíveis: a *lei-norma*, a *lei não-norma* e a *norma não-lei*.”<sup>80</sup>

Desse modo, a noção de função normativa emerge a partir de uma concepção material, enquanto a de função legislativa emerge a partir de critério formal. Daí conclui Grau que o ato de o Executivo emanar normas configura, materialmente, exercício de função normativa e formalmente, exercício de função regulamentar, visto que não decorre de uma

---

<sup>77</sup> GRAU. *Op. Cit.* p. 172.

<sup>78</sup> “(...) conceituaremos norma jurídica como o *preceito, abstrato, genérico, e inovador – tendente a regular o comportamento social de sujeitos associados – que se integra no ordenamento jurídico*.”: GRAU. *Op. Cit.*, p. 178.

<sup>79</sup> Como apontado por Alessi, configura característica das normas jurídicas a constituição de preceito primário, no sentido de impor força própria, autônoma. Cf. ALESSI, Renato. *Principii di diritto amministrativo*. 4ª ed., v. I. Milano. Giuffrè Editore, 1978, p. 5 *apud* GRAU. *Op. Cit.* p. 178.

<sup>80</sup> GRAU. *Op. Cit.*, p. 179.

delegação de função legislativa. Para ele, “o fundamento do poder regulamentar (...) está nesta *atribuição de poder normativo*” ao Executivo.

“Os regulamentos são estatuições primárias – impostas por força própria – ainda que emanados de um poder *originário*. Por isso se apresentam como *derivados*, no sentido de que devem fundar-se sobre uma *atribuição de poder normativo* contida explícita ou implicitamente na Constituição ou em uma lei formal.”<sup>81</sup>

Conclui-se, pois, que, para Eros Roberto, o poder normativo exercido pelo Executivo tem, formalmente, natureza regulamentar. É, portanto, derivado, pois necessariamente sucede a uma previsão legal ou constitucional e tem força primária, logo normativa, por acrescer inovação no ordenamento jurídico. Vale acrescer que o autor nega que o fundamento do poder regulamentar esteja no poder discricionário da Administração.

### ***3.3.2. Poder normativo das agências reguladoras como reflexo da especialização setorial e formação de subsistemas de normatização***

Admite-se, como outra tese viável para a atribuição de poder normativo às agências reguladoras, que da especialização setorial advenha o poder normativo das agências reguladoras, originando subespécies de ordenamentos jurídicos derivados do estatal.<sup>82</sup>

A especialização e a complexização da vida humana geram demandas por soluções de problemas específicos, sem precedentes anteriores no ordenamento jurídico. Assim, faz-se necessária a cunhagem de princípios específicos para matérias específicas, que se amoldem às novas demandas por elas apresentadas.

Desse modo, a estrutura de ordenamento monocêntrico – como concebido depois de Revolução Francesa, com todas as garantias de geração de normas pelo Parlamento eleito pelo povo – passou a não mais atender à demanda das pautas legislativas, tendo em vista o aumento da complexidade social a partir da II Guerra Mundial.

Alexandre Santos de Aragão descreve que:

---

<sup>81</sup> GRAU. *Op. Cit.*, p. 181.

<sup>82</sup> Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O poder normativo das agências reguladoras*. p. 3-26. In: **Revista Forense**, vol. 354, março/abril, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.10 e MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes*. p. 72-98. In: In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico**, São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p.83

“(…), verificou-se que não bastava a edição de leis especiais pelo Poder Legislativo. Impunha-se também a especialização das fontes do Direito e dos respectivos órgãos emanadores. O Poder Legislativo, essencialmente político e atuando mediante processos necessariamente lentos, viu-se incapaz de lidar com a complexidade, pluralidade e tecnicismo das matérias que demandavam a sua atuação.

“Tornou-se, então, imperioso, não apenas a especialização das matérias a serem reguladas, como também dos órgãos incumbidos da expedição das respectivas normas, que, em virtude dos seus amplos poderes, deveriam, para exercê-los satisfatoriamente e com observância dos cânones do Estado de Direito, estarem, na medida do possível, livres das injunções políticas parciais.

“A conjunção destes fatores – criação de *órgãos independentes* encarregados da *regulação de atividades específicas* dotadas de grande *conteúdo técnico*, resultou nos ordenamentos setoriais.”<sup>83</sup>

Leciona Carlos Ari Sunfeld que o Poder Legislativo edita leis com alto grau de abstração e generalidade, como sempre fez. Contudo, em face dos novos tempos, e novas demandas sociais, “agora estas normas não bastam”. Para o autor, há necessidade de normas “mais diretas para tratar das especificidades, realizar o planejamento dos setores, viabilizar a intervenção do Estado em garantia do cumprimento ou a realização” dos valores legalmente e constitucionalmente consagrados. Assim, a atribuição de poder normativo às agências reguladoras não é excludente do poder de legislar, significa, somente, o “aprofundamento da atuação normativa do Estado.”<sup>84</sup>

Tem-se, por conseguinte, que, com a alteração de estrutura social, galgada na pluralização e na veloz alteração tecnológica, se fez imprescindível o “reconhecimento de novos graus do exercício autônomo de competências normativas, com a emergência de mecanismos de controle mais finalísticos do que hierárquicos.”<sup>85</sup>

A garantia desse sistema provém do atendimento ao devido processo legal na produção das normas. Obedecendo aos preceitos emanados nas leis instituidoras, e nos respectivos Decretos regulamentares, tanto em matéria procedimental quanto material, e visando à realização dos valores constitucionais, está sendo consagrado o Estado de Direito.

---

<sup>83</sup> ARAGÃO, *Op. Cit.* p. 15.

<sup>84</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução às agências reguladoras*. p. 17-38. In: **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 27.

<sup>85</sup> ARAGÃO, *Idem*.

Conseqüentemente, como as leis atribuidoras de poder normativo às agências reguladoras possuem “baixa densidade normativa”<sup>86</sup>, por cuidarem de ampla gama de assuntos com tratamento superficial ou principiológico, fica a cargo destes entes desenvolver as normas setoriais, a fim de regular o seu respectivo setor de atuação.

“A lei, portanto, sem dar início *de per se* a uma normatização mais completa, e muito menos, exaustiva da matéria, estabelece apenas parâmetros bem gerais da regulamentação a ser feita pelo ente regulador independente.

“Estas leis geram a categoria das leis-quadro (*lois-cadre*) ou standartizadoras, próprias das matérias de particular complexidade técnica e dos setores suscetíveis a constantes mudanças econômicas e tecnológicas.”<sup>87</sup>

## CAPÍTULO IV

### **DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA COMO FUNDAMENTO DO PODER NORMATIVO ATRIBUÍDO ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS: PRECEITOS DIRETIVOS E *STANDARDS* COMO MEDIADORES DESTA COMPETÊNCIA**

#### **4.1. Preceitos diretivos, discrecionalidade e poder normativo**

Como discorrido acima, os fundamentos da discrecionalidade se encontram plantados em lei. Com isso concorda toda a doutrina, tanto pátria e alienígena, mesmo divergindo fortemente sobre a estrutura normativa que comporta a discrecionalidade, quanto ao modo como é veiculada, margens de escolha, conceitos jurídicos indeterminados ou ainda teorias mistas.<sup>88</sup>

Retomando esta noção inicial, discorrida no capítulo III – de que mesmo a atuação discricionária do administrador deve encontrar permissivo legal – pode-se afirmar que há duas margens legais para atuação do administrador em exercício de competência discricionária,

---

<sup>86</sup> ARAGÃO, *Op. Cit.* p. 18.

<sup>87</sup> ARAGÃO. *Op. Cit.* p. 19.

<sup>88</sup> Para maior aprofundamento no tema, vide BACIGALUPO, Mariano. *La Discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Madrid: Marcial Pons, 1997.

que se ligam à introdução de duas formas permissivas na lei: a dos preceitos normativos e dos preceitos diretivos<sup>89</sup>.

Ensina-nos Juan Igartua Salaverría<sup>90</sup> que, muitas vezes, são inseridos na lei regedora de determinada situação jurídica critérios que funcionam como *diretivas*. Estas, apesar de possuírem eficácia imperativa, diferem das normas, pois, não contém a regulação direta de um pressuposto de fato, mas servem para estabelecê-lo.

Por outras palavras, norma e diretiva têm objetivos distintos. A primeira regula diretamente uma realidade fática, sendo que a partir dela se aplica diretamente o direito, enquanto a segunda orienta como deve fixar-se a regulação, não havendo, em decorrência dela, aplicação direta.

Duas situações diversas se apresentam à Administração, pois. Diante de um preceito normativo, cumpre-lhe aplicar a solução previamente traçada para a situação fática. Diante de um preceito diretivo, cabe à Administração atuar discricionariamente, decidindo como se regula tal ou qual pressuposto de fato (com base nos critérios estipulados).

Contudo, há de se questionar como a dita margem discricionária conferida pela presença em lei de uma diretiva será preenchida.

Pode o preenchimento de uma diretiva ser feito diretamente pela prática de um ato administrativo ou requer a edição de normatividade específica para preencher a margem de regulação deixada legalmente para a atuação da administração?

Aponta-nos Seabra Fagundes<sup>91</sup>, bem como Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>92</sup>, a presença de margens de discricionariedade entre os três Poderes, iniciando-se uma gradação a

---

<sup>89</sup> Cf. SALAVERRÍA, Juan Igartua. *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, 1ª edição, Madrid: Editorial Civitas S.A., 1998, p.17 e 18.

<sup>90</sup> Cf. SALAVERRÍA, Juan Igartua. *Idem*.

<sup>91</sup> FAGUNDES, Seabra. *Conceito de Mérito no Direito Administrativo*, p. 195 e 196. In: **Revista de Direito Administrativo**, Seleção Histórica: Matéria publicada em números antigos (de 1 a 150), Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1991, ensina que: “Sendo o Poder Legislativo o criador da norma jurídica, do direito positivo ordinário, somente sujeito à suprema autoridade da Constituição, a sua discricionariedade é a mais ampla. (...) “(§)” No exercer, porém, a sua atividade discricionária, o legislador não esgota as possibilidades de opção peculiares ao exercício da atividade estatal. Às vezes por abstenção voluntária, outras (...) pela impossibilidade de abranger (...) as múltiplas realidades supervenientes. “(§)” Oferece-se, então, margem ao exercício de discricção pelos órgãos meramente executores – o Poder Administrativo e o Poder Judiciário. “(§)” Ao primeiro, atuando sobre u’a massa de relações jurídicas e de fato muito maior que o segundo, tendo sobre si a responsabilidade do funcionamento permanente, contínuo, ininterrupto da vida coletiva sob a ação e do incentivo do Estado, fica, por isto mesmo, com um largo

partir do Legislativo. Assim, entre a atuação legislativa, dotada de margem mais ampla de discrecionariade (a quem incumbem inovar primeiramente no ordenamento jurídico), e a atuação do Poder Executivo, seria deixada margem discrecionária a ser completada pela Administração ao se deparar com as situações concretas descritas em tese na norma.

Trazendo o tema para o contexto de atuação de autoridades independentes – no presente caso as agências reguladoras –, ensina-nos Silvano Labriola que a margem discrecionária deixada em lei para atuação de autoridades independentes deve ser desenvolvida por meio de edição de atos normativos. Descreve o autor que:

“O Legislador, de fato, se limita a fixar poucos princípios, sobretudo a indicar os valores a serem perseguidos pela autoridade (...). A autoridade independente possui uma discrecionariade consideravelmente ampla conferida pela lei para preencher os espaços por ela deixados e para desenvolver os princípios nela estabelecidos. A normatização da autoridade teria nesta hipótese, de fato, força primária.”<sup>93</sup>

Nesse sentido, em face do baixo grau de disciplinamento trazido na lei, que contém uma diretiva, resta para o ato emanado pela autoridade independente traçar a norma para aplicação direta aos casos concretos, no sentido descrito por Alessi (item 3.3.1.), quando se refere ao atributo de primariade característico das normas, porque valem por força própria.

Danièle Bourcier complementa, ainda, que a formulação de leis sem a especificação de grandes elementos pelos quais se pautará a atuação do administrador tem por objetivo “introduzir uma vagueza que permita o trato dos fenômenos sociais, muito fugazes para

---

campo à atividade discrecionária, ou seja, à atividade que implica escolhe entre critérios. “(§)”(...) “(§)”Sendo a discricão do legislador a mais ampla em conteúdo e a primeira a manifestar-se, cronologicamente, no *processus* de expressão da vontade do Estado, a discricão reservada ao administrador e ao juiz pode dizer-se, em certo sentido, residual. Exerce-se no que não tenha sido regulado pela lei. Onde e quando se manifeste, em toda a plenitude, a discricão do Poder Legislativo, já não haverá opções confiadas aos Poderes Executivo e Legislativo no *processus* de expressão da vontade estatal. Exaurindo a lei as possibilidades de escolha, não resta senão cumpri-la, individualizando a solução por ela predeterminada.

<sup>92</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella na obra **Discrecionariade Administrativa na Constituição de 88**, São Paulo: Editora Atlas, 1991, p. 44 e ss., traz reflexões sobre a questão da graduação da discrecionariade entre os Poderes. Ressalta, contudo, que o Poder Judiciário não se encaixa nessa noção, visto que sua atuação condiz, eminentemente, com a interpretação da lei, e não com o exercício de opções abertas pela lei.

se prestarem ao aprisionamento em uma regra precisa”<sup>94</sup>, que é justamente a margem deixada para atuação técnica-discrecionária das agências reguladoras.

Evidencia-se, portanto, que, como os comandos diretivos não se mostram aptos (ou suficientes) para serem aplicados diretamente ao caso concreto, é necessária a edição de regulação específica, a fim de adaptar o preceito diretivo genérico constante em lei à realidade que se apresenta. Pode-se concluir, então, como consequência do que discorre Salaverría, haver a complementação de diretivas por meio de regulação editada pela Administração, preenchendo-se, desse modo, a margem discrecionária – na hipótese de discrecionariiedade técnica, pois referente a setor técnico específico regulado – deixada legalmente.

Alexandre Santos de Aragão, discorrendo sobre o tema, propõe as categorias de situações normativas da lei em face da sua regulamentação. Divide os tipos de lei em: (a) leis de densidade normativa exaustiva; (b) leis de grande densidade normativa; e (c) leis de baixa densidade normativa.

As leis de densidade normativa exaustiva disciplinam matérias sob reserva absoluta de lei formal, devendo o legislador “dispor sobre a matéria de forma, completa, sendo-lhe vedado deixar qualquer espaço para juízos discrecionários.”<sup>95</sup> As leis de grande densidade normativa se referem às leis em geral. São aquelas que, pela doutrina tradicional, normatizam suficientemente as matérias, deixando apenas o detalhamento das obrigações já previamente fixadas. Já as leis de baixa densidade normativa – guardando identidade com a noção de diretiva trazida por Salaverría, discorrida *supra* – são as que estabelecem “apenas parâmetros bem gerais da regulação a ser efetuada pela Administração Pública.” Esta categoria de leis configura “leis-quadro (*lois-cadre*) ou standarizadas, próprias das matérias de grande complexidade técnica ou suscetíveis de constantes mudanças.”<sup>96</sup>

---

<sup>93</sup> LABRIOLA, Silvado. *Le Autorità Indipendenti: Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel Diritto Pubblico Italiano*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 15 *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O poder normativo das agências reguladoras*. p. 3-26. In: **Revista Forense**, vol. 354, março/abril, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 19.

<sup>94</sup> BOURCIER, Danièle. *La Décision Artificielle*. Puf, 1995, p. 61 *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O poder normativo das agências reguladoras*. p. 3-26. In: **Revista Forense**, vol. 354, março/abril, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 19.

<sup>95</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Princípio da Legalidade e Poder Regulamentar no Estado Contemporâneo*. p. 109-129. In: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 225, Rio de Janeiro: julho/setembro 2001, p. 120.

<sup>96</sup> ARAGÃO. *Op. Cit.*, p. 122.

“Estas leis, em processo de franca proliferação, não dão maiores elementos pelos quais o administrador deva pautar a sua atuação ou regulamentação, referindo-se, genericamente, a valores morais, políticos e econômicos existentes na sociedade (saúde pública, utilidade pública, competição no mercado, universalização do ensino, preços abusivos, continuidade dos serviços públicos, regionalização, etc.)”<sup>97</sup>

Conseqüentemente, a Administração – especificamente as agências reguladoras – recebe a incumbência de integrar o conteúdo traçado na lei – ou seja, a diretiva – visto que as leis deste modo formuladas visam, justamente, a deixar esta abertura, que deverá ser preenchida com base em critérios traçados não só por escolhas discricionárias, mas também pela avaliação conjunta de critérios técnicos, como tratado no capítulo II, marca dos entes reguladores setoriais.

#### 4.2. Leis instituidoras das agências reguladoras: ordenamento jurídico brasileiro

Observa-se no ordenamento jurídico brasileiro que as leis que instituíram as agências reguladoras deixam explícita a competência atribuída a estes entes para normatizar os respectivos setores que regulam, dentro dos princípios gerais das leis regedoras do setor.

Essa constatação, emergente das leis criadoras das agências reguladoras, suscita a questão de constituir ou não tal atribuição expressa de competência delegação legislativa ou se não passa de competência regulamentar, tema que será tratado a seguir.

Passemos primeiramente à análise da legislação, a fim de colhermos elementos para discussão.

Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, prevista constitucionalmente como órgão regulador do setor de telecomunicações, foi criada pela Lei n.º 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT), que disciplinou sua estrutura e órgãos básicos. Referida lei traça em seu art. 19 as competências da agência, dentre elas a de **expedir normas** “quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público” (IV), “sobre prestação de serviço de telecomunicações em regime privado” (X), “expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que

---

<sup>97</sup> ARAGÃO. *Op. Cit.*, p. 123.

utilizarem”(XII), e “expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais” (XIV), ou seja, especifica que a competência para a expedição de normas está adstrita aos setores técnicos específicos, visando a implementação dos objetivos fixados em lei. O art. 22, inciso IV, dispõe, ainda, que compete ao Conselho Diretor “editar normas sobre matérias de competência da Agência”. Além disso, o inciso II do art. 22, prevê a edição de normas específicas de licitação e contratos no âmbito da Agência.

Logo depois da edição da LGT, foi impetrada a Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 1.668-5/DF pelos Partidos Comunista do Brasil, dos Trabalhadores, Democrático Trabalhista e Socialista Brasileiro diante o Supremo Tribunal Federal, atacando diversos dispositivos, dentre eles os que prevêm competência normativa para a Anatel.

O principal argumento utilizado para sustentar a inconstitucionalidade dos dispositivos foi o de que eles feriam o princípio da separação dos poderes, eleito como cláusula pétrea no ordenamento jurídico brasileiro, conforme emerge do disposto nos arts. 2º e 60, § 4º, inciso III da Constituição Federal.

Especificamente sobre a competência normativa da Anatel, foi suscitada a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos: (a) incisos IV e X do art. 19, em face dos arts. 5º 21, inciso XI, art. 48, inciso XII, 68 da Carta Magna e do art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; (b) inciso II do art. 22.

Em medida liminar, o Ministro Marco Aurélio Mello, decidiu o seguinte:

(a) Quanto aos incisos IV e X do art. 19, emprestou a eles interpretação conforme a constituição, isto é, “a atuação da Agência há de fazer-se de acordo com as normas de âmbito legal e regulamentar de regência”, considerando, como pressuposto, que talvez os referidos incisos estejam “ligados a questões simplesmente administrativas da prestação dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado”, notando-se a presunção de 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”. Percebe-se, neste trecho final, a remissão ao controle de legalidade das normas expedidas pela Agência em face da legislação vigente, exercido pelo Superior Tribunal de Justiça.

(b) Quanto ao inciso II do art. 22, foi emprestado ao dispositivo interpretação consentânea, sem redução de texto, considerando que a competência atribuída ao Conselho

Diretor da Agência “não há de resultar no afastamento das normas gerais e específicas de licitação previstas nas leis de regência.” Fica, portanto, adstrita ao atendimento de peculiaridades própria dos serviços.

Percebe-se da análise tecida na medida liminar que a questão foi tratada a partir da premissa de que as normas editadas pela Agência não podem contrariar disposições legais. Não se enfrentou a questão da delegação legislativa, conforme suscitado pelos requerentes, no sentido de que as normas editadas pela Anatel podem ser primárias, trazendo inovações no ordenamento jurídico e novas obrigações para os particulares.

Já a Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996 que institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, além de disciplinar o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dar outras providências, dá tratamento diferente no que diz respeito à competência para editar normas. Em seu art. 3º, que trata das incumbências da ANEEL, há previsão no inciso I do seguinte:

“Art. 3º Além das incumbências prescritas nos arts. 29 e 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, aplicáveis aos serviços de energia elétrica, compete especialmente à ANEEL:

I - implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995; (...)”

Isto é, a ANEEL teria competência para expedir regulamentos visando ao cumprimento de normas fixadas em lei, o que significa, em princípio, pouca inovação diante do papel tradicional da Administração Pública.

Todavia, pode-se observar no art. 2º<sup>98</sup> do mesmo diploma legal que se faz referência ao papel de reguladora que têm a ANEEL, o que demonstra a compatibilização com a necessidade de expedição de normas setoriais reguladoras, não só meramente para fiel execução de lei.

---

<sup>98</sup> “Art. 2º A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal. Parágrafo único. No exercício de suas atribuições, a ANEEL promoverá a articulação com os Estados e o Distrito Federal, para o aproveitamento energético dos cursos de água e a compatibilização com a política nacional de recursos hídricos.”

“Art. 2º A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal. Parágrafo único. No exercício de suas atribuições, a ANEEL promoverá a articulação com os Estados e o Distrito Federal, para o aproveitamento energético dos cursos de água e a compatibilização com a política nacional de recursos hídricos.”

Para a Agência Nacional do Petróleo – ANP – , instituída pela Lei n.º 9.478, de 6 de Agosto de 1997, o panorama legal de suas competências normativas se configura de modo mais sutil, comparado com o da ANEEL. No art. 8º da referida Lei<sup>99</sup> é fixada, como primeira

---

<sup>99</sup> “Art 8º A ANP terá como finalidade promover a **regulação**, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, cabendo-lhe:

I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo e gás natural, contida na política energética nacional, nos termos do Capítulo I desta Lei, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo em todo o território nacional e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos;

II - promover estudos visando à delimitação de blocos, para efeito de concessão das atividades de exploração, desenvolvimento e produção;

III - **regular** a execução de serviços de geologia e geofísica aplicados à prospecção petrolífera, visando ao levantamento de dados técnicos, destinados à comercialização, em bases não-exclusivas;

IV - elaborar os editais e promover as licitações para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção, celebrando os contratos delas decorrentes e fiscalizando a sua execução;

V - autorizar a prática das atividades de refinação, processamento transporte, importação e exportação, na forma estabelecida nesta Lei e sua regulamentação;

VI - **estabelecer critérios** para o cálculo de tarifas de transporte dutoviário e arbitrar seus valores, nos casos e da forma previstos nesta Lei;

VII - fiscalizar diretamente, ou mediante convênios com órgãos dos Estados e do Distrito Federal. as atividades integrantes da indústria do petróleo, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei. regulamento ou contrato;

VIII - instruir processo com vistas à declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação e instituição de servidão administrativa, das áreas necessárias à exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, construção de refinarias, de dutos e de terminais;

IX - fazer cumprir as boas práticas de conservação e uso racional do petróleo, dos derivados e do gás natural e de preservação do meio ambiente;

X - estimular a pesquisa e a adoção de novas tecnologias na exploração, produção, transporte, refino e processamento;

XI - organizar e manter o acervo das informações e dados técnicos relativos às atividades da indústria do petróleo;

XII - consolidar anualmente as informações sobre as reservas nacionais de petróleo e gás natural transmitidas pelas empresas, responsabilizando-se por sua divulgação;

XIII - fiscalizar o adequado funcionamento do Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e o cumprimento do Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis, de que trata o art. 4º da Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991;

XIV - articular-se com os outros órgãos reguladores do setor energético sobre matérias de interesse comum, inclusive para efeito de apoio técnico ao CNPE;

XV - regular e autorizar as atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, fiscalizando-as diretamente ou mediante convênios com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.

Art 9º Além das atribuições que lhe são conferidas no artigo anterior, caberá à ANP exercer, a partir de sua implantação, as atribuições do Departamento Nacional de Combustíveis - DNC, relacionadas com as atividades de distribuição e revenda de derivados de petróleo e álcool, observado o disposto no art. 78.

finalidade da ANP, a de regular “as atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo”, esmiuçando-se nos incisos suas atribuições, dentre as quais figura algumas vezes a regulação (incisos III e XV), podendo-se considerar disposição no mesmo sentido a do inciso I, que fala em implementação de políticas públicas em sua esfera de atribuições, e a do inciso VI, que trata de fixação de critérios para nortear o cálculo de tarifas. Vale ressaltar, entretanto, que não é feita referência direta à expedição de normas, como no caso da Anatel ou mesmo à regulamentação necessária para o cumprimento da Lei do setor, como no caso da ANEEL.

Resultado da conversão em lei da Medida Provisória n.º 1.791, de 1998, foi editada a Lei n.º 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA – e dá outras providências. Conforme dispõe o art. 6º da Lei, a ANVISA terá por “finalidade institucional a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário (...) de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária(...)”. Vale ressaltar que o setor regulado pela ANVISA não se caracteriza pela transferência da prestação de serviços públicos, cujo titular é o Estado, a particulares. Na verdade, apesar do interesse social e do fato de que a saúde é dever do Estado, sempre houve compartilhamento do setor entre iniciativa privada e atuação estatal.

Dentre as atribuições da ANVISA, listadas no art. 7º da Lei, consta expressamente referência à competência para “estabelecer normas”, utilizando-se a mesma técnica legislativa presente da Lei n.º 9.472/97, que cria a Anatel.

“Art. 7º. Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II e VII do art. 2º desta Lei, devendo:

I – (...)

III – estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária;

IV – estabelecer normas e padrões sobre limites de contaminantes, resíduos tóxicos, desinfetantes, metais pesados e outros que envolvam risco à saúde;

(...)”

Na doutrina, faz-se, todavia, a ressalva de que a atuação normativa da ANVISA seria não propriamente inovadora, tendo em vista que o setor por ela controlado já teria

arcabouço jurídico completo<sup>100</sup>, composto por leis específicas para cada categoria de atuação, como por exemplo, controle de medicamentos, tratado na Lei n.º 6.360, de 23 de setembro de 1976.

A próxima agência a ser criada no ordenamento jurídico brasileiro foi a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, instituída pela Lei n.º 9.961, de 28 de janeiro de 2000, cuja finalidade institucional é “promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais” (art. 3º). Nota-se, desde o art. 1º da referida Lei que são evidenciados os poderes normativos atribuídos a esta agência, quando se explicita que a ela incumbe a regulação e normatização “das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde” No art. 4º da Lei são arroladas as competências da ANS. Dentre elas, percebe-se que diversos incisos trazem os termos “normatizar”, “estabelecer normas” e “estabelecer critérios”, o que caracteriza a competência normativa setorial desta agência, utilizando-se técnica legislativa similar a utilizada para a instituição de competências da Anatel, em que para cada atribuição de editar normas vinha vinculada com um ramo específico do setor regulado.

“Art 1º É criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro - RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de **regulação, normatização**, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.” (grifo nosso)

“Art 3º A ANS terá por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, **regulando as operadoras setoriais**, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.” (grifo nosso)

“Art 4º Compete à ANS:

---

<sup>100</sup> Cf. LEÔNICIO JÚNIOR, Waldir. *A teoria da deslegalização como fundamento do poder normativo das agências reguladoras*. p. 34-44. In: **Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**, vol. 63, Brasília: maio-agosto 2000, p. 37.

- I - propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar - Consu para a **regulação** do setor de saúde suplementar;
  - II - estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras;
  - III - elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades;
  - IV - **fixar critérios** para os procedimentos de credenciamento e descredenciamento de prestador de serviço às operadoras.
  - V - **estabelecer parâmetros e indicadores** de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços próprios e de terceiros oferecidos pelas operadoras;
  - VI - **estabelecer normas** para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde - SUS;
  - VII - **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;
  - VIII - deliberar sobre a criação de câmaras técnicas, de caráter consultivo, de forma a subsidiar suas decisões;
  - IX - **normatizar** os conceitos de doença e lesão preexistentes;
  - X - definir, para fins de aplicação da Lei n ° 9.656, de 1998, a segmentação das operadoras e administradoras de planos privados de assistência à saúde, observando as suas peculiaridades;
  - XI - estabelecer critérios, responsabilidades, obrigações e normas de procedimento para garantia dos direitos assegurados nos arts. 30 e 31 da Lei nº 9.656, de 1998;
  - XII - **estabelecer normas** para registro dos produtos definidos no inciso I e no § 1º do art. 1º da Lei nº 9.656, de 1998; XIII - decidir sobre o estabelecimento de sub-segmentações aos tipos de planos definidos nos incisos I a IV do art. 12 da Lei nº 9.656, de 1998;
  - XIV - estabelecer critérios gerais para o exercício de cargos diretivos das operadoras de planos privados de assistência à saúde;
  - XV - estabelecer critérios de aferição e controle da qualidade dos serviços oferecidos pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, sejam eles próprios, referenciados, contratados ou conveniados;
  - XVI - **estabelecer normas**, rotinas e procedimentos para concessão, manutenção e cancelamento de registro de produtos das operadoras de planos privados de assistência à saúde;
  - XVII - autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, de acordo com parâmetros e diretrizes gerais fixados conjuntamente pelos Ministérios da Fazenda e da Saúde;
  - XVIII - **expedir normas e padrões** para o envio de informações de natureza econômico-financeira pelas operadoras, com vistas à homologação de reajustes e revisões;
- (...)” (grifo nosso)

É importante esclarecer, no que diz respeito ao setor de saúde suplementar, que antes da criação ANS, já houvera sido editada a Lei 9.656, de 03 de junho de 1998, que traça os princípios e diretrizes setoriais, a partir dos quais se estabelece a competência normativa da ANS.

Por último, dentro do quadro de agências reguladoras setoriais<sup>101</sup>, foi editada a Lei n.º 10.233, de 5 de julho de 2001, que instituiu (art. 21) a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT – e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ –, definindo suas respectivas esferas de atuação.

Sobre a atribuição de competência normativa a estas duas agências, o primeiro dispositivo a tratar do assunto é o art. 20 da Lei, que, em seu inciso II fala em regulação, explicitando os princípios regedores da atuação das agências:

“Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário:

I - implementar, em suas respectivas esferas de atuação, as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte e pelo Ministério dos Transportes, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei;

II - regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a:

- a) garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas;
- b) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.”

Nos arts. 24 e 27 são elencadas as atribuições da ANTT e da ANTAQ, respectivamente, dentro de suas esferas de atuação. No art. 24, inciso IV, há previsão de que cabe à ANTT:

---

<sup>101</sup> A partir do panorama de regulação setorial, não serão incluídas a Agência Brasileira de Inteligência, criada pela Lei n.º 9.883, de 07 de dezembro de 1999, nem a Agência de Desenvolvimento da Amazônia, criada pela Medida Provisória n.º 2,157, com última edição de 24 de agosto de 2001.

“Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:

(...)

IV - **elaborar e editar normas e regulamentos** relativos à exploração de vias e terminais, garantindo isonomia no seu acesso e uso, bem como à prestação de serviços de transporte, mantendo os itinerários outorgados e fomentando a competição;

(...)”. (grifo nosso)

No art. 27, o inciso IV há previsão similar relativamente à ANTAQ:

“Art. 27. Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação:

(...)

IV - **elaborar e editar normas e regulamentos** relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores;

(...)” (grifo nosso)

Percebe-se dos dispositivos transcritos que à ANTT e à ANTAQ é atribuída competência normativa setorial, nos moldes da técnica utilizada pela Anatel, citando-se expressamente que cabe a cada uma editar normas e regulamentos.

#### ***4.2.1. Poder normativo das agências reguladoras e reserva de lei***

Os questionamentos suscitados pela Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.668/DF proposta contra dispositivos da Lei Geral de Telecomunicações, especialmente aos que tratam da atribuição de competência normativa às agências, abrem o debate sobre a constitucionalidade da função normativa atribuída a estes entes independentes<sup>102</sup>.

---

<sup>102</sup> Especificamente sobre a Anatel, alega-se que haveria choque, para telecomunicações, entre a competência atribuída constitucionalmente ao Congresso Nacional, pelo inciso XII do art. 48 da Constituição Federal, para dispor sobre a matéria. Além disso, do texto do inciso XI do art. 21 emergiria o impositivo de que lei formal é que deve disciplinar o setor de telecomunicações.

Contudo, não é isso que se apreende do texto do artigo 21, inciso XI a Carta da República, que dispõe: “Art. 21. Compete à União: (...) XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; (...)”.

A principal crítica às agências reguladoras advém do argumento de que não cabe à autoridade administrativa o papel de inovar no ordenamento jurídico, ou seja, expedir norma primária. Tal tese resta afastada com a percepção de que a atuação do Estado se pauta em divisão de funções, e não divisão estrita de poderes, verdadeiro legado de Montesquieu (vide item 3.3.1).

Os defensores da impossibilidade de atribuição de competência normativa às agências reguladoras, apegam-se, ainda, à previsão do inciso II, art. 5º, segundo a qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Para estes partidários somente da lei formal seria aquela autorizada a proceder restrições na liberdade e patrimônio dos cidadãos.

Entretanto, é necessário que se faça uma leitura sistemática da Constituição considerando todo o seu contexto e a integração das normas entre si, além de levar em conta o princípio básico da hermenêutica de que duas normas não tratam da mesma matéria.

Percebe-se que o princípio da legalidade, que é também consagrado no inciso II do art. 5º da Carta Magna, permeia todo o texto constitucional. Em algumas aparições é tomado em termos absolutos, quando dispõe expressamente que determinada matéria deve ser disciplinada por lei formal, como se passa com a criação de crimes e com a instituição de novos tributos (inciso XXXIX do art. 5º, inciso I do art. 150 e parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal).

Desse modo, percebe-se que 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 para, no exercício de função normativa, definir obrigações de fazer e não fazer que se imponha aos particulares – e os vincule.”<sup>103</sup>

Assim, fazendo uma leitura do inciso II do art. 5º da Constituição Federal em consonância com outros dispositivos constitucionais, verifica-se que este inciso expressa o princípio da legalidade em termos relativos, pelo que se conclui que:

“(...) o devido acatamento lhe estará sendo conferido quando – manifesta, explícita ou implicitamente, a atribuição para tanto – ato normativo não legislativo, porém regulamentar (ou regimental), definir obrigação de fazer ou não fazer alguma coisa imposta a seus destinatários.”<sup>104</sup>

Do contrário, concluir que o princípio da legalidade, como presente no art. 5º, inciso II da Carta Marga fosse tomado em termos absolutos conduziria à completa desnecessidade de existência das demais previsões, que, na verdade, servem para tratar de reserva de lei absoluta. É, por conseguinte, plenamente respeitado o inciso II do art. 5º quando atos normativos em geral definem obrigações para os particulares.

Vale acrescentar, ainda, como evidencia Canotilho, que “o princípio da prevalência ou preferência da lei sofreu um processo de ‘erosão’ e de ‘relativização’, o que importa ter em conta para se compreenderem muitas das questões a tratar em sede de parâmetro da constitucionalidade e legalidade”.<sup>105</sup>

Assim, a contemporaneidade demanda por reformulação do princípio tradicional da reserva da lei, que passa a admitir as seguintes repartições, em conformidade com o direito constitucional português: (a) reserva de parlamento, prevista no nosso ordenamento jurídico, é a reserva de lei formal, pela qual somente ato do Congresso Nacional pode regular determinada matéria; (b) reserva de ato legislativo, passa-se nos casos em que o Congresso pode autorizar o Executivo a legislar sobre determinada matéria, no direito português decreto-lei, e no direito brasileiro lei delegada (art. 68 da Constituição Federal); (c) reserva de norma jurídica, pela qual é necessária uma norma, mas não lei formal, é a reserva de “lei” material, ou seja, “significa apenas exigência de uma disciplina normativa geral que pode ser alcançada através de actos normativos inferiores à lei”; e, por fim, (d) reserva de lei reforçada, quando faz-se necessária não só lei formal do parlamento, mas também “uma lei a que se atribui valor paramétrico relativamente a outros actos legislativos”.<sup>106</sup>

---

<sup>103</sup> GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e O Direito Pressuposto**, São Paulo: Malheiros Editores, 3ª edição, 2000, p. 184.

<sup>104</sup> *Idem.*

<sup>105</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 5ª edição, refundida e aumentada. Coimbra: Almedina, 1991, p. 797.

<sup>106</sup> CANITILHO. *Op. Cit.* p. 800-801.

Canotilho trata, ainda, da diferenciação entre reserva absoluta e reserva relativa, pela qual:

“Existirá uma *reserva absoluta* quando a Constituição exige que determinadas matérias sejam disciplinadas na sua totalidade pela lei; haverá *reserva relativa* quando a lei se limita a definir o ‘regime jurídico geral’ (...), consentindo o seu desenvolvimento que através de decreto-lei, quer através de actos regulamentares.”<sup>107</sup>

Sobre o campo de interseção entre reserva de lei e regras técnica, Canotilho ensina que o disciplinamento legislativo deve tratar dos aspectos políticos fundamentais:

“É um problema cuja discussão está apenas no início. Se atentarmos ás profundas conseqüências que uma moderna tecnologia pode trazer para os cidadãos (exemplo: energia nuclear) é evidente estarmos perante problemas que, nos seus aspectos políticos fundamentais, terão de ser objeto de lei. As observações anteriores indiciam a insustentabilidade de uma absoluta separação entre administração coactiva e administração de prestações, quer quanto aos fins e tarefas, quer quanto ao *instrumentarium* conceitual.”<sup>108</sup>

#### **4.3. Discrecionariade técnica como fundamento da atribuição de função normativa às agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro – a partir da teoria da delegação legislativa e a partir da admissão de competência regulamentar**

A partir de duas correntes de interpretação divergentes do art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, admitem-se, no direito pátrio, que a natureza da função normativa das agências reguladoras brasileiras seja resultado de delegação legislativa ou de atribuição de competência regulamentar às agências reguladoras.

Não obstante as diferenças estruturais entre as duas correntes, ambas se apegam ao alto grau de tecnicidade, e conseqüentemente, à necessidade de respostas normativas rápidas como fundamento do poder normativo atribuído às agências reguladoras brasileiras.

##### **4.3.1. Delegação legislativa e discrecionariade técnica**

---

<sup>107</sup> CANOTILHO. *Op. Cit.* p. 810.

Constata-se, a partir do levantamento dos dispositivos que atribuem poder normativo às agências reguladoras, que as leis instituidoras das agências o fazem expressamente. Assim, apesar de constarem nas leis preceitos diretivos ou *standards* – constituídos por princípios e metas gerias – que, para aplicação, têm necessariamente de ser completados, conforme a discrecionalidade técnica da agência, há ainda a atribuição expressa de competência normativa a estes entes.

Tal percepção acaba por levantar a tese de que a deslegalização seria o fundamento da atribuição de poder normativo a estes entes independentes. Assim, seria delegado às agências reguladoras, por meio de previsão legal, o disciplinamento de matérias que a princípio estariam adstritas ao disciplinamento de lei formal pelo Congresso Nacional.

A compatibilização da delegação legislativa como fundamento do poder normativo das agências reguladoras brasileiras passa pela admissão de que a Constituição Federal de 1998, embora admitindo a separação de poderes, não delimitou a existência do princípio da indelegabilidade de competência normativa.<sup>109</sup> Assim, pela leitura que se faz ao disposto no art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>110</sup>, não houve proibição genérica da deslegalização, mas apenas não recepção pela nova ordem constitucional dos dispositivos anteriores que delegassem matéria de competência do Congresso Nacional a órgão do Poder Executivo, com a finalidade de reestruturação de todas as hipóteses de delegação.

#### Complementa Diogo Moreira Neto:

“Como não se proibiu genericamente a delegação, há de se entender que o legislador constituinte pretendeu reestruturar a partir da nova ordem jurídica do país, *todas as hipóteses de deslegalização*, o que efetivamente vem ocorrendo a partir de então, tanto em nível constitucional quanto em nível legal. (...) A delegação legal será sempre possível.”<sup>111</sup>

---

<sup>108</sup> CANOTILHO. *Op. Cit.* p. 809.

<sup>109</sup> LEÔNCIO JÚNIOR, WALDIR. *A teoria da deslegalização como fundamento do poder normativo das agências reguladoras*. p. 34-44. In: **Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**, vol. 63, Brasília: maio-agosto 2000, p. 37.

<sup>110</sup> Dispõe o art. 25 do ADCT: “Art. 25. Ficam revogadas, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange à: I – ação normativa;

II – alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie.”

<sup>111</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Natureza jurídica, competência normativa – limites de atuação*. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 215: 71/83, jan/mar. 1999, p. 73 *apud* LEÔNCIO JÚNIOR,

Fixado este pressuposto inicial, passe-se agora à análise, sob o prisma da deslegalização, de como a discrecionariade técnica influencia a atribuição de poder normativo às agências reguladoras brasileiras.

Um grande estudioso da legislação delegada no direito alienígena é García de Enterría, cuja teoria é marco para diversas análises tecidas no direito brasileiro.<sup>112</sup> Ensina-nos o autor que:

“O fenômeno da chamada genericamente *legislação delegada* é um dos mais importantes na prática atual de todos os países. Recentemente, com efeito, o legislador faz participar de alguma maneira à Administração na ordenação jurídica da sociedade atual e de seus problemas. Cada vez se vai generalizando mais esta forma legislativa que supõe uma participação entre o Legislativo, que adota ordinariamente a iniciativa, e a Administração, que a continua e a leva a termo e conclusão. Na economia da utilização do regulamento vão sendo cada vez mais raros os regulamentos que atuam por si sós (já dissemos que isto só pode produzir-se no âmbito organizativo interno da Administração e que ainda a presença da lei é constante) e não colaboram com uma normativa de lei que, de alguma maneira, lhes reserva, lhes reconhece, lhes atribui, lhes delega, âmbitos de atuação determinados. O regulamento se converte, assim em uma espécie de prolongação da lei, suposto que está, de difícil elaboração e ajuste em Câmaras numerosas, há de concentrar-se necessariamente no estabelecimento das regulações estruturais de base, sem poder descender a pomenores técnicos.”<sup>113</sup>

O principal efeito da delegação legislativa é, por conseguinte, o de ampliar o poder normativo da Administração relativamente a tema e matéria concretos.

---

WALDIR. *A teoria da deslegalização como fundamento do poder normativo das agências reguladoras*. p. 34-44. In: **Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**, vol. 63, Brasília: maio-agosto 2000, p. 37.

<sup>112</sup> Além do Curso de Direito Administrativo, obra conjunta com Tomás-Ramón Fernandez, García de Enterría escreveu sobre o tema na obra *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*. 2ª ed. Madrid: Ed. Tecnos, 1981. É citado no direito brasileiro por: Diogo de Figueiredo, Waldir Leôncio Júnior e Alexandre Santos de Aragão.

<sup>113</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo e TOMÁS-RAMÓN, Fernandes. **Curso de Direito Administrativo**. Trad.: Arnaldo Setti, colab. Almudena Marín López e Elaine Alves Rodrigues. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 271.

O autor Eduardo García de Enterría, ao tratar sobre o tema delegação legislativa<sup>114</sup>, classifica em três espécies básicas as técnicas de delegação legislativa, que se constituem em:

1. delegação receptícia, que seria a transferência da função legislativa ao Poder Executivo, para produzir normas com força de lei, adstrita a matéria e tempo determinados no ato de delegação e que se esgota com o exercício. Está presente em nosso ordenamento jurídico no instituto das normas delegadas, tratadas pelo art. 59, IV c/c art. 68 da Constituição Federal.
2. remissão, que é “remessa pela lei a uma normatividade ulterior que deverá se elaborada pela Administração, sem força de lei, igualmente dentro do quadro substantivo emoldurado pela própria lei remetente”<sup>115</sup>, constituindo o poder regulamentar atribuído tradicional e privativamente ao Chefe do Poder Executivo para expedir regulamentos visando a fiel execução das leis, tratado nos arts. 84, IV e 49, V da Constituição Federal.
3. E, finalmente, a deslegalização, originária da doutrina francesa, a partir da noção de *délégation de matières*, aplicada pelo Conselho de Estado a partir de dezembro de 1907. Pela deslegalização “o titular de um determinado poder não tem dele a disposição mas tão somente o exercício”, sendo que o fundamento da delegação seria a “retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei (*domaine da la loi*) passando-as ao domínio do regulamento (*domaine de l’ordonnance*)”<sup>116</sup>

---

<sup>114</sup> Cf. GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, Madrid: Ed. Tecnos, 1970 *apud* MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**, 2ª edição atualizada e ampliada, Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001

<sup>115</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**, 2ª edição atualizada e ampliada, Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001, p. 165.

<sup>116</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. Cit.*, p. 162.

Como descrito na última espécie de delegação, a lei de deslegalização não necessita adentrar na matéria disciplinada, sendo suficiente a abertura deixada para a atuação de outras fontes normativas, estatais ou não, para que possam regular a matéria por atos próprios<sup>117</sup>.

A doutrina que defende a teoria da deslegalização como fundamento do poder normativo das agências reguladoras diferencia as matérias que podem ser objeto de delegação das que não podem, justamente com base na noção de discrecionariiedade técnica. Diogo Figueiredo Moreira Neto aponta que as matérias que envolvam *escolhas político-administrativas* diferem de matérias que envolvam *escolhas técnicas*. Apesar de terem sido indistintamente atribuídas à competência privativa do Poder Legislativo, as matérias que envolvem escolhas técnicas se mostram passíveis de serem delegadas a entes específicos da Administração Pública, encarregados de exercer controle sobre determinada matéria. Com essa forma de delegação é possível ainda afastar apreciações técnicas de disputas partidárias, além de prover a celeridade e flexibilidade necessárias para acompanhar as alterações tecnológicas dos setores técnicos específicos, que têm reflexo em importante setores econômicos. Constata-se, desse modo, que a noção de discrecionariiedade técnica é que pauta as matérias que podem ser objeto de delegação a entes da Administração.

“Como, em princípio, não se fazia a necessária e nítida diferença entre as matérias que exigem escolhas político-administrativas e as matérias em que devam prevalecer as escolhas técnicas, a competência legislativa dos Parlamentares, que tradicionalmente sempre foi privativa, na linha do postulado da separação dos Poderes, se exerceu, de início, integral e indiferenciadamente sobre ambas. Somente com o tempo e o reconhecimento da necessidade de fazer a distinção, até mesmo para evitar que decisões técnicas ficassem cristalizadas em lei e se tornassem rapidamente obsoletas, é que se desenvolveu a técnica das *delegações legislativas*.”<sup>118</sup>

A delegação legislativa é tida, portanto, por parcela da doutrina como meio de instituição, no ordenamento jurídico brasileiro, da transferência de poder normativo às agências reguladoras (restrito a área de regulação de cada uma), sem ignorar-se o preceito fundamental de que a lei é a manifestação da vontade popular por excelência. Desse modo, com a abertura

---

<sup>117</sup> Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. Cit.*, p. 166.

<sup>118</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Idem*.

operada pela própria lei, que tem primazia<sup>119</sup> ordinariamente, depois da Constituição, a Administração pode atuar editando normas para os setores específicos sem contrariar o paradigma fundamental de que o corpo legislativo, legitimamente constituído pelo voto popular, é que dá abertura para a deslegalização.

#### **4.3.2. Competência regulamentar e discricionariedade técnica**

Por outro lado, encontram-se teóricos que sustentam a vedação da delegação de poderes no direito brasileiro. Esta corrente preceitua que, mesmo não havendo previsão explícita acerca da vedação da delegação de poderes, o preceito fundamental da separação de poderes, insculpido no art. 2º do texto constitucional, é suficiente para determiná-la. Além disso, decorre de outras premissas constitucionais. O art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias seria uma delas, ao qual é emprestada a seguinte interpretação: a determinação de revogação de todas as normas delegadoras de competência normativa anteriores à Constituição comprova que a delegação de poderes legislativos não é permitida pela Constituição Federal, somente sendo aceitas as exceções expressas na Constituição.<sup>120</sup>

A partir desse princípio, às agências reguladoras seria conferido poder regulamentar, ou seja, derivado, de caráter normativo, visto que traz carga de inovação primária (vide item 3.3) atuando na integração do ordenamento jurídico<sup>121</sup>, ou mais especificamente dos ordenamentos setoriais, de acordo com as normas que lhe são hierarquicamente superiores.

Eros Roberto Grau deixa em evidência que ao exercer função regulamentar a Administração não o faz no exercício de delegação legislativa. Pelo contrário, ela atua no desenvolvimento de função normativa, considerando que a função regulamentar consiste na

---

<sup>119</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e TOMÁS-RAMÓN, Fernandes. **Curso de Direito Administrativo**. Trad.: Arnaldo Setti, colab. Almudena Marín López e Elaine Alves Rodrigues. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 270.

<sup>120</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Princípio da Legalidade. Delegações Legislativas. Poder regulamentar. Repartição constitucional das competências legislativas*. In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, n.º 337, p. 270; SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 114-116; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**, vol I. São Paulo: Saraiva, 1990, p.20.

<sup>121</sup> Cf. GRAU. *Op. Cit.* p. 186.

“emanação de estatuições primárias, em decorrência de poder *derivado*, com conteúdo normativo”<sup>122</sup> (vide item 3.3.1).

Observa ainda que o condicionamento do exercício da função regulamentar a atribuições do Legislativo “é mero expediente tendente à promoção do equilíbrio na dinâmica dos poderes tripartidamente organizados, sem que tal signifique a não preexistência de tais funções.”<sup>123</sup> Então, quando expede atos normativos o executivo exerce função própria. E, mesmo que exista atribuição conferindo poderes para tanto, esta não configura mais do que permissão para o exercício de função que é própria do executivo, cumprindo o papel de instrumento de controle de legalidade sobre a atuação.

Carlos Ari Sundfeld, por sua vez, reconhece que a atuação das agências reguladoras deve se pautar em uma base legal. A constitucionalidade da lei atributiva depende de o legislador haver estabelecido “*standards* suficientes, pois do contrário haveria delegação pura e simples de função legislativa”, ou seja, deve haver um conteúdo mínimo que confira a base sobre a qual a agência poderá normatizar. Acrescenta o autor que este limite é um dos temas mais polêmicos do direito pátrio e alienígena.<sup>124</sup>

Tem-se como marco fundamental para a atribuição de função normativa às agências reguladoras, a incoerência entre o modelo tradicional da separação de poderes e o alto intervencionismo estatal, manifesto pela necessidade de gerenciar normativamente os conflitos<sup>125</sup>, que são crescentes, tendo em vista a especialização dos diversos ramos do próprio direito, ligado ao aumento da complexidade social (vide item 3.3.2).

Retornando à temática da discrecionariade técnica, verifica-se que a razão de existência de abertura em lei, deixando margem para regulamentação posterior por órgão técnico especializado, decorre justamente da impossibilidade de disciplinamento eficaz das múltiplas matéria pelo Poder Legislativo. Na noção de eficácia, inclui-se tanto a ausência de especialização técnica dos órgão legislativos, quanto a demora no tempo de produção legislativa, que não se mostra compatível com o tempo necessário para a regulação dos mercados.

---

<sup>122</sup> GRAU. *Op. Cit.* p. 184-185.

<sup>123</sup> GRAU. *Op. Cit.* p. 186.

<sup>124</sup> SUNDFELD. Carlos Ari. *Introdução às agências reguladoras.* p. 17-38. In: **Direito Administrativo Econômico.** São Paulo: Malheiros, 2000, p. 27.

Em decorrência disso, tem-se que:

“A lei, portanto, sem dar início de *per se* a uma normatização mais completa, e, muito menos, exaustiva da matéria, estabelece apenas parâmetros bem gerais da regulamentação a ser feita pelo ente regulador independente.

“Estas leis integram a categoria das leis-quadro (*lois-cadre*) ou standarizadas, próprias das matérias de particular complexidade técnica e dos setores suscetíveis a constantes mudanças econômicas e tecnológicas.”<sup>126</sup>

Desse modo, pode-se afirmar que a margem de discrecionariiedade possível de ser atribuída à Administração, de modo a fundar sua atuação normativa, é aquela referente a escolhas técnicas – a partir da inserção em lei apenas de conceitos gerais, denominados preceitos diretivos ou *standards* –, tendo sido feitas anteriormente as opções político-administrativas gerais que nortearão, como diretivas, a integração do ordenamento jurídico pelas agências reguladoras.

## CONCLUSÃO

A pretensão inicial deste estudo foi traçar um liame causal entre a discrecionariiedade técnica e o poder normativo atribuído às agências reguladoras. Ao longo da exposição, foi possível concluir que a discrecionariiedade técnica é figura rediviva da atualidade, resultado da crescente especialização dos setores sociais. Os avanços tecnológicos cada vez mais velozes impulsionaram esta especialização, que culminou na pluralização da sociedade, a ponto de se formarem subsistemas normativos setoriais para atender a demanda por regulação, que não pode ser provida pelas casas legislativas tradicionais.

---

<sup>125</sup> SUNDFELD. *Op. Cit.* p. 29.

<sup>126</sup> ARAGÃO. Alexandre Santos de. *O poder normativo das agências reguladoras.* p. 3-26. In: **Revista Forense**, vol. 354, Rio de Janeiro: Forense, março/abril 2001, p. 19.

Ao final, chegou-se à constatação maior de que a estrutura estatal serve de modo organizacional para gerenciamento da realidade. Assim, na medida em que esta realidade apresenta alterações, há que se adequar o modo de organização do Estado, se este não supre mais as demandas advindas desta complexização social. Não é possível, portanto, engessar a forma de atuação estatal conforme aquela insculpida em modelo advindo do período pós Revolução Francesa. É necessária a adequação às demandas hodiernas.

Nesse contexto, percebe-se a importância do poder normativo atribuído às agências reguladoras. Vale ressaltar que este designado “poder” não constitui uma anomalia em face da teoria da separação dos poderes. O poder normativo é, verdadeiramente, exercício de função normativa conjuntural, tendo em vista que a separação de poderes tem lastro justamente na atribuição de funções preponderantes a entes diversos do Estado, de modo que possam se controlar reciprocamente (e é a função preponderante a cada um deles que acaba por conformar sua designação). Desse modo, vê-se que a separação de poderes não é absoluta, cabendo tanto ao Executivo, quanto ao Legislativo e ao Judiciário o exercício de funções não abarcadas nas suas atribuições precípua. Deve-se então compreender a separação de poderes não como padrão absoluto, mas como mecanismo de equilíbrio entre os poderes que, pelo controle, recíproco serve para evitar abusos.

A partir desta revisão na leitura do “dogma” da Separação de Poderes, constata-se a possibilidade de atribuição de função normativa à Administração Pública, aí incluídas as agências reguladoras. O mediador desta atribuição, que guarda afinidade com mudanças conjunturais, é a evolução tecnológica, cada vez mais veloz e profunda. Tal fator faz com que os mecanismos tradicionais de produção normativa do Estado sejam insuficientes, tendo em vista o gigantesco acréscimo na pauta normativa do Estado, iniciado com o Estado Social e acrescido com o aumento da atuação do Estado na regulação setorial.

Tem-se, deste modo, que a discrecionariiedade técnica ocupa o papel de grande mediador da atribuição de competência normativa às agências reguladoras. A partir da percepção de que se faz necessária a atuação de um órgão estatal que concentre a possibilidade de escolha dentre soluções mais convenientes e oportunas em face de situações conjunturais, cumulado com a apreciação de critérios técnicos – e não puramente a confecção de estudos técnicos – encontra-se a razão de ser do poder normativo das agências reguladoras. Importa frisar que a

discrecionariiedade técnica combina apreciação de mérito administrativo com critérios técnicos, surgindo, justamente, da apreciação de conveniência e oportunidade que se tece sobre base técnica. A junção dos dois termos não é, portanto, um paradoxo.

Além disso, evidencia-se que a apreciação técnico-discrecionária deve ser realizada para atender à formação de normas setoriais com carga de generalidade e abstração. Abarca-se então o universo setorial como um todo, formando-se ordenamentos específicos, subordinados ao ordenamento jurídico constitucional e legal.

Sobre a função normativa das agências reguladoras, foram apresentadas duas teorias justificadoras. A primeira delas fundamenta a existência de poder normativo dos entes reguladores a partir da tese de que o Poder Executivo exerce tal tipo de poder para fazer frente a situações conjunturais, o que decorre diretamente dos ensinamentos advindos de Montesquieu. A segunda, que não chega a ser oposição da primeira, mas uma complementação, sustenta que a função normativa das agências reguladoras advém da especialização setorial decorrente da complexização da vida humana que se operou a partir do segundo pós-guerra. Essa alteração gerou, conseqüentemente, demanda pela solução de novas questões emergentes, sem precedentes anteriores no ordenamento jurídico. Para suprir esta demanda, teve origem a formação de subespécies de ordenamentos jurídicos, advindos da produção normativa das agências reguladoras, que aprofundam a atuação normativa do Estado, sem contudo excluir o poder de legislar.

Expostos todos os elementos necessários para a compreensão do tema, foi abordado como a discrecionariiedade técnica se apresenta na estrutura das leis, abrindo margem para o exercício de função normativa pelas agências reguladoras. Discorreu-se sobre a inserção de preceitos diretivos nas leis instituidoras das agências, que fixam comandos gerais a serem posteriormente complementados pela edição de normatização técnica específica. Tais comandos, tratados também por *standards*, traçam diretrizes, ou indicativos genéricos, de como se deve pautar a atuação em determinado setor, não impondo obrigações diretamente, mas parâmetros para o seu estabelecimento nos campos marcados pela grande complexidade técnica e pela sujeição a constantes mudanças.

Para demonstrar a influência da discrecionariiedade no poder normativo das agências reguladoras, foi tecido estudo a partir de duas naturezas distintas atribuídas a este poder,

a de delegação legislativa e a da competência regulamentar. Visou-se com isso demonstrar que, não obstante a discussão sobre a natureza deste poder ou função, a discrecionalidade técnica aparece como fator determinante de sua existência.

Pela teoria da delegação legislativa, a atribuição de função normativa às agências reguladoras deve se dar por meio de delegação operada pelo Congresso Nacional, visto que ele tem a primazia para inovar no ordenamento jurídico. Por tal teoria o art. 25 do ADCT não constitui vedação para a delegação legislativa, representando, tão somente, não recepção das leis anteriores à Constituição de 1988, com a finalidade de reestruturar o sistema das delegações.

A partir desta natureza, concluiu-se que a discrecionalidade técnica é fator determinante para atribuição de função normativa às agências reguladoras, na medida em que as matérias que podem ser objeto de delegação são restritas a pontos que, pela sua própria tecnicidade, não são normatizados satisfatoriamente pelo Congresso Nacional, encarregado de traçar os conceitos gerais e as políticas setoriais.

Por outro lado, pela consideração de que o poder regulamentar é inerente à Administração Pública, e pela impossibilidade, em face de interpretação do mesmo art. 25 do ADCT, de haver delegação legislativa no ordenamento jurídico brasileiro, firma-se a teoria de que a natureza do poder normativo das agências reguladoras configura exercício de competência regulamentar. Assim, por esta teoria, podem ser emanadas estatuições primárias, a partir do exercício de poder derivado: o poder regulamentar.

Com base nesta natureza, conclui-se, igualmente, que a discrecionalidade técnica exerce influência na função normativa das agências reguladoras. Foi possível verificar que a impossibilidade de disciplinamento eficaz de matérias técnicas faz com que se deixe abertura para regulamentação posterior por órgão técnico especializado, a partir da inserção na lei que trata do setor regulado de preceitos gerais ou diretivos. Tais preceitos são complementados pela regulamentação editada pelas agências. Assim, a margem de discrecionalidade possível de ser atribuída à Administração, de modo a fundar sua atuação normativa, é aquela referente a escolhas técnicas – a partir da inserção em lei de conceitos gerais, denominados preceitos diretivos ou *standards* –, tendo sido feitas anteriormente as opções político-administrativas gerais que nortearão, como diretivas, a integração do ordenamento jurídico pelas agências reguladoras.

Ao final da exposição, constatou-se que a discricionariedade técnica é fator determinante para a atribuição de poder normativo às agências reguladoras brasileiras, independentemente da natureza que seja atribuída a este poder. Dá-se, portanto, que a inserção de comandos gerais nas leis que disciplinam os setores propicia que, com base em margem técnico-discricionária, os entes reguladores exercitem competência normativa, inovando no ordenamento jurídico.

## BIBLIOGRAFIA

AGUILLAR, Fernando Herren . *Controle social e controle estatal de serviços públicos*, In **Controle social de serviços públicos**, São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALESSI, Renato Alessi. *Instituciones de Derecho Administrativo* – tomo I, Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1970, p.195.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O poder normativo das agências reguladoras*. p. 3-26. In: **Revista Forense**, vol. 354, Rio de Janeiro: Forense, março/abril 2001.

\_\_\_\_\_ *Princípio da Legalidade e Poder Regulamentar no Estado Contemporâneo*. P. 109-129. In: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 225, Rio de Janeiro: julho/setembro 2001.

ARAÚJO, Florival Dutra de Araújo, **Motivação e Controle do Ato Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

ATALIBA, Geraldo, *Decreto Regulamentar no Sistema Brasileiro*, p. 9 a 21, In: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 97, julho/setembro de 1969.

AZEVEDO, Eurico de Andrade. *Agências Reguladoras*, p. 141-148. In: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 213, julho-setembro 1998.

BACIGALUPO, Mariano. *La Discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Madrid: Marcial Pons, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discrecionariade e Controle Jurisdicional**, 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1996.

\_\_\_\_\_ **Curso de Direito Administrativo**, 10ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

BASTOS, Carlos Eduardo Caputo. *Delegação de competência na Constituição*. In: **Caderno Direito & Justiça, Jornal Correio Braziliense** de 6 de dezembro de 1999, Brasília: 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 5ª edição, refundida e aumentada. Coimbra: Almedina, 1991.

CRETELA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

\_\_\_\_\_ **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**, Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas**, 3ª edição, São Paulo: Atlas, 1999.

\_\_\_\_\_ **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**, São Paulo: Editora Atlas, 1991

DUTRA, Pedro. *Regulação na Forma da Lei*, p. 5-6. In: **Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e Consumo - IBRAC – Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. Vol. 5, n.º 10 São Paulo: 1998.

\_\_\_\_\_ *Novos Órgãos Reguladores: Energia, Petróleo e Telecomunicações*, p. 37-50. In: **Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e Consumo – IBRAC – Doutrina, Jurisprudência e Legislação**.

\_\_\_\_\_ *O Poder Regulamentar dos Órgãos Reguladores*, p. 239-256. In: **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 221, Rio de Janeiro: jul./set. 2000.

FAGUNDES, Seabra. *Conceito de Mérito no Direito Administrativo*, p. 195 e 196. In: **Revista de Direito Administrativo**, Seleção Histórica: Matéria publicada em números antigos (de 1 a 150), Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1991.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo e TOMÁS-RAMÓN, Fernandes. **Curso de Direito Administrativo**. Trad.: Arnaldo Setti, colab. Almudena Marín López e Elaine Alves Rodrigues. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

\_\_\_\_\_ *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*. 2ª ed. Madrid: Ed. Tecnos, 1981.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e O Direito Pressuposto**, São Paulo: Malheiros Editores, 3ª edição, 2000.

LEÔNCIO JÚNIOR, WALDIR. *A teoria da deslegalização como fundamento do poder normativo das agências reguladoras*. p. 34-44. In: **Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**, vol. 63, Brasília: maio-agosto 2000.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito Econômico**, Rio de Janeiro: Forense, 2000

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes*. p. 72-98. In: In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico**, São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 23ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emanuel Burle Filho, 2ª tiragem, 1998.

MENDES, Conrado Hübner, *Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão*. p. 130- 131 In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico**, São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat baron de la Brède et de. **O espírito das leis**. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leoncio Martins Rodrigues. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982 (Coleção Pensamento Político).

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, **Mutações do Direito Administrativo**, 2ª edição atualizada e ampliada, Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997.

SALAVERRÍA, Juan Igartua. *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, 1ª edição, Madrid: Editorial Civitas S.A., 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. *Agências Reguladoras*. p. 124-162. In: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 216, Rio de Janeiro: abril/junho 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução às agências reguladoras*. p. 17-38. In: **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_ *Motivação do Ato Administrativo como Garantia dos Administrados*, In **Revista de Direito Público**, vol. 79, julho-setembro 1986, ano XIX.

TÁCITO, Caio. *Vinculação e Discrecionariade Administrativa*, p.125-130. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 205, julho-setembro 1996.

\_\_\_\_\_ *Novas Agências Administrativas*, p. 33-44. In: **Carta Mensal**, Rio de Janeiro, vol. 45, n.º 529, abril 1999.

\_\_\_\_\_ *As Agências Reguladoras da Administração*. p. 1-5. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, ano 34, vol. 221, julho-setembro 2000.

WALD, Arnaldo. *O Direito das Privatizações*, p. 25-38. In: **Carta Mensal**, Rio de Janeiro, vol. 45, n.º 530, Maio 1999.