

“A DESLEGALIZAÇÃO NO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS”

José dos Santos Carvalho Filho (*)

Sumário: 1. A desestatização - 2. Agências reguladoras - 3. O poder normativo das agências reguladoras - 4. Natureza jurídica do poder normativo - 5. A deslegalização - 6. Conclusões - Bibliografia.

1. A desestatização

A partir do momento em que o Estado brasileiro decidiu modificar o papel estratégico que até então vinha desempenhando e criou o Plano Nacional de Desestatização – PND (Leis nº 8.031/90 e 9.491/97), tornou-se necessário instituir sistema por meio do qual se pudesse exercer controle sobre as pessoas privadas, às quais foi adjudicada a incumbência de prestar alguns serviços públicos em lugar do próprio Estado ou de suas criaturas.

Os objetivos fundamentais do referido Plano, expressos no direito positivo, não deixaram qualquer dúvida quanto ao que se pretendia implantar. O alvo primordial, contudo, era o de “reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público”.

¹ Outro fim, daí decorrente, era o de permitir que a Administração Pública viesse a concentrar “seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais”.² Não obstante, se é verdade que esses eram os objetivos fundamentais, não menos verdadeiro é o fato de que o grande elemento inspirador da alteração do papel estratégico do Estado residia no crescente e devastador *deficit* público, que ameaçava,

* Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Prof. da UFF – Univ. Federal Fluminense (Pós-graduação), Prof. da EMERJ – Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, Prof. da FEMPERJ – Fundação Escola do Ministério Público do Rio de Janeiro, Mestre em Direito (UFRJ)

Membro do IBDA – Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.

¹ Art. 1º, I, Lei nº 9.491/97.

² Art. 1º, V, Lei nº 9.491/97.

inclusive, a estabilidade das instituições, resultando daí imprescindibilidade inadiável de sanear as finanças públicas.³

Nestas linhas não se levantarão questionamentos sobre a conveniência ou não dessa nova ordem, até porque só o futuro poderá demonstrar o acerto ou equívoco da mudança. Ainda é prematuro extrair conclusões; o jurista tem o dever de não ser açodado. Da mesma forma, não há filiação a esta ou aquela corrente ideológica. Cabe-nos apenas estudar o tema em foco à luz do que já enuncia o direito posto.

O certo é que, transferidos certos serviços públicos a pessoas do setor privado, o Estado não teve outra alternativa a não ser a de criar organismos incumbidos da execução do controle sobre os novos prestadores. Afinal, era preciso considerar que a transferência de tais atividades não converteria os serviços públicos em atividades privadas e, se assim era, não se poderia abdicar do controle, sabido que o destinatário final dos serviços seria a própria coletividade. O interesse público, por isso, continuava presente mesmo com a mudança do sistema, e a ele não poderia ficar indiferente o Poder Público.

Foi nesse cenário que começaram a ser instituídas as denominadas *agências reguladoras*. “*Agências*”, como reprodução de expressões adotadas em outros sistemas (notadamente o americano) para entidades com idêntica ou semelhante função; o termo, com semelhante sentido, era desconhecido no direito brasileiro. “*Reguladoras*”, para indicar o alvitre básico de sua atuação: a regulação e o controle do setor relativo aos serviços transferidos à iniciativa privada.

2. Agências reguladoras

No processo de desestatização, as primeiras agências reguladoras instituídas foram a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (Lei nº 9.427/96), a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei nº 9.472/97) e a Agência Nacional do Petróleo – ANP (Lei nº 9.478/97). Diversas outras vieram posteriormente a ser criadas, desta feita não

³ Nosso *Manual de Direito Administrativo*, Ed. Lumen Juris, 14ª ed., 2005, p. 391.
36 - *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas* v. 8

necessariamente para controlar a atuação dos prestadores de serviços públicos executados por delegação, mas também como mecanismo de intervenção do Estado no domínio econômico, para o fim de exercer fiscalização sobre empresas do setor privado destinadas a atividades de grande repercussão social.⁴

Todas as agências reguladoras criadas até o momento são enquadradas na categoria das autarquias, sendo qualificadas nas respectivas leis com o cunho da *especialidade do regime*. Assim, é feita referência a “*autarquias sob regime especial*”, ou sujeitas, como dizem os diplomas institutivos, a “*regime autárquico especial*” ou, ainda, “*sob regime especial*”.

É evidente que o legislador, em todas essas referências, pretendeu agrupá-las em subcategoria própria, para o fim de distingui-las das tradicionais e clássicas autarquias. A “*especialidade*” do regime resulta da circunstância de que nelas são alinhadas algumas singularidades não encontradas nas leis reguladoras das demais entidades autárquicas. Entretanto, como já tivemos a oportunidade de consignar, cada uma das leis instituidoras de autarquias já alinhava, naturalmente, o regime jurídico a que deviam submeter-se. Mesmo antes das agências reguladoras, algumas autarquias tinham regime jurídico diverso do de outras, configurado nos respectivos diplomas disciplinadores, e isso se deve ao fato de que cada autarquia é realmente sujeita ao princípio da *particularização legal*, vale dizer, a lei em cada caso apresenta peculiaridades próprias na disciplina jurídica da entidade.⁵ Na verdade, cada lei trata a respectiva autarquia como especial. Por conseguinte, não nos parece que a adjetivação correta seja pertinente à *especialidade*, como característica do regime jurídico; melhor seria o agrupamento das autarquias considerando sua função regulatória, com o que constituem categoria própria, no caso a categoria de *autarquias reguladoras*.

⁴ É o caso da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (Lei nº 9.792/99).

⁵ Foi o que deixamos assinalado em nosso *Manual de Direito Administrativo* cit., p.385.

Em suma, afiguram-se dispensáveis as aludidas expressões relativas à especialidade do regime. No próprio seio da legislação, será possível encontrar as particularidades que o legislador entendeu cabíveis para a respectiva autarquia.

Seja como for, porém, costumam ser apontadas quatro peculiaridades para o delineamento do que se chama de *regime especial*: 1ª) poder normativo (capacidade de editar normas de caráter geral); 2ª) autonomia decisória (a solução de conflitos exaure-se no próprio âmbito da autarquia); 3ª) independência administrativa (os dirigentes têm investidura a termo e, por isso, alcançam certo grau de autonomia em relação à Administração Direta); 4ª) autonomia econômico-financeira (as autarquias são destinatárias de alguns recursos próprios para gestão de suas atividades institucionais).⁶

De todas, interessa-nos o poder normativo exercido por tais autarquias em sua atividade de regulação, a denominada *função regulatória* - semente geradora de algumas dissidências entre os estudiosos.

3. O poder normativo das agências reguladoras

A natureza e os fins que inspiraram a criação das agências reguladoras não poderiam subtrair-lhes o poder jurídico de produzir algumas normas jurídicas de caráter geral, abstrato e impessoal, com carga de densidade apropriada ao cumprimento dos objetivos específicos das entidades. Afinal, não é difícil entender que, para regular certos setores da vida social, quer relativos à prestação de serviços públicos, quer ligados a atividades privadas de relevância pública, é absolutamente insuperável a necessidade de serem editados atos que, sem a menor dúvida, terão incidência genérica sobre quantos estejam, de alguma forma, situados no âmbito do setor suscetível de regulação.

⁶ A respeito, veja-se JOSÉ MARIA PINHEIRO MADEIRA, *Administração Pública Centralizada e Descentralizada*, Ed. América Jurídica, 2000, p. 233.

Tais atos, inseridos no poder normativo das agências, é que têm suscitado algumas resistências quanto à viabilidade jurídica e quanto à natureza.

Poder normativo, em sentido geral, é a capacidade atribuída a determinado órgão ou pessoa da Administração no sentido de expedir normas com carga de incidência geral, abstrata e impessoal. A ordem jurídica confere essa capacidade a inúmeros órgãos e pessoas, e estes podem exercê-la por meio de diversas espécies de atos. Problema de outra ordem é o relativo à extensão da carga de incidência, ou seja, aos limites dentro dos quais podem ser expedidas as normas gerais, tendo em vista a existência de determinados parâmetros situados em norma de estatura superior. Trata-se, pois, apenas de verificar o princípio da adequação normativa diante do sistema de hierarquia das normas jurídicas – sistema esse que, afinal, serviu de base para a formação da pirâmide normativa de KELSEN.

No tocante às agências reguladoras, o poder normativo emana das competências que lhes foram outorgadas na lei.

Dentre as competências atribuídas à ANEEL, por exemplo, está a de *“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”*, bem como a de *“regular o serviço concedido, permitido e autorizado e fiscalizar permanentemente sua prestação”*.⁷

A ANATEL, por sua vez, recebeu da lei disciplinadora dos serviços de telecomunicações, entre outras, as competências para *“expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado”*; *“expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem”*; e *“expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais”*.⁸

No setor petrolífero, a lei, corroborando a direção já fixada na legislação precedente, conferiu à ANP – Agência Nacional

⁷ Art. 3º, I e XIX, Lei nº 9.427, de 26.12.96.

⁸ Art. 19, X, XII e XIV, Lei nº 9.472, de 16.7.97.

do Petróleo a competência para “*promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo*”.⁹

Analisando-se tais competências, não seria mesmo possível concebê-las sem admitir que todas as agências mereceram o poder de editar normas gerais relacionadas ao setor a que foram direcionadas através da respectiva disciplina jurídica. Com efeito, somente dotado de poder normativo poderá órgão ou pessoa administrativa *implementar políticas, regular serviços, expedir normas sobre prestação de serviços, promover regulação etc.*

4. Natureza jurídica do poder normativo

Várias controvérsias têm surgido a respeito da natureza jurídica do poder normativo outorgado às agências reguladoras.

Para alguns especialistas, é ilegítima a atribuição de tal poder. Na verdade, representaria ele verdadeira invasão da esfera reservada ao poder legiferante, ou, em outras palavras, sua configuração seria a de regulamentos autônomos, desautorizados no direito pátrio.¹⁰

Para outros, tratar-se-ia da denominada *função regulatória*, e não da *função regulamentar*, esta classicamente conhecida e aceita como exercício do poder regulamentar. Argumenta-se que a regulamentação é política, ao passo que a regulação é técnica.¹¹

Ousamos dissentir, no entanto, de semelhantes pensamentos.

Primeiramente, não nos parece que os atos editados pelas agências reguladoras no exercício de seu poder normativo se caracterizem como regulamentos autônomos (muito embora esta expressão possa gerar sentidos um pouco diversos). Na clássica lição de HELY LOPES MEIRELLES, regulamento autônomo é aquele destinado a “*prover situações não disciplinadas em lei*”.¹²

⁹ Art. 8º, Lei nº 9.478, de 6.8.97.

¹⁰ VANESSA VIEIRA DE MELLO, *Regime Jurídico da Competência Regulamentar*, Ed. Dialética, 2001, p. 91.

¹¹ MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, *Direito Administrativo Regulatório*, Ed. Lumen Juris, 2002, p. 233.

¹² *Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. Malheiros, 29ª ed., 2004, p.126.

Entenda-se, porém, a lição do saudoso mestre como a considerar que, no caso do regulamento autônomo, inexistiria qualquer lei contemplando a disciplina normativa primária a respeito da matéria objeto do ato regulamentar. O regulamento, no caso, funcionaria como verdadeiro substituto da lei e teria, na prática, a mesma eficácia desta. Na hipótese das agências, contudo, não é assim que se passa. Como já observamos, é a própria lei que estabelece a disciplina básica sobre os setores sob regulação, cabendo às agências, em consequência, editar as normas que possibilitem a execução das normas legais. Não há inovação na ordem jurídica quanto à *disciplina originária*, mas mera complementação formalizada por *disciplina derivada*.

De outro lado, também não vislumbramos categorias diversas no que toca à função regulamentadora e à dita função regulatória. Trata-se de aspectos inerentes à mesma figura jurídica. O fato de o poder normativo ter como elemento básico a edição de normas técnicas não desfigura a função como regulamentar, e isso porque, em última instância, a função é a de complementação da lei. A denominada função regulatória só se justifica como categoria jurídica na medida em que se refira ao poder normativo das agências reguladoras. Mas o que fazem estas é regulamentar a norma básica contida na lei, de forma que tal função se insere na categoria genérica do poder regulamentar.

Em nosso entender, a função exercida pelas agências retrata o manejo do poder regulamentar, ou seja, “a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir sua efetiva aplicação”, como já deixamos assinalado em obra de nossa autoria.¹³ Tal prerrogativa - é oportuno consignar - não é privativa deste ou daquele órgão da Administração, mas sim a qualquer deles cuja competência tenha sido atribuída pela Constituição ou pelas leis.¹⁴ O que caracteriza realmente o poder

¹³ Nosso *Manual de Direito Administrativo* cit., p. 42.

¹⁴ DIÓGENES GASPARINI, por exemplo, limita a atribuição do poder regulamentar ao Chefe do Poder Executivo, embora mais adiante admita, com base em obra de LEILA CUÉLLAR (*As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*, Dialética, 2001, p.116), que outros órgãos, como as agências reguladoras, possam fazê-lo (*Direito Administrativo*, Saraiva, 9ª ed., 2004, p. 117).

regulamentar é a aptidão jurídica de produção de normas, de estatura inferior à das leis, que se preordenem à complementação e a execução destas. Essas normas infralegais não podem deixar de originar-se da Administração, e isso pela singela razão de que a esta compete organizar-se e aparelhar-se devidamente para dar cumprimento ao que ficou estabelecido na lei.

Em relação ao poder regulamentar, têm sido opostas algumas objeções quanto à instituição de obrigações por atos regulamentares, como decretos, regulamentos, instruções e outros. Tais objeções levam em conta principalmente o princípio da reserva legal, contido no art. 5º, II, da Constituição, segundo o qual *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*. De fato, se a Lei Maior restringe a criação de obrigações por lei, não poderão mesmo atos de menor estatura criá-las, sob pena de ofensa ao princípio constitucional. Nessa esteira, aliás, a doutrina dominante sobre o tema.

Entretanto, é imperioso interpretar com prudência e lógica a questão atinente à instituição de obrigações. Não temos a menor dúvida de que atos de regulamentação, ainda que situados em patamar abaixo da lei, precisarão ocasionalmente inserir em seu bojo normas que exijam o cumprimento de algumas obrigações. Fundamenta tal necessidade, primeiramente, o fato de que têm por escopo a complementação de leis que, freqüentemente, contêm elas mesmas obrigações. Ora, não há como proceder a complementação sem, ao menos, reproduzir as obrigações previstas na lei. Demais disso, é preciso considerar sua natureza normativa e complementar: sendo normativos, os atos regulamentares destinam-se a grupos gerais de pessoas, de modo que a complementação que lhes constitui objetivo há de refletir o nascimento de obrigações *que tenham como suporte as obrigações contempladas na lei*.

Sobre o tema, já registramos: *“É legítima, porém, a fixação de obrigações subsidiárias (ou derivadas) – diversas das obrigações primárias (ou originárias) contidas na lei – nas quais também se encontra imposição de certa conduta dirigida ao administrado. Constitui, no entanto, requisito de validade de tais obrigações sua necessária adequação às obrigações legais. Inobservado esse requisito, são inválidas*

as normas que as prevêem e, em consequência, as próprias obrigações” (grifos do original).¹⁵

Suponha-se, por exemplo, que lei urbanística disponha que o direito à licença edilícia depende de requerimento do interessado e da apresentação da *documentação necessária*. Essa obrigação contida na lei é *originária* e, portanto, observa perfeitamente o art. 5º, II, da CF. Os termos de tal obrigação, todavia, são insuficientes para permitir a efetiva aplicação da lei. Nesse caso, é perfeitamente legítimo que o ato regulamentar (certamente um decreto) complemente a norma legal e a especifique para possibilitar a execução. Assim, poderá o ato de regulamentação indicar quais serão os documentos a serem apresentados pelo interessado na concessão da licença. A obrigação de apresentar tais documentos é *derivada*, fundando-se na obrigação originária prevista na lei. Vê-se na hipótese, portanto, que a obrigação legal é genérica, ao passo que a obrigação regulamentar é específica.

Semelhantes considerações são feitas para demonstrar que o papel das agências reguladoras é eminentemente o de regulamentar as normas de competência que suas leis estabeleceram. Ainda que alguns autores – repita-se – considerem que tal atividade é de *regulação*, continuamos crentes de que esta se insere na categoria geral da função de *regulamentação*. Como já se deixou destacado, a ação administrativa das agências exige *ação normativa* para sua eficácia e operacionalidade; e a ação normativa compreende fatalmente o exercício de *poder normativo*.

¹⁶

¹⁵ Nosso *Manual cit.*, p. 44.

¹⁶ GLAUCO MARTINS GUERRA, “Agências Reguladoras no Brasil: Princípio da Legalidade e Regulação”, in *Direito Regulatório. Temas Polêmicos*, vários autores (org. por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO), Ed. Forum, 2ª ed., 2004, p. 325.

5. A deslegalização

O tema relativo à *deslegalização* (ou *deslegifcação*, como preferem alguns) só há bem pouco tempo veio a merecer estudos mais aprofundados por parte dos doutrinadores em geral.

Em outros sistemas, porém, notadamente na França, o fenômeno vem sendo acolhido dentro da maior normalidade, admitindo-se que órgãos administrativos criem normas de natureza técnica quando a lei lhes tenha delegado tal função por força de sua especialidade. A normatização transfere-se da lei (*domaine de la loi*) para os atos de regulamentação (*domaine de l'ordonnance*), tudo por exigência de modernos processos de produção e circulação de bens e serviços.¹⁷

A idéia central do fenômeno é bem esclarecida por GARCÍA DE ENTERRÍA e RAMÓN FERNÁNDEZ: “Chamamos deslegalização à operação que efetua uma lei que, sem entrar na regulação material de um tema, até então regulado por lei anterior, disponibiliza aludido tema ao poder regulamentar da Administração”.¹⁸

Na verdade, a deslegalização tem por núcleo central a edição de normas técnicas por órgãos administrativos dotados de especialização em certos setores de prestação de serviços e produção de bens. Como se torna impossível ao legislador descer ao detalhamento que a disciplina demanda, delega essa função complementar à Administração Pública. Não há *substituição* da norma legal, mas sua mera *complementação e regulamentação* pelo ato da Administração. Por conseguinte, é importante sublinhar, desde já, que não se trata de ação ilimitada por parte do administrador público, mas, ao contrário, de atividade situada dentro dos padrões que a lei fixou.

Esse, aliás, é um ponto de grande relevância na matéria. Conquanto seja bastante abrangente o campo a ser regulamentado, nunca poderá o ato de regulação extrapolar os limites preestabelecidos na norma legal. A deslegalização – insista-se – não retrata delegação legislativa ilimitada, de modo que o ato de regulação deve pautar-se pelos parâmetros básicos

¹⁷ JOSÉ MARIA PINHEIRO MADEIRA, *Administração Pública* cit., p. 231.

¹⁸ *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas Ed., Madri, vol. I, 10^a ed., 2001, p. 273.

insculpidos na lei. Cuida-se, como já acentuado corretamente, de verdadeira “*delegação com parâmetros*” (“*delegation with standards*”), pela qual ao Legislativo é que cabe fixar os limites dentro dos quais poderá ser produzido legitimamente o ato de regulação.¹⁹

É indiscutível que a observância do princípio da adequação normativa nem sempre será de fácil verificação, sendo necessário que o intérprete analise caso a caso a harmonização entre as normas de regulação e os paradigmas (embora genéricos) traçados na lei. Verificação desse tipo terá sempre que levar em conta o princípio da razoabilidade, cabendo ao intérprete examinar a norma regulamentar em conjugação com as normas e também os princípios contidos na lei. Em outras palavras, é necessário aferir se o ato oriundo da agência seria realmente praticado pelo legislador, se a este coubesse a tarefa de praticá-lo.

Alguns autores resistem à idéia da deslegalização, e o fazem sob o argumento de que, sendo infralegal o ato de regulação, não poderia ele alterar o procedimento legislativo, o que constituiria delegação legislativa inominada incompatível com a Constituição.²⁰

Contudo, não nos parece procedente, com a devida vênia, essa linha de pensamento. A deslegalização não implica qualquer delegação legislativa no sentido de o Poder Legislativo transferir a função legiferante a órgão de natureza diversa. O que o Legislativo faz é conferir a órgão administrativo - no caso as agências reguladoras - o poder de *minudenciar* a norma da lei, a complementá-la, enfim, permitindo sua execução. A admitir-se aquela extensão de sentido, ter-se-ia fatalmente que inadmitir qualquer tipo de regulamento, o que seria inviável ante a previsão constitucional do poder regulamentar (art. 84, IV, CF).

A deslegalização não é fenômeno adrede arquitetado; trata-se de verdadeira imposição da modernidade. É o mesmo caso da globalização. Se há males de um lado, benefícios são vistos de

¹⁹ A correta observação é de LUÍS ROBERTO BARROSO, em *Temas de Direito Constitucional*, Ed. Renovar, 2001, p. 173.

²⁰ GUSTAVO BINENBOIM, “*Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil*”, publicado na RDA 240/2005, p. 157.

outro. Na verdade, todos reconhecem que os novos fatos que se instalaram no mundo contemporâneo – a globalização, as novas tecnologias, a cibernética, a complexidade e universalidade de serviços públicos – não podem ser regulados pelos vetustos e tradicionais instrumentos estatais. JÈZE apontava como premissa a necessidade de que o Estado andasse paralelamente à dinâmica da evolução social, buscando a qualquer preço o desejável nível de adequação suficiente para o atendimento das demandas dos inúmeros setores da sociedade. O conservadorismo – já o dissemos alhures – deve ceder lugar à inovação, ainda que com a mitigação dos velhos cânones jurídicos.

No que tange aos *limites* da deslegalização, é imperioso relembrar a precisa advertência de ENTERRÍA e FERNÁNDEZ²¹.

“Parece evidente que na operação deslegalizadora se cumpre um fenômeno de ampliação do poder regulamentar, visto que se lhe abre matéria até então excluída de seu alcance. A ampliação do âmbito material do poder regulamentar se faz sempre delimitando o referido âmbito de maneira mais ou menos precisa, mas sempre expressa; isso porque descabe uma deslegalização geral de toda a reserva de legalidade”.

Com toda a razão os autores. Deslegalização genérica, esta sim, refletiria vulneração ao princípio da reserva legal consagrado na vigente Constituição. Haveria, na hipótese, delegação do próprio poder legiferante. A deslegalização legítima é a específica e, no caso das agências reguladoras, aquela que consiste na oferta de maior densidade regulamentadora no que diz respeito à matéria de ordem técnica a que esteja direcionada.

Por outro lado, a própria lei deve fixar alguns *standards* para a delimitação da atividade regulamentadora. Em alguns casos, a lei estabelece certas determinações materiais externas; em outros, faz realçar finalidade mais ou menos explícita, e ainda em outros,

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso cit.*, p. 274.

traduz limitações temporais. Semelhantes fatores é que permitem ao intérprete verificar, em cada caso, se o órgão regulador se conteve dentro dos padrões determinados na lei ou, ao contrário, se produziu normas para incidência em situações que a lei não contemplava. O que é vedado, no entanto, é a produção de normas que constituem reservas constitucionais de lei, sem que esta tenha permitido a complementação por atos regulamentares. Aqui o poder legiferante em si teria sido inegavelmente vulnerado.²²

Outro aspecto sobre o fenômeno da deslegalização merece realce por sua expressiva relevância: é o que concerne aos *efeitos* do processo em relação à legislação anterior.

De acordo com GARCÍA DE ENTERRÍA e RAMÓN FERNÁNDEZ, de cujo entendimento - não só em razão de sua contemporaneidade no direito espanhol, como também pela precisão conceitual com que delineiam o instituto - ainda uma vez nos socorremos, quando uma lei disciplina inteiramente determinada matéria e outra, da mesma natureza, é editada posteriormente, esta última substitui aquela pelo princípio da revogação (ou *contrarius actus*, como o denominaram os autores). Ocorre nesse caso verdadeiro “congelamento do nível normativo”, ou seja, a lei nova produz inevitável inovação na ordem jurídica com a manutenção do nível hierárquico normativo (lei *versus* lei).

Se for editada, entretanto, lei de deslegalização, esta vai operar como *contrarius actus* da lei anterior de regulação material, “*pero no para innovar directamente esta regulación, sino para degradar formalmente el rango de la misma de modo que pueda ser modificada en adelante por simples Reglamentos*”.²³ Desse modo, concluem os reconhecidos juristas espanhóis, simples Regulamentos poderão inovar na ordem jurídica (dentro dos padrões, é claro, enunciados na respectiva lei) e derrogar leis formais anteriores, fato que não seria possível se não existisse a lei degradadora prévia.

A *degradação* a que aludem os autores refere-se ao *nível hierárquico normativo*, para indicar que a lei nova afastou a reserva legal disciplinadora atribuída à lei anterior, permitindo que a nova

²² ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, ob. e vol. cit., p. 275.

²³ “Curso” cit., p. 273.

disciplina possa ser minudenciada por meio de atos reguladores oriundos da Administração. Obviamente, se normas reguladoras são consentâneas com a lei de deslegalização, mas incondizentes com as normas da lei anterior, o efeito será realmente o da revogação da disciplina anterior pela contemplada no ato regulamentador. Não há – é oportuno consignar – revogação de lei por ato regulamentar (fato, aliás, que seria impossível ante o princípio da hierarquia normativa vigente em nosso ordenamento). A verdadeira revogação da lei anterior ocorre quando é promulgada a nova lei que enseja a deslegalização. A substituição das normas anteriores pela lei nova é *primária*, ao passo que a substituição pelas normas do ato regulador é *secundária*, ou seja, somente existe em função da já ocorrida substituição primária.

Todos esses elementos têm vindo à tona em virtude do novo sistema de desestatização, diante do qual foram criadas autarquias que ostentam função regulatória sobre entes privados. Em nenhum momento, entretanto, houve o intento de substituir o legislador pelo administrador. Houve, isto sim, a necessidade de delegar a órgãos especializados o tratamento de matérias também especializadas – tratamento esse do qual não poderia incumbir-se o Poder Legislativo.

Cumpre, pois, dar a devida atenção a esses novos tempos e essas novas necessidades e, por que não dizer, às novas demandas da sociedade. As reações podem até ser compreensíveis em função do destempero com que se conduzem alguns administradores públicos. Mas se algo precisa mudar é – isto sim – o espírito cívico destes e a arbitrária conduta de alguns deles, tudo para perseguir o único alvo a que devem dirigir-se: o interesse da coletividade.

6. Conclusões

De tudo o que restou exposto, parece-nos que as controvérsias que se instalaram a respeito do poder normativo das agências reguladoras, bem como do conseqüente processo de deslegalização, devem ser entendidas apenas como o natural

sobressalto decorrente de inovações no sistema jurídico, muito embora, como dissemos, nenhuma novidade de grande relevo tenha surgido, se considerarmos que se trata apenas de aspecto específico do poder regulamentar.

Conferir às agências de regulação disciplina normativa, de conteúdo técnico, não retrata invasão da Administração na esfera da função legislativa primária, pois que, na verdade, o quadro normativo decorre de atos praticados no exercício da função administrativa.

É incontestável a necessidade de atribuir poder normativo às ditas agências. Como já se considerou com notória exatidão, tal poder não usurpa a função legislativa, mas sua exigência decorre do fato de que algumas leis são editadas com tamanho grau de abstração e generalidade que não mais podem atender às exigências da sociedade. Sendo assim, é forçoso admitir que são necessárias outras normas complementares que se voltem para as especificidades, ou, ainda, que implementem o planejamento de setores específicos e rendam ensejo à intervenção do Estado para a efetiva garantia dos fins alvitados pela lei.²⁴

O desejável é que as agências alcancem efetivamente os fins para os quais foram concebidas, entre eles basicamente o de exercer controle e fiscalização sobre pessoas privadas que prestam serviços públicos ou desempenhem atividade privada de significativa injunção social.

Cabe aos administradores de tais misteres – vale reiterar – levar a cabo tais finalidades, com observância dos princípios constitucionais que lhes regem a atividade, sobretudo os da legalidade, moralidade e eficiência.

Quanto à eficiência, diga-se de passagem, ninguém desconhece que não se realiza pela só referência no elenco dos princípios constitucionais (como o fez a Emenda Constitucional 19/98 no tocante ao art. 37 da Constituição); alcançá-la exige ação e determinação. A deslegalização constitui poderoso instrumento de aperfeiçoamento e efetividade do sistema de desestatização implantado em nossa ordem jurídica. As agências

²⁴ CARLOS ARISUNDFELD, *Direito Administrativo Econômico*, Malheiros, 2000, p.27.

reguladoras, portanto, precisam justificar seu papel no atual cenário e, sobretudo, as despesas que suas estruturas reclamam.

É inegável que a eficiência que delas se exige tem intrínseca relação com o princípio da economicidade, postulado pelo qual os gastos públicos devem compatibilizar-se com resultados efetivos das políticas públicas. Referido princípio – como já assinalou reconhecido jurista – está a “vedar, terminantemente, todo e qualquer desperdício dos recursos públicos ou aquelas escolhas que não possam ser catalogadas como verdadeiramente comprometidas com a busca da otimização do melhor”.²⁵

Na verdade, são inócuas as normas se não houver efetividade em sua execução. Criação e execução das normas; ação e resultado; dispêndios e efetividade – eis os conjuntos indissociáveis que devem inspirar a Administração na função regulatória.

Bibliografia

Art. 1º, I, Lei nº 9.491/97.

Art. 1º, V, Lei nº 9.491/97.

Nosso *Manual de Direito Administrativo*, Ed. Lumen Juris, 14ª ed., 2005, p. 391.

É o caso da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (Lei nº 9.792/99).

Foi o que deixamos assinalado em nosso *Manual de Direito Administrativo* cit., p.385.

A respeito, veja-se JOSÉ MARIA PINHEIRO MADEIRA, *Administração Pública Centralizada e Descentralizada*, Ed. América Jurídica, 2000, p. 233.

Art. 3º, I e XIX, Lei nº 9.427, de 26.12.96.

Art. 19, X, XII e XIV, Lei nº 9.472, de 16.7.97.

Art. 8º, Lei nº 9.478, de 6.8.97.

VANESSA VIEIRA DE MELLO, *Regime Jurídico da Competência Regulamentar*, Ed. Dialética, 2001, p. 91.

²⁵ JUAREZ FREITAS, *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, Malheiros, 3ª ed., 2004, p. 75.

- MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO**, *Direito Administrativo Regulatório*, Ed. Lumen Juris, 2002, p. 233.
- Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. Malheiros, 29ª ed., 2004, p.126.
- Nosso *Manual de Direito Administrativo* cit., p. 42.
- DIÓGENES GASPARINI**, por exemplo, limita a atribuição do poder regulamentar ao Chefe do Poder Executivo, embora mais adiante admita, com base em obra de LEILA CUÉLLAR (*As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*, Dialética, 2001, p.116), que outros órgãos, como as agências reguladoras, possam fazê-lo (*Direito Administrativo*, Saraiva, 9ª ed., 2004, p. 117).
- Nosso *Manual* cit., p. 44.
- GLAUCO MARTINS GUERRA**, “*Agências Reguladoras no Brasil: Princípio da Legalidade e Regulação*”, in *Direito Regulatório. Temas Polêmicos*, vários autores (org. por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO), Ed. Forum, 2ª ed., 2004, p. 325.
- JOSÉ MARIA PINHEIRO MADEIRA**, *Administração Pública* cit., p. 231.
- Curso de Derecho Administrativo*, Civitas Ed., Madri, vol. I, 10ª ed., 2001, p. 273.
- A correta observação é de LUÍS ROBERTO BARROSO, em *Temas de Direito Constitucional*, Ed. Renovar, 2001, p. 173.
- GUSTAVO BINENBOIM**, “*Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil*”, publicado na RDA 240/2005, p. 157.
- GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ**, *Curso* cit., p. 274.
- ENTERRÍA e FERNÁNDEZ**, ob. e vol. cit., p. 275. “*Curso*” cit., p. 273.
- CARLOS ARI SUNDFELD**, *Direito Administrativo Econômico*, Malheiros, 2000, p. 27.
- JUAREZ FREITAS**, *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, Malheiros, 3ª ed., 2004, p. 75.

