

ano 15 - n. 61 | julho/setembro - 2015
Belo Horizonte | p. 1-270 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

A&C

 **EDITORA
Fórum**

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2015 Editora Fórum Ltda.

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



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16ª andar – Funcionários – CEP 30130-007 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

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

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo &
Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar.
2003) – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Supervisão editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional* segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema *double-blind peer review*).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- *Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis

Daniel Wunder Hachem

Ana Cláudia Finger

Assessor Editorial

Felipe Klein Gussoli

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ari Sundfeld (FGV-SP)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Eros Roberto Grau (USP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Carlos Abraão (UEL)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Mário Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (*in memoriam*)

Jorge Luís Salomoni (*in memoriam*)

Julio Rodolfo Comadira (*in memoriam*)

Lúcia Valle Figueiredo (*in memoriam*)

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (*in memoriam*)

Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)

A natureza jurídica dos atos normativos elaborados pelas agências reguladoras

Ricardo Duarte Jr.

Doutorando em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Lisboa, Portugal). Mestre em Direito Público e especialista em Direito Administrativo, ambos pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Pós-graduado em Direito Constitucional e Tributário e graduado em Direito, ambos pela Universidade Potiguar (UnP). Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Norte. Advogado. Professor no Centro Universitário FACEX (UNIFACEX), onde leciona as disciplinas Direito Administrativo I e II e Direito Econômico, no Curso de Direito, e Licitação e Contrato Administrativo, no Curso de Gestão Pública, assim como a disciplina de Direito Administrativo para a pós-graduação em Gestão Pública. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/RN. Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito. Associado do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (IBAP). Articulista do *site* FalaRioGrande.com.br (<http://falariogrande.com.br/>) e sócio do escritório Duarte & Almeida Advogados Associados, situado na cidade de Natal/RN. *E-mail*: <ricardocfdj@gmail.com>.

Resumo: O presente trabalho objetiva discutir qual a natureza jurídica das normas elaboradas pelas agências reguladoras. Estas são autarquias em regime especial, inerentes ao Estado Regulador, que possuem o poder de elaborar normas jurídicas. Portanto, é necessário discutir qual a natureza jurídica dessas normas, bem como o regime jurídico a ser obedecido. Dessa forma, partimos à explanação das funções estatais e sua evolução, desde a sua formulação até os dias atuais, em que a evolução social e econômica exigiu uma reformulação, não obstante muitos ainda permanecerem “presos” ao modelo oitocentista. Ao final, concluímos que as normas elaboradas pelas agências têm natureza jurídica de ato administrativo, mais especificamente regulamento executivo (ou regulamento autorizado), decorrente de uma delegação secundária (ou delegação imprópria), a partir do instituto da deslegalização.

Palavras-chave: Agências reguladoras. Poder normativo. Norma jurídica. Natureza jurídica. Deslegalização.

Sumário: **1** Introdução – **2** A crise de legalidade – **3** As funções do Estado e os atos normativos elaborados pelas agências reguladoras – **4** Conclusão – Referências

1 Introdução

Na década de 90, o Brasil mudou a sua forma de atuar na economia, adotando o modelo regulador. Dessa forma, é introduzida no ordenamento jurídico a possibilidade de serem criadas Agências Reguladoras – no âmbito do Poder Executivo –, com finalidade de disciplinar e controlar atividades econômicas em sentido amplo (serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito).

As agências reguladoras possuem a natureza jurídica de autarquia em regime especial. A “especialidade” desse regime é observada em características específicas

a esses entes: o poder normativo, maior autonomia funcional, financeira, orçamentária e decisória, bem como imunidade às ingerências político-partidárias e maior abertura ao diálogo.

Na sua atuação, as agências elaboram normas jurídicas, que devem ser necessariamente observadas por toda sociedade, seja pelo poder público, seja pelo setor empresarial e pelos consumidores. Portanto, faz-se necessário questionar a natureza jurídica dessas normas elaboradas pelas agências reguladoras para que possa haver a devida obediência ao regime imposto pelo ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo discutir qual a natureza jurídica das normas elaboradas pelas agências reguladoras.

2 A crise de legalidade

Com o surgimento do Estado Moderno, a lei, expressão da “vontade geral”, passa a ser considerada como a expressão da justiça e racionalidade na sociedade (progresso). O Poder Legislativo – poder em que se encontravam os representantes do povo –, ao legislar, transferiria para a norma jurídica¹ todas as diversas situações possíveis na sociedade, o qual abarcaria a complexidade social (racionalidade/progresso), assim como, por representarem o próprio povo, não se concebia que pudesse buscar interesses outros que não fossem o da coletividade e o interesse público (justiça).

Na medida em que a sociedade cresce e se torna mais complexa, o Poder Legislativo se vê inerte na sua atuação e passa a delegar ao Executivo diversas funções.² Essa mudança se confunde com a própria passagem do Estado Liberal para o Estado Social, a qual se caracteriza tanto pela socialização do Estado quanto pelo fortalecimento do Poder Executivo. O Estado passa a assumir diversas funções e o parlamento,³ visto como um Poder lento e político – características incompatíveis para concretizar as novas funções estatais, as quais exigem rapidez e técnica –

¹ Lembre-se que nessa época o conceito de norma jurídica se confundia com o conceito de regra jurídica. Os princípios possuíam uma função secundária, apenas para fechar o sistema e atuar naquela situação em que a regra fosse omissa. Para uma leitura mais aprofundada sobre o tema, BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1999.

² Observa-se que esse movimento de delegação de funções do Poder Legislativo para o Poder Executivo não é algo novo: iniciou-se na primeira metade do século passado; no cenário brasileiro, mais especificamente na década de 30, com o modelo desenvolvimentista de Vargas e a criação de burocracias especializadas para regular alguns setores da economia.

³ Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma, também, que, com a complexidade e fragmentação social, o processo legislativo se ineficaz em acompanhar essas mudanças “em uma legislação que definisse e atendesse equanimemente o que seriam interesses realmente gerais” e passa a priorizar o jogo de poder político entre os partidos. Dessa forma, apesar da legalidade (legitimação formal), há uma perda da legitimação democrática material (*Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 51).

abrindo espaço para a expansão do Poder Executivo.⁴ Assim, esse poder – que possui atuação mais ágil e técnica – assume, em certos casos, a expedição de atos normativos, complementando a ação legislativa, e deixa de ser apenas o mero executor do Legislativo.⁵

No entanto, isso acaba por gerar diversos questionamentos na doutrina, haja vista que o modelo jurídico estatal era voltado para um Estado Liberal e com poucas competências – atuação negativa do Estado. E, com a ascensão do Poder Executivo na consecução das suas tarefas e na busca do interesse público, o próprio conceito de separação dos poderes e princípio da legalidade é questionado.⁶

O direito moderno, o qual “surgiu” sobre as bases da justiça e do progresso, com autonomia perante instâncias externas, encontra na lei a característica da sistematicidade, generalidade e estabilidade.⁷

Contudo, a complexidade social e necessidade de uma normatização técnica exige uma inflação legislativa, o que tornou mais indeterminados os contornos do sistema jurídico e comprometeu a sua coesão e as suas bases.⁸ Assim, ele passa a apresentar uma crise da legalidade, tanto em virtude da crise da racionalidade jurídica

⁴ Jacques Chevallier ensina que a ascensão do Executivo se deve ao declínio das três principais funções do Legislativo (as quais garantiam a sua supremacia institucional): a) a elaboração da lei: a sua elaboração é deslocada para o Executivo, através das delegações legislativas e de regulamentos autônomos, assim como ele passa a desempenhar um importante papel na sua elaboração e iniciativa; b) votação dos orçamentos: a definição do orçamento, meio necessário para a implementação de políticas públicas, migrou para a incumbência exclusiva do Executivo, sem a possibilidade de questionamento do parlamento, em face de constituir um equilíbrio orçamentário complexo; c) o controle dos governantes: o fisiologismo político fez com que esta característica perdesse muito de sua força (opinião minha). Na opinião do autor, 2 (duas) foram as causas do enfraquecimento do Legislativo no exercício da sua função: a) razões técnicas: a ampliação da complexidade das tarefas do Estado; b) política: a crise democrática, favorecendo a “personalização do poder”. O autor afirma, ainda, que assim o Executivo se torna o polo do poder, o qual gera consequências: “o Executivo tornou-se nas sociedades contemporâneas o centro de impulso político, o único capaz de conceber e colocar em andamento uma estratégia coerente”. No entanto, o Parlamento ainda continua a ser o lugar de debate e de confrontação política, indispensável ao regime democrático (*O Estado Pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 214/218).

⁵ Como já foi abordado nos capítulos anteriores, o Executivo passa a ser o responsável por dirimir problemas políticos e realizar o controle jurídico das decisões. O princípio da separação dos poderes passa a ser visto apenas em seu aspecto formal e com a finalidade de organizar o consenso, reduzir a instabilidade e gerar lealdade.

⁶ Paulo Todescan de Lessa Mattos afirma que desde a década de 1930 do século passado iniciou-se a discussão acerca da delegação legislativa e do poder regulamentar no Brasil. A base da discussão é criação de burocracias especializadas no Poder Executivo para regular setores econômicos no modelo de desenvolvimento de Vargas, com a formação do Estado regulador. E que, desde dessa época, surgiu a discussão acerca do princípio da separação dos poderes, tal como concebido no Estado Liberal, e a questão da delegação legislativa e ampliação das funções do Executivo, a qual ampliava-se, também, o poder discricionário da administração pública (MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Autonomia decisória, discricionariedade administrativa e legitimidade da função reguladora do estado no debate jurídico brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 169-195, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=33298>>. Acesso em: 3 mar. 2012. p. 3).

⁷ Ver CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 121 e ss.

⁸ José Nilo de Castro acrescenta a inacessibilidade das leis à sociedade em geral em virtude da sua falta de clareza e precisão (*Princípio constitucional da legalidade*, Belo Horizonte, n. 24, ano 8, abr. 2007. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=41044>>. Acesso em: 15 mar. 2010. p. 3).

quanto da crise democrática. Para Eduardo García de Enterría, a inflação legislativa é o fenômeno mais grave a causar a crise da lei, em face de atingir especificamente a segurança jurídica.⁹

A decadência do Legislativo e crescimento do Executivo e ampliação do poder do Judiciário vêm causar uma complexa (des)ordem jurídica, na qual a hierarquia clássica das normas passa a ser vista em “hierarquias entrelaçadas”; isso sem falar nas competências concorrentes e objetos jurídicos indeterminados.

Para abarcar a realidade, a regra se torna mais precisa e detalhada, ou seja, mais pontuais e particularistas, atuando mais como textos especiais com conteúdo técnico. E, por conseguinte, essa proliferação de diplomas legislativos afeta a própria generalidade e universalidade das regras. Chevallier afirma que a produção do direito “parece menos regida por uma lógica dedutiva, atuante por via de crescente concretização, do que resultar de iniciativas desordenadas, adotadas por múltiplos atores e cuja harmonização é problemática”.¹⁰

Ainda na tentativa de acompanhar a realidade, percebe-se que o processo legislativo não é rápido o suficiente nem o meio mais adequado para acompanhar certas demandas sociais e econômicas decorrentes, principalmente, de problemas de natureza técnica. Dessa forma, o Poder Legislativo começa a diferenciar as matérias de natureza técnica e as de natureza política, mantendo estas e delegando a normatização daquelas aos órgãos, públicos e privados, mais preparados, tanto em seu aspecto técnico quanto temporal.¹¹

Marçal Justen Filho,¹² ao analisar o âmbito da regulação econômica atual, afirma que o trâmite necessário para um projeto de lei se tornar lei não é inferior a dois anos; sendo este tempo incompatível com as questões de natureza regulatória. Além do mais, as agências conseguem superar obstáculos quase intransponíveis no âmbito do Congresso Nacional: a dimensão quantitativa (números de pessoas participando do processo normativo) e a complexidade qualitativa (qualidade das pessoas encarregadas desse processo).

Por outro lado, o mito da “vontade geral” perde credibilidade com a crise da democracia representativa. Se a democracia pressupõe o povo como verdadeiro

⁹ Apud OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A Constitucionalização do Direito Administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 41. Conforme ensina o autor, a segurança jurídica foi uma das razões da autonomia do sistema jurídico, pois garantiria a estabilidade das leis e, por conseguinte, a estabilidade das relações sociais.

¹⁰ *O Estado Pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 122. O autor complementa afirmando que o Estado, ao descer para interagir com a sociedade, perde o privilégio da transcendência e da presunção de racionalidade. E, assim, a legitimidade não é mais auferida de pleno direito, através da instrumentalização do meio a serviço do Estado, mas depende da eficiência da atuação estatal, sendo esta uma condição e garantia da legitimidade (*O Estado Pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 122).

¹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Poder Normativo das Agências Independentes e o Estado Democrático de Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 289/290.

¹² *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 554.

detentor do poder, no modelo difundido nas sociedades liberais – o representativo –, o povo passa, literalmente, o seu poder à mão daquelas pessoas que deveriam lhe representar. E, com isso, perde o interesse pelos problemas que o atingem; se transforma em um “alienado político” e é transformado em “terceiros não interessados” nos procedimentos decisórios, ou seja, no procedimento de legitimação do poder (crise da legitimidade).

A desconfiança da sociedade sobre o modelo representativo decorre não só por causa dos políticos como também em relação aos poderes de qualquer natureza. A desconfiança com o poder político é, ao mesmo tempo, causa e consequência da: a) crise do governo e a incapacidade de responder às expectativas dos cidadãos. A regulação econômica pelo Direito, realizada pelo Legislativo, com seus meios tradicionais, não se mostrou o espaço adequado para a rápida e complexa interação estatal na sociedade. E ainda: O poder político passou a não corresponder aos anseios sociais sobre o qual o Estado Moderno se pautou. A sociedade começou a perceber uma indiferença do poder político, na realização da sua função, cujos objetivos se coadunavam muito mais com os projetos pessoais dos agentes públicos que com o interesse público; b) crise de representação. O mito da representação – o representante estaria no poder para ser a voz e expressão direta da vontade do seu representado – não passa de um discurso retórico, uma falácia; e c) crise de civismo. A própria ideia de representação vai envelhecendo e abrindo espaço para o amadurecimento da ideia de que uma democracia exige a participação dos cidadãos nos processos de escolha coletiva.

Com o surgimento desses fenômenos, começa a aparecer o tema de que a democracia passa a se tornar “ingovernável”: por um lado, o recuo do Estado e a pluralidade de atores na sociedade, público e privados, que buscam influenciar as escolhas coletivas, ocasionam um enfraquecimento do Estado (um “Estado oco” – Chevallier) e, por conseguinte, dos meios para impor seu ponto de vista. Por outro lado, as expectativas dos cidadãos se reforçam em detrimento da posição dos governantes, haja vista que a sociedade cada vez mais pluralizada tende a fiscalizar, controlar e criticar cada vez mais os governantes.¹³

Em face de tudo isso, o direito, apoiado pelo postulado da justiça e do progresso,¹⁴ perde muito da sua base e passa a ser visto como um mero meio de jogo de forças políticas e instrumento formal de legitimação do poder.

¹³ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 272.

¹⁴ Segundo Chevallier, o vetor da racionalidade social passaria a ser a normatividade jurídica. Seria racional aquilo que estivesse conforme a norma jurídica, partindo do pressuposto de que as normas seriam racionais por si próprias. *In verbis*: “a normatividade jurídica torna-se, desse modo, o vetor da racionalidade social: é racional aquilo que é conforme as normas jurídicas, em virtude do postulado segundo o qual as normas, elas próprias, são racionais. A sociedade moderna repousa, então, sobre uma confiança absoluta depositada no direito, que conduz ao fetichismo da regra: a norma jurídica tende a ser tomada pela própria realidade, capaz de fazer acontecer aquilo que ela enuncia; e a passagem para a forma jurídica constitui-se na garantia suprema” (*O Estado Pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 120).

3 As funções do Estado e os atos normativos elaborados pelas agências reguladoras

Para adentrar na natureza jurídica das normas elaboradas pelas agências reguladoras, é imprescindível o estudo das funções estatais e suas especificações. Primeiramente, é bem claro que a ideia de separação dos poderes tal como vislumbrada por Montesquieu¹⁵ não subsiste mais, senão uma separação das funções do Estado,¹⁶ em que cada poder possui diversas funções, típicas e atípicas, delimitadas pelo ordenamento jurídico positivo vigente.

As funções, por sua vez, sofreram várias “transformações” no decorrer dos séculos: como a própria finalidade do Estado modificou-se, evoluiu e/ou ampliou-se, conseqüentemente as funções estatais acompanharam essa mudança e, como já demonstramos no item anterior, também se ampliaram e/ou se modificaram, principalmente, a função executiva e judicial.

Entendemos o Direito a partir da sua concepção normativista, ou seja, como um ordenamento normativo. E da mesma forma que defendemos que a norma jurídica não se resume à lei,¹⁷ a função normativa não se confunde com a função legislativa. A norma jurídica, elemento essencial no sistema jurídico, consiste, segundo Eros Grau, em uma inovação primária, geral e abstrata no ordenamento jurídico,¹⁸ seja em decorrência do poder originário seja em decorrência do poder secundário.¹⁹

Dessa forma, a função normativa compreenderia tanto a função legislativa quanto regulamentar. Ou seja, a competência normativa não se confunde com a competência legislativa: enquanto aquela consiste no poder de criar normas de conduta, com o objetivo de regular as relações humanas a partir dos operadores deônticos; a competência legislativa é reservada ao poder de criar normas jurídicas primárias de cunho legislativo.²⁰ Já a competência regulamentar (normativa), decorrente do poder secundário, é dependente e acessória da competência legislativa.²¹

Para aprofundar a questão, devemos nos perguntar: o que é lei em sentido material? Quais as suas características? Quais os requisitos para delimitarmos algo

¹⁵ Sobre a obra de Montesquieu, ver MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução de Editora Bertrand Brasil. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1997.

¹⁶ Conforme Eros Grau, as funções estatais podem ser divididas pelos critérios material e organizacional. Conforme este critério, há as funções legislativas, executivas e jurisdicional. Já pelo critério material, há as funções normativas, administrativas e jurisdicional (*O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 243).

¹⁷ A ideia de que a norma jurídica corresponde ao conteúdo da lei decorre da Escola de Exegese francesa, a qual entendia a lei como fonte suprema da vontade geral e da razão da sociedade, na qual cabia ao juiz ser apenas a “boca da lei”, em nada podendo desvirtuá-la. E caso houvesse dúvidas na sua interpretação, o Parlamento deveria ser chamado para explicitar o que pretendeu dizer com o instrumento legislativo.

¹⁸ GRAU, Eros. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 240.

¹⁹ GRAU, Eros. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 242.

²⁰ *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 485.

²¹ *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 505.

como lei? E a partir daí diferenciar a lei dos atos administrativos. Só após responder essas questões, poderemos dizer qual a natureza jurídica das normas emanadas pelas agências reguladoras, se ela consiste em lei ou ato administrativo; e, assim, estudarmos o seu regime jurídico.

Primeiramente, para conceituarmos a lei, devemos ter em mente a sua concepção no sentido formal e no sentido material. A lei em sentido formal será aquela que obedece ao processo legislativo, previsto na própria Constituição, para sua criação. Podemos dizer ainda que a Constituição Federal de 1988 considerou como lei em sentido formal (art. 59) as emendas constitucionais (inc. I); lei complementares (inc. II); leis ordinárias (inc. III); leis delegadas (inc. IV); medidas provisórias (inc. V); decretos legislativos (inc. VI); e resoluções (inc. VII). Perceba a presença de diversos atos jurídicos que são emanados pelo Poder Executivo, e nem por isso eles perdem a sua qualidade de lei em sentido formal. Não obstante, não nos cabe aqui aprofundar a questão acerca da lei em sentido formal, haja vista que a natureza jurídica da lei é encontrada em seu sentido material.

Materialmente, a lei sempre foi entendida como a norma jurídica coercitiva, geral e abstrata, com a intenção de criar o direito. No entanto, entendemos que a generalidade e abstração e a novidade jurídica, por si só, não caracteriza o instrumento com a natureza jurídica legal, pois diversos regulamentos (atos administrativos) também apresentarão tais características.

Quanto à crítica feita à característica da generalidade e abstração não ser exclusiva do instrumento legal, temos de perceber que a generalidade é antítese do individual, pois é direcionado a destinatários indeterminados; já o abstrato é antítese da situação concreta, por ser direcionado a casos futuros e indeterminados.

Posto isso, podemos perceber diversos atos no ordenamento jurídico com generalidade e abstração que são regulamentos administrativos, e não leis. A própria Constituição Federal, em seu artigo 84, inc. IV, dispôs como competência do Chefe do Executivo elaborar regulamentos para dar fiel execução à lei. A finalidade do regulamento de execução é completar o sentido do enunciado normativo legal, e isso não poderia ocorrer de forma geral e abstrata? E quando os regulamentos completam o sentido de uma norma penal em branco? E os editais de licitação e concurso? Logo, podemos perceber que cabe sim aos regulamentos atuar com generalidade e abstração no exercício das suas funções com o objetivo de completar o sentido legal.

A confusão em ver toda norma geral e abstrata como lei decorre de uma visão pelo modelo oitocentista, no qual se raciocina o ato administrativo sob a ótica do Estado Liberal, cujo sistema é visto sob uma pirâmide normativa de três níveis: a Constituição, uma lei geral e abstrata e o ato administrativo executando o sentido legal. No entanto, em virtude da complexidade do mundo e das diversas funções assumidas pelo Estado, pode haver muitos outros níveis até chegar à efetiva

concretização da norma jurídica. Assim, a indeterminabilidade e abstração comportarão níveis, no qual o espaço (nível) regulamentar, logicamente, será mais reduzido em comparação ao espaço legal; sem, contudo, deixar de ser direcionada a destinatários indeterminados e futuros.

Por outro lado, também não é uma característica exclusiva da lei inovar na ordem jurídica, criando direitos e obrigações. Se assim o fosse, se os regulamentos não tivessem força para criar direitos e obrigações, a sua função se reduziria praticamente a zero, inviabilizando a produção de qualquer regulamento, pois se limitariam a aplicar estritamente a lei, o que só acontece em raríssimas hipóteses.²² E, cada vez mais, a utilização de conceitos jurídicos indeterminados e de um amplo espectro semântico amplia o âmbito regulamentar. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello afirma que esse entendimento negraria grande parte do Direito Público e reduziria a regra jurídica ao conceito orgânico-formal.²³ Isso porque o ato jurídico implica modificar a situação jurídica anterior, a qual não pode ser reduzida ao âmbito legal.

Poder-se-ia argumentar que conforme a nossa Constituição, em seu artigo 5º, inc. II, apenas a lei poderia criar direitos e obrigações (princípio da legalidade). No entanto, com base no ensinamento de Eros Roberto Grau,²⁴ aquele enunciado normativo dispõe sobre uma reserva de norma (reserva de lei em termos relativos),²⁵ o que implica entender a possibilidade de o Executivo exercer, explícita ou implicitamente, a função normativa e estabelecer obrigações de fazer ou não fazer aos particulares.

De forma similar ao nosso entendimento, é a lição de Herbert Schambeck,²⁶

a constituição é a base de que partem as leis que a executam, as quais, por sua vez, fornecem a necessária base para o prosseguimento da execução através de decretos, sendo que estes últimos constituem a base dos atos executivos pelos quais a lei é posta em ação. O ato de nível mais elevado é somente criador da lei; o último ato da série é apenas de execução. Todos os atos intermediários são de natureza mista, têm duplo caráter: olhados de cima, todos parecem atos criadores de lei; olhados de baixo, parecem atos de execução.

Assim, a lei (*das Gesetz*) não é a expressão final do direito (*das Recht*). [...] A criação do direito não finda com a promulgação da lei; antes permite esta que mais direito se crie. Figuramente, todo esse processo se

²² Ver AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Teoria do ato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

²³ *Princípios gerais de Direito Administrativo (Introdução)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. I, p. 259.

²⁴ *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 246/247.

²⁵ Nesse mesmo sentido Luis Carlos Figueira Melo e Jeová Marques de Oliveira. Conforme estes, o cidadão está sujeito a um conjunto de regras estipuladas pelo Direito. Nesse caso, a lei deve ser entendida em sentido amplo, mais especificamente como norma. A consolidação de um processo administrativo constitucional (*Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 104, out. 2009. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=63050>>. Acesso em: 27 jan. 2013. p. 6.

²⁶ A evolução do direito administrativo na Áustria. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 74, p. 59, out./dez. 1963.

assemelha a uma sucessão de cascatas. Dessa sequência de formas de lei resulta a hierarquia nas funções do Estado: o poder legislativo tem a primazia; o poder administrativo é subordinado.

Em suma, apesar de entendermos que essas características são essenciais para a conceituação da lei, estas não se resumem àquelas, haja vista um ato administrativo normativo também poder ser geral, abstrato e criar direitos e obrigações.

Dessa forma, o que seria essencial para diferenciar uma lei de um ato administrativo normativo é a sua hierarquia, a sua posição frente ao ordenamento jurídico constitucional.²⁷ Enquanto o instrumento legal é decorrência direta da Constituição e tem nesta o critério único de validade; o ato administrativo para ser válido precisa de uma lei, sendo esta, junto à Constituição, o seu critério de validade. E, assim, temos que o quadro normativo dos atos administrativos é mais reduzido em comparação ao legal, haja vista esta atuar como uma espécie de “funil” entre a Constituição e o ato administrativo. E para a criação dela não há nenhuma intermediação normativa. Ou seja, por mais que o regulamento também possa inovar na ordem jurídica, ele o faz de forma secundária (fonte secundária do Direito), de acordo com os parâmetros previstos na lei – inovação primária (fonte primária do Direito).

Posicionamos, assim, quanto à materialidade da lei, conforme Oswaldo Aranha Bandeira de Melo,²⁸ o qual entende que, apesar da generalidade e abstração, a lei necessita ser uma inovação primária, de maneira absoluta, dentro do ordenamento jurídico.

Os regulamentos, conforme a conceituação de Oswaldo Aranha Bandeira de Melo,²⁹ são “regras jurídicas gerais, abstratas, impessoais, em desenvolvimento da lei, referentes à organização e ação do Estado, enquanto Poder Público”. O fundamento dos regulamentos é a *potestade regulamentar* decorrente de uma “atribuição de potestade normativa material,³⁰ de parte do Legislativo, ao Executivo”, sem, contudo, decorrer de delegação da função legislativa.³¹ Para Bandeira de Melo,³² eles

²⁷ Para Kelsen, a diferença entre a lei e o ato administrativo está exatamente no escalonamento da pirâmide normativa (*Teoria pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 254).

²⁸ *Princípios gerais de Direito Administrativo (Introdução)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. I, p. 262/263.

²⁹ *Princípios gerais de Direito Administrativo (Introdução)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. I, p. 359.

³⁰ Antônio Carlos Cintra do Amaral leciona que atos de aplicação são também de criação do Direito. Assim, não podemos entender a lei como única fonte criadora do Direito (*Teoria do ato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 23; e *Validade e Invalidade ao Ato Administrativo*. Belo Horizonte, n. 5, ano 2, jan. 2000. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=51658>>. Acesso em: 5 mar. 2013.

³¹ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 243/244. Nesse mesmo sentido é o entendimento de Renato Alessi, o qual entende que “o fundamento da potestade regulamentar deve ser buscada em uma atribuição de potestade normativa material por parte do poder legislativo à autoridade (atribuição que não deve ser confundida com a delegação de potestade legislativa formal” (*Instituciones de derecho administrativo*. Barcelona: Bosch, 1970. t. I, p. 36).

³² *Princípios gerais de Direito Administrativo (Introdução)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. I, p. 359.

são classificados como regulamentos executivos (ou de execução), em regulamentos autorizados (ou delegados) e em regulamentos independentes (ou autônomos).

Os regulamentos autônomos (ou independentes), apesar de serem atos emanados pelo Poder Executivo, são verdadeiras leis.³³ Os regulamentos autônomos são os atos administrativos elaborados sem a interveniência de lei que lhes conceda validade, ou seja, eles são elaborados como fundamento direto na Constituição, com força de lei, em virtude de a própria Constituição ter autorizado a sua elaboração e reservado matérias a serem tratadas por eles.³⁴ Esses regulamentos podem ser internos e externos. Os regulamentos internos são aqueles que produzem efeitos apenas dentro da própria Administração Pública e subdividem-se em orgânicos e regimentais. Estes “regulam as condições internas de execução dos serviços públicos e a maneira de sua utilização por terceiros interessados”, enquanto os orgânicos “são aquelas regras jurídicas decretadas pelo Executivo que dão organização à Administração Pública, limitado, tão-somente, o delineamento de sua estrutura, quanto às repartições públicas e os agentes públicos”.³⁵ Os regulamentos independentes externos produzem efeitos jurídicos na esfera de liberdade e propriedade dos particulares, no intuito de preservá-las, assim como proteger a segurança pública e a salubridade pública.³⁶

Os regulamentos autônomos têm na Constituição Francesa de 1958 a sua criação. Essa Carta Magna previu, em seu art. 37, matérias reservadas ao regulamento – matérias que só poderiam ser tratadas por regulamentos (domínio regulamentar) –, cujo ato do legislativo não poderia adentrar, sob pena de ferir diretamente à Constituição.

No direito brasileiro, com a promulgação da Constituição de 1988, a doutrina e jurisprudência entendiam não ter esse ordenamento constitucional previsto nem possibilitado os regulamentos autônomos; apenas os regulamentos de execução, com base no art. 84, IV. No entanto, com a Emenda Constitucional nº 32/01, a qual alterou o enunciado do artigo 84, VI, da Constituição Federal, de “dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, *na forma da lei*” para “dispor, *mediante decreto*”.³⁷ A alínea “a” confere competência privativa ao Chefe do Executivo de, mediante decreto, “organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos”; e a alínea “b”, para a “extinção de funções ou cargos públicos, quando

³³ *Princípios gerais de Direito Administrativo (Introdução)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. I, p. 264.

³⁴ Clèmerson Merlin Clève defende uma distinção entre regulamentos independentes e regulamentos autônomos. Para o autor, os regulamentos independentes consistem naqueles apresentados acima: com fundamento de validade decorrente da própria Constituição, sem a interveniência legislativa, em virtude de esta ter previsto uma reserva de regulamento. Já os regulamentos autônomos também teriam amplos poderes para atuar de forma originária na disciplina de relações jurídica, com força de lei. Mas, para existir, eles teriam de receber de uma lei (autorizadora) uma habilitação para atuar, na qual aquela deve dispor sobre quem pode emití-los e sua matéria (*A atividade legislativa do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 323/327).

³⁵ *Princípios gerais de Direito Administrativo (Introdução)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. I, p. 360.

³⁶ *Princípios gerais de Direito Administrativo (Introdução)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. I, p. 361.

³⁷ Ressalta que a diferença entre regulamento e decreto encontra-se que enquanto o regulamento se refere à matéria tratada, o decreto, à forma utilizada para materializar o regulamento.

vagos”. E ainda alterou os incisos X e XI do artigo 48 e a alínea “e” do artigo 61, inc. II, parágrafo 1º; em ambos os casos foram retiradas competências normativas do Parlamento e atribuídas ao Executivo. Assim, ascendeu a discussão acerca da previsão de um regulamento autônomo a partir da EC nº 32/01.

O Supremo Tribunal Federal, na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 3.254-ES, de relatoria do Min. Ellen Gracie, declarou constitucional, e na ADIN nº 2.857-ES, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, entendeu ser a possibilidade do art. 84, VI, “a”, uma hipótese de regulamento autônomo, mas sem força de lei. Para o Supremo, apesar de ser um caso de regulamento autônomo não há reserva de regulamento, o que possibilita a abordagem da matéria via dispositivo legal, com força a revogar regulamento anterior.³⁸

Gustavo Binenbojm³⁹ afirma que a possibilidade de edição de regulamentos autônomos não se deu com a citada Emenda Constitucional e nem ocorre apenas nessa possibilidade. Para o autor, o artigo 237, que dá competência ao Ministro da Fazenda para fiscalizar e controlar o comércio exterior, quando essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, atua no mesmo sentido das normas do artigo 84, inc. VI. E, dessa forma, inclusive o Supremo Tribunal Federal haveria considerado constitucional, no Recurso Extraordinário nº 08.220-1, uma portaria do Ministério da Fazenda proibindo a importação de veículos usados.

Ademais, em 2005, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), pela Resolução nº 07/2005, proibiu a contratação de parentes de até terceiro grau de juízes e outros integrantes do Judiciário estadual para ocupar cargos de confiança. Dessa feita, a Associação de Magistrados Brasileiros (AMB) impetrou Ação Declaratória de Constitucionalidade alegando que essa norma seria inconstitucional em virtude de ferir, dentre outros dispositivos, o art. 5º, inc. II, da CF (princípio da legalidade): uma resolução estabelecendo obrigações sem prévia previsão legal. O STF, no julgamento da matéria, afirmou a constitucionalidade da norma por decorrer diretamente de previsão constitucional, mais especificamente do princípio da moralidade, previsto no *caput* do artigo 37, e do inciso II, do parágrafo 4º, do artigo 103-B, o qual outorga competências para o CNJ dispor primariamente sobre “núcleos expressos” das atividades do conselho.⁴⁰

³⁸ Esse é o mesmo entendimento de Gustavo Binenbojm (*Princípios gerais de Direito Administrativo (Introdução)*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. I, p. 169).

³⁹ *Uma Teoria de Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 170.

⁴⁰ Conforme o STF, “a Resolução 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do parágrafo 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade. O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdo na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda Constitucional 45/04” (ADC-MC nº 12/DF, rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 16.02.2006).

Binenbojm, ao comentar a citada decisão do Supremo, afirma ter entendido o STF de forma correta, como regulamento autônomo, tal como entendeu sobre os casos do art. 84, VI, “a”: a Constituição teria previsto uma competência normativa para a atuação do CNJ, mas que essa norma elaborada pela Administração não possui a mesma força da lei; e que caso seja elaborado um dispositivo legal sobre o assunto, a resolução seria revogada (princípio da primazia da lei).⁴¹

Os regulamentos executivos (ou de execução) têm por finalidade completar conceitos legais, genéricos (deficiente densidade) ou imprecisos (vago, ambíguo), e determinar o modo de agir (procedimento) nas relações entre a Administração e os particulares.⁴² Nesses casos, a atividade administrativa deve atuar dentro do quadro normativo traçado pelo enunciado legal, com base nos parâmetros constitucionais, permitindo a sua aplicação. Essa espécie de regulamento está prevista no artigo 84, inc. IV, da CF/88, cujo enunciado dispõe como competência do Chefe do Executivo a expedição de regulamentos para a fiel execução da lei.

Registre-se que não cabe ao Executivo, com base na função regulamentar, extrapolar o sentido legal ou, até mesmo, alterá-lo. Caso aja dessa forma, a Administração estará invadindo a esfera de competência do Legislativo, atuando, pois, com abuso de poder; sendo possível, assim, o Congresso Nacional sustar tal ato (art. 49, inc. V).

Por outro lado, os regulamentos executivos não têm apenas a função de reproduzir a lei, mas também de ampliá-la e complementá-la, “segundo o seu espírito e conteúdo, sobretudo nos aspectos que a própria lei, explícita ou implicitamente, outorga à esfera regulamentar”.⁴³

O próprio STF e o STJ já entenderam a possibilidade de a lei fixar apenas parâmetros genéricos e *standards* para a complementação normativa através dos regulamentos. Alexandre Santos de Aragão cita a decisão liminar na ADIN nº 1.668/DF, de relatoria do Min. Marco Aurélio Araújo, na qual a habilitação normativa estabelecida na Lei Geral de Telecomunicação – LCGT – em face da ANATEL foi considerada constitucional, desde que ela “subordine-se aos preceitos legais e regulamentares pertinentes”. Esse doutrinador cita ainda o RE nº 76.629/RS, cujo relator, o Min. Aliomar Baleeiro, afirmou “se o legislador quer os fins, concede os meios [...] se a Lei nº 4.862 expressamente autorizasse o regulamento a estabelecer condições outras, além das que ela estatuir, ai não seria delegação proibida de atribuições, mas flexibilidade na fixação de *standards* jurídicos de caráter técnico, a que se refere Stati”.⁴⁴

⁴¹ *Uma Teoria de Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 172.

⁴² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A atividade legislativa do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 330.

⁴³ Caio Tácito. *Apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 416.

⁴⁴ *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 416/417.

Nesse sentido, ao desempenhar a função regulamentar, a Administração exerce função normativa, porquanto expede normas de caráter geral e com grau de abstração e impessoalidade, malgrado tenham elas fundamento de validade na lei.

Há também atos normativos que, editados por outras autoridades administrativas, podem caracterizar-se como inseridos no poder regulamentar. É o caso de instruções normativas, resoluções, portarias etc. Tais atos têm frequentemente um círculo de aplicação mais restrito, mas, veiculando normas gerais e abstratas para a explicitação das leis, não deixar de ser, ao seu modo, meios de formalização de poder regulamentar.⁴⁵

Assim, os decretos e regulamentos podem ser considerados como atos de regulamentação de primeiro grau; outros atos que a eles se subordinem e que, por sua vez, os regulamentem, evidentemente com maior detalhamento, podem ser qualificados como atos de regulamentação de segundo grau, *v.g.*, instruções expedidas pelos Ministros de Estado.

Os regulamentos autorizados (ou delegados) são, conforme Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,⁴⁶ “os em que o Legislativo delega ao Executivo as operações de acertar a existência de fatos e condições para a aplicação da lei, os pormenores necessários para que suas normas possam efetivar-se”. Nessa espécie, a lei atua como uma espécie de habilitação ou autorização (leis-esqueletos, leis-quadro, leis-base), estabelecendo os princípios legais e índices para a aplicação dos regulamentos de acordo com os fatos e condições estabelecidas. Nesse caso, haverá um âmbito maior de atuação do poder regulamentar, um quadro normativo, deixado pela lei, mais amplo e mais fluído.

Assim, diz-se que, apesar de esses regulamentos serem uma decorrência da atividade executiva (atividade do Executivo subsidiária do Legislativo), possuem a natureza de *textos secundários de lei*.⁴⁷ E ainda: essa “habilitação” legislativa não ocorre apenas ao Presidente da República, mas pode ser estendida aos diversos órgãos administrativos, tais como as corporações públicas, os estabelecimentos públicos ou autarquias, caso seja a previsão legal e a Constituição não tenha atribuído caráter privativo ao Chefe do Executivo.⁴⁸

Clèmerson Merlin Clève entende os regulamentos autorizados como uma decorrência dos regulamentos de execução, também chamados de regulamentos setoriais, na sua atuação com discricionariedade técnica.⁴⁹ O papel desses regulamentos

⁴⁵ Clèmerson Merlin Clève afirma que os regulamentos normativos do Poder Executivo podem ser entendidos em seu sentido amplo e em seu sentido estrito. Este consiste no poder regulamentar conferido ao Chefe do Poder Executivo, enquanto em seu sentido amplo, nas demais emanções normativas decorrentes do Poder Executivo (*A atividade legislativa do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 301).

⁴⁶ *Princípios gerais de Direito Administrativo (Introdução)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. I, p. 367.

⁴⁷ *Princípios gerais de Direito Administrativo (Introdução)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. I, p. 367.

⁴⁸ *Princípios gerais de Direito Administrativo (Introdução)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. I, p. 378.

⁴⁹ *A atividade legislativa do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 330.

é explicitar conceitos técnicos através da aplicação de regras de outros ramos da ciência.

3.1 A posição de Marco Juruena Villela Souto

Inicialmente, Marcos Juruena Villela Souto afirma que a função normativa, no âmbito da atividade administrativa, corresponde à regulamentação das leis (salvo nos casos dos regulamentos autônomos, mas que, apesar da discussão sobre se haveria sido adotado no ordenamento constitucional pátrio com a EC nº 32/01, não seria o caso das normas expedidas pelas agências reguladoras) e a edição de atos normativos inferiores.⁵⁰ E em face de os regulamentos serem atos privativos do Chefe do Executivo, por força do artigo 84, inc. IV, da CF/88, não há como considerar as normas elaboradas por essas autarquias especiais com a natureza regulamentar.⁵¹

Ademais, o autor ainda diferencia as normas emanadas na função regulatória dos regulamentos executivos. Na visão do autor, estes são emanados de autoridades políticas, sem obrigatoriedade de neutralidade e com a função de dar fiel execução à lei, não podendo, portanto, inovar na ordem jurídica; já as normas regulatórias traçam conceitos técnicos, despidos do jogo político, com o objetivo de regular um mercado específico, através da ponderação dos interesses em jogo.⁵² Dessa forma, as normas produzidas pelas agências regulatórias teriam natureza jurídica de ato infrarregulamentar, pois devem observar os regulamentos editados pelo Chefe do Executivo.

3.2 A posição de Marçal Justen Filho

Marçal Justen Filho entende que há uma delegação imprópria para a atuação normativa das agências reguladoras, o que consistiria em uma competência normativa derivada. Aquela consiste em um poder de segundo grau, na competência para a produção de norma acessória e complementar às leis – e aos regulamentos do Chefe do Executivo –, haja vista que a delegação primária é reservada ao Poder Legislativo; e caso fosse delegado ao Executivo, haveria a incidência de regulamentos autônomos, não previstos pelo ordenamento jurídico brasileiro.⁵³

Haveria a obediência a uma legalidade em sentido amplo, tal como há no Direito Penal, no intuito de possibilitar a concretização da solução mais adequada e satisfatória, de acordo com os critérios previamente estabelecidos em lei ou derivados do conhecimento técnico-científico e/ou da avaliação da realidade.⁵⁴

⁵⁰ *Direito Administrativo Regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 26.

⁵¹ *Direito Administrativo Regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 26.

⁵² *Direito Administrativo Regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 28 e ss.

⁵³ *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 515 e ss.

⁵⁴ *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 515 e ss.

Marçal ensina ainda que, apesar da necessidade da lei para que possa haver a competência normativa derivada, não há necessidade de atribuição de competência normativa explícita naquele dispositivo legal.⁵⁵

3.3 A posição de Paulo Todescan de Lessa Mattos

No mesmo sentido de Marçal Justen Filho, Paulo Todescan de Lessa Mattos entende as normas produzidas no seio da regulação econômica como uma norma secundária. Para o autor, as normas secundárias têm competência para prever direitos e obrigações, desde que estejam fundamentadas em uma norma primária e/ou outra norma secundária, como, por exemplo, um decreto presidencial e com a finalidade de especificar e alterar condicionamentos e restrições, já previstos nestes, em face da necessidade de adaptação diante de situações novas.⁵⁶

3.4 A posição de Alexandre Santos de Aragão

Primeiramente, o autor entende que a competência normativa regulamentar, prevista no art. 84, inc. IV, da CF/88, não é exclusiva do Chefe do Executivo. Para Aragão, apesar da previsão constitucional, nada impede que a lei confira a órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, mais preparados, eficientes e tecnicamente mais aparelhados, tal competência (“descentralização do poder normativo do Executivo”).⁵⁷

As agências reguladoras seriam um caso de descentralização do poder normativo do Executivo. As leis-quadro (ou leis *standartizadas*) atuam estabelecendo finalidades e parâmetros genéricos (tal como valores morais, políticos e econômicos) para o desenvolvimento de normas setoriais aptas à regulação social e econômica, pelas agências reguladoras.⁵⁸ Essas leis objetivam “introduzir uma vagueza que permita o trato de fenômenos sociais muito fugazes para se prestarem ao aprisionamento em uma regra precisa”.⁵⁹

Nesse sentido, as normas produzidas pelas agências são regulamentos de execução (em sentido amplo) da lei com o intuito de detalhar os *standards* e finalidades

⁵⁵ *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 517.

⁵⁶ Autonomia Decisória, discricionariedade administrativa e legitimidade da função reguladora do Estado no debate jurídico brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 1. Ver também: MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado Regulador brasileiro: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006.

⁵⁷ *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 381.

⁵⁸ *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 411 e ss.

⁵⁹ *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 411.

previstos naquela, com base nos dispostos dos artigos 5º e 84, inc. IV, da Constituição Federal de 1988 (“decretos e regulamentos para a fiel execução da lei”).⁶⁰

3.5 A posição de Egon Bockmann Moreira

Egon Bockmann Moreira entende da mesma forma que Alexandre Santos de Aragão: o art. 84, IV, e o art. 87, II, não constituem reserva de poder regulamentar (regulamento executivo) do Presidente da República e seus Ministros de Estado.⁶¹ Ou seja, por mais que seja uma atribuição constitucional do Chefe do Executivo, pode a lei conferir aos demais órgãos da Administração Pública, direta e indireta, que sejam mais aptos para tratar da matéria, seja por qualificação técnica ou por rapidez no exercício da função.⁶²

Para o autor, o regulamento, como ato administrativo geral e abstrato e inovador na ordem jurídica – ou seja, de caráter normativo –, faz parte da dinâmica administrativa estatal, sendo essencial na concretização dos objetivos estatais.⁶³

3.6 A nossa posição e a deslegalização

Primeiramente, entendemos, tal como Alexandre Santos de Aragão e Egon Bockmann Moreira,⁶⁴ que as normas elaboradas pelas agências têm natureza de

⁶⁰ *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 414. O autor afirma ainda que “o que temos na realidade, é a execução pela Administração Pública da lei, que, contudo, deixou de estabelecer maiores detalhamentos quanto à matéria legislada, fixando apenas standards e finalidades gerais. Não é fato de a lei ter optado por adotar conceitos mais ou menos abstratos que a caracteriza como uma impensável delegação de poder legislativo, com o que toda outorga de poder regulamentar à Administração Pública consistiria em delegação” (p. 411).

⁶¹ MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 7, out. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 fev. 2013. p. 10 e ss.

⁶² Conforme o autor, “O Presidente da República e os Ministros de Estado são titulares de competência constitucional para expedir decretos, regulamentos e instruções para a fiel execução das leis, mas tal previsão não é exaustiva e supressora de outros títulos competenciais, detidos pelas demais entidades da Administração Pública. Cada qual detém, dentro de seu âmbito de atuação e na medida da competência a si conferida, possibilidade de emanar regulamentos.”. Agências administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 7, out. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 fev. 2013. p. 11.

⁶³ Agências administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 7, out. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 fev. 2013. p. 12.

⁶⁴ Também entende nesse sentido José dos Santos Carvalho Filho. Conforme o autor, parece, pois, que, por autorização das respectivas leis, as agências reguladoras exercem a função regulamentadora, tendo por escopo estabelecer, em caráter geral e abstrato e impessoal, disciplina técnica a respeito de certos setores econômicos ou relativos à prestação de serviços públicos. Semelhante função regulamentar – diga-se por oportuno – é direta, vale dizer, origina-se diretamente da lei, inexistindo, por via de consequência, qualquer outro ato intermediário entre a lei e o ato administrativo da agência. Tem, portanto, a mesma natureza dos decretos expedidos pelos Chefes do Executivo, quando também destinados ao exercício da função regulamentar (As Agências Reguladoras e o Poder Normativo. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, fev.-abr. 2007. Disponível em: <[HTTP://www.direitodoestado.com.br/redae.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp)>. Acesso em: 12 abr. 2009. p. 10.

regulamentos executivos⁶⁵ (atividade administrativa)⁶⁶ – ou regulamentos autorizados, conforme a lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Melo –, decorrente de uma delegação secundária (ou delegação imprópria), a partir do instituto da deslegalização. A lei deslegalizadora possibilitaria às agências, a partir de *standards* e parâmetros genéricos, a competência para editar normas gerais, com discricionariedade de caráter eminentemente técnico; sem poder se falar em usurpação de natureza legiferante.⁶⁷

A deslegalização, cuja ideia básica foi desenvolvida na Itália, consiste na possibilidade de o Parlamento estabelecer princípios gerais e diretrizes sobre determinada matéria que não seja reserva absoluta de lei, porém já disposta em lei formal; e, nessa mesma lei deslegalizadora (superveniente), atribuir competência delimitada ao governo para editar decretos regulamentares, o qual acabaria por abrogar a lei formal vigente.⁶⁸

A deslegalização, também chamada de delegificação, acontece, segundo J. J. Gomes Canotilho,⁶⁹ quando há um *rebaixamento formal* da matéria pela lei, sem a sua regulamentação, para que esta matéria venha a ser tratada por regulamento. E ainda: tendo como limite as matérias constitucionalmente reservadas à lei.

Esse instituto, criado pela doutrina europeia, tem sido tema de grandes discussões entre os doutrinadores pátrios e estrangeiros. A doutrina contrária à tese fundamenta-se: a) a deslegalização atuaria delegando poderes do Legislativo ao Executivo, o que só seria possível em sede constitucional; nos demais casos, seria inconstitucional face ao artigo 25 dos Atos de Disposição Constitucional Transitória;

⁶⁵ Entendemos que não há, no ordenamento jurídico, exclusividade da competência regulamentar ao Chefe do Executivo. Nesse mesmo sentido, MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 7, out. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 fev. 2013; GUERRA, Glauco Martins. Agências reguladoras no Brasil: princípio da legalidade e regulação. In: *Direito Regulatório: Temas polêmicos*. Org. Maria Sylvia Zanella di Pietro. Belo Horizonte: Fórum, 2009; e JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 313. Este afirma que “a lei definirá a titularidade da competência para editar regulamento. No silêncio legislativo, a competência será do Chefe do Executivo. Não há impedimento a que a lei atribua competência regulamentar a órgãos ou autoridades distintas do Chefe do Executivo” (JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 519 e ss.).

⁶⁶ Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, como as agências reguladoras exercem função normativa a partir da discricionariedade técnica (normas reguladoras administrativas secundárias), ela exerce uma atividade estritamente administrativa, não se podendo falar em atividade legislativa, haja vista que esta se caracteriza, dentre outras coisas, por exercer uma função normativa de caráter político (*Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 91). No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho também entende tratar-se do exercício da função administrativa, e não legislativa (As Agências Reguladoras e o Poder Normativo. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, fev.-abr. 2007. Disponível em: <[HTTP://www.direitodoestado.com.br/redae.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp)>. Acesso em: 12 abr. 2009. p. 8.

⁶⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. As Agências Reguladoras e o Poder Normativo. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, fev.-abril, 2007. Disponível em: <[HTTP://www.direitodoestado.com.br/redae.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp)>. p. 12.

⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 70.

⁶⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 915.

b) com a degradação do grau hierárquico da lei, haveria malferição ao princípio da legalidade, pois possibilitaria a inovação na ordem jurídica através de regulamentos (autônomos), que, com força de lei, poderia, inclusive, revogar leis.

Para essa doutrina, haveria uma delegação primária do Poder Legislativo ao Executivo. Essa forma de delegação não seria possível em nosso ordenamento constitucional, pois possibilitaria ao Executivo elaborar regulamentos com força de lei (regulamentos autônomos), assim como o artigo 25, inc. I, da ADCT⁷⁰ haveria vedado expressamente a possibilidade de delegação de competência normativa do Legislativo ao Executivo.⁷¹

Por outro lado, com o rebaixamento hierárquico, estar-se-ia prevendo a possibilidade de regulamentos autônomos, não admitidos na Constituição Federal de 1988. Tais regulamentos iriam poder inovar na ordem jurídica, ferindo frontalmente o princípio da separação dos poderes e o princípio da legalidade (art. 5º, inc. II, CF/88), e criar direitos e obrigações não previstos em lei. E ainda: esses regulamentos teriam força, inclusive, para revogar leis.

Gustavo Binbenojm,⁷² com fulcro no princípio da legalidade, afirma que tal preceito é inconstitucional, no ordenamento jurídico brasileiro, tanto em seu aspecto formal quanto material. Quanto ao primeiro, isso corresponderia à possibilidade de o legislador alterar o procedimento legislativo previsto na própria Constituição Federal, configurando uma delegação legislativa inominada – incompatível com a Carta da República. Quanto ao ângulo material, chegaríamos à própria crise da legitimidade democrática, pois possibilitaria às agências não se sujeitarem mais às normas dadas pelos cidadãos – ampliação discricionária.

Acompanhando o mesmo raciocínio, Letícia Queiroz de Andrade⁷³ fundamenta-se, principalmente, no princípio da legalidade (art. 5º, II, da Constituição Federal) para afirmar que regulamentos não podem gerar direito e obrigações e que não é possível haver delegação de competência (para a autora, a deslegalização implica delegação de competência legislativa). A doutrinadora filia-se à corrente de que aquela

⁷⁰ “Art. 25. *Ficam revogados*, 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 a: I - ação normativa*” (grifo nosso).

⁷¹ ANDRADE, Letícia de Queiroz de. *Poder Normativo das Agências Reguladoras (legitimação, extensão e controle)*. p. 10; BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria de Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

⁷² As Agências Reguladoras Independentes e a Democracia no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, ago.-out. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. p. 11.

⁷³ ANDRADE, Letícia de Queiroz de. Poder Normativo das Agências Reguladoras (legitimação, extensão e controle). *Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 15, ago./out. 2008. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. p. 7 e ss.

permissão geraria regulamentos autônomos,⁷⁴ e que estes não são possíveis no sistema jurídico brasileiro.

No entanto, não concordamos com o posicionamento dessa doutrina. Primeiramente, quanto ao artigo 25 da ADCT, pensamos que essa argumentação não deve prosperar, haja vista a redação deste artigo dispor retroativamente, e não de forma ultrativa. Nesse mesmo raciocínio, Fabiano Mendonça⁷⁵ afirma que se deve contextualizar a interpretação da norma – realizar uma interpretação lógico-sistemática da Carta Magna: o art. 25 da ADCT tem como contexto a elaboração da Constituição, após um longo período ditatorial. Neste era possibilitada, através do Ato Institucional nº 05/68, a delegação de competência do Legislativo para o Executivo, assim como o Presidente da República tinha autorização não só para decretar o recesso do Congresso, como, inclusive, editar emendas constitucionais, como o fez. Dessa forma, não é possível realizar uma interpretação mais extensa, pois, assim, o próprio Congresso, livre e democrático, controlaria todo o seu exercício de poder.

Esse artigo dispõe que “*ficam revogadas, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição [...] todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada ao Congresso Nacional*” (grifo nosso). Por esse artigo, percebemos que há uma disposição voltada para o passado, inclusive é essa a finalidade das normas do ADCT, fazer a transição entre os regimes constitucionais, do antigo ao novo. Não tem nenhuma validade esse artigo nos dias atuais, até porque ele concede o prazo de 180 (cento e oitenta dias) da promulgação da Constituição para a revogação do dispositivo que faça a delegação de poderes. E como sabemos, esse prazo já se exauriu muito tempo atrás. Dessa forma, não há mais a possibilidade de se invalidar uma lei delegante de poderes normativos com base nesse dispositivo.

No entanto, também entendemos a impossibilidade da delegação primária do Legislativo ao Executivo, contudo, esse não é o caso das leis que atribuem competência normativa às agências reguladoras. Se assim o fosse, realmente poder-se-ia dizer que aqueles entes estariam elaborando regulamentos autônomos, com força de lei. No caso das agências, seus regulamentos possuem natureza infralegal

⁷⁴ Dinorá Adelaide Musetti Grotti também entende que as agências reguladoras possuem competências normativas para elaborar regulamentos autônomos (com força de lei). Segundo a autora, “Essas figuras (Agências reguladoras) envolvem o exercício de um *amplo poder normativo (o poder de ditar normas, com a mesma força de lei e com base em parâmetros, conceitos indeterminados, padrões abstratos e genéricos – standards nela contidos)*, outorgado pelos diversos diplomas legais que as têm instituído. As agências reguladoras gozam de um amplo poder normativo, que envolve, por um lado, a regulamentação das leis que regem o campo das atividades a elas atribuídos e, por outro, *a edição de normas independentes, sobre matérias não disciplinadas pela lei*” (As Agências Reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 6, maio/jul. 2006. Disponível em: <Http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 07 jan. 2013. p. 13, grifo nosso).

⁷⁵ MENDONÇA, Fabiano. *Agências Reguladoras: a Regulação Econômica na Atual Ordem Constitucional*, Natal, 2007 (em formação). p. 109.

(competência normativa derivada), decorrente de uma delegação imprópria; permitido pelo ordenamento jurídico pátrio.

A lei deslegalizadora atua estabelecendo parâmetros e princípios (*standards*) a serem seguidos pelo regulamento, cuja vinculação será inerente tanto ao quadro normativo legal (natureza infra legal), quanto aos princípios constitucionais, expressos e implícitos. A lei atribui ao órgão regulador “o papel de preencher a moldura com conhecimentos técnicos à luz da realidade em que a lei vai ser aplicada”.⁷⁶ Por isso que, para Rafael Carvalho Rezende de Oliveira,⁷⁷ ao invés de se falar em delegação de poderes, seria mais adequado falar em atribuição de competência pelo legislador ao administrador.

Conforme Alexandre Santos de Aragão,⁷⁸ a possibilidade da deslegalização ocorre em virtude do princípio da essencialidade da legislação, no qual o próprio legislador, como uma política legislativa, tem a faculdade de transferir certas matérias para serem reguladas em outra sede normativa. Não há que se falar em transferência de poderes legislativos. Assim, o autor questiona:⁷⁹

se este tem poder para revogar uma lei anterior, porque não o teria simplesmente para rebaixar o seu grau hierárquico? Por que teria de, direta e imediatamente revogá-la, deixando um vazio normativo até que fosse expedido o regulamento, ao invés de, ao degradar a sua hierarquia, deixar a revogação para um momento posterior, ao critério da Administração Pública, que tem maiores condições de acompanhar e avaliar a cambiante e complexa realidade econômica e social?

Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁸⁰ afirma que a deslegalização é uma decorrência do poder de disposição do Legislador, o que pode, por via legislativa, transferir um específico espaço decisório de matérias que lhe são constitucionalmente deferidas (sem cláusula de exclusividade) a certos órgãos e sob certos pressupostos. Nesse mesmo sentido, Aragão⁸¹ ensina que o poder de disposição é prerrogativa do Legislativo,

⁷⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 52.

⁷⁷ *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁷⁸ O Poder Normativo das Agências Independentes e o Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 148, out./dez. 2000. Disponível em: <www.senado.org.br/web/cegraf>. Acesso em: 1^a fev. 2009. p. 289.

⁷⁹ O Poder Normativo das Agências Independentes e o Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 148, out./dez. 2000. Disponível em: <www.senado.org.br/web/cegraf>. Acesso em: 1^a fev. 2009. p. 289; As Agências Reguladoras Independentes e a Separação dos Poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista de Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abr.-maio, 2002. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 09 fev. 2009. p. 47.

⁸⁰ Mutações nos Serviços Públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005. Disponível em: <HTTP://www.direitodoestado.com.br>. p. 14.

⁸¹ O Poder Normativo das Agências Independentes e o Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 148, out./dez. 2000. Disponível em: <www.senado.org.br/web/cegraf>. p. 289.

o qual permite atribuir um espaço normativo ao Executivo de matérias afeitas ao Legislativo. Contudo, a atuação da Administração continua em caráter infralegal, sem poder, no entanto, haver a revogação das leis por regulamentos.

Ora, se a própria Constituição prevê matérias reservadas à lei, as quais não podem os regulamentos adentrar em seu conteúdo, poderíamos entender, em uma interpretação a *contrario sensu*, que as demais matérias, não reservadas à lei, não há impedimento em haver regulamentação por dispositivo infralegal. Conforme ensina Eros Grau, “se há um princípio de reserva de lei – ou seja, se há matérias que só podem ser tratadas pela lei – evidente que as excluídas podem ser tratadas por regulamentos”.⁸² Além disso, a própria lei deslegalizante tem a função de autorizar a disciplina da matéria por regulamentos, e somente naquelas matérias que não contemplem reserva de lei.⁸³

O Supremo Tribunal Federal (STF), no *Habeas Corpus* nº 30.555, Rel. Min. Castro Nunes,⁸⁴ entendeu que o princípio da indelegabilidade (delegação normativa primária) não impede a delegação normativa secundária de certas matérias a órgãos do Executivo no que concerne a fatos e operações de natureza técnica. No Recurso Extraordinário nº 13.357, de Rel. do Min. Ribeiro Costa, o STF entendeu que, apesar de ser vedado ao Parlamento delegar a competência legislativa, é permitido a ele autorizar, via disposição legal, a Administração a “determinar fatos ou um estado de coisas de que dependa, nos termos que ela mesma estatui, a sua execução ou eficiência”.

Ademais, procedendo a análise dessa linha de defesa em conjunto com o disposto no artigo 174 da CF,⁸⁵ entendemos que não há delegação de competência normativa primária na deslegalização, em virtude de essa norma ter conferido ao Estado a característica de agente normativo e regulador, devendo ser exercidas, *na forma da lei*, as funções a esses poderes conferidos.

Nesse diapasão, urge concluir que aquele dispositivo indica, em termos gerais, a faculdade do Poder Executivo atuar como regulador de mercados, distribuindo-se tal competência também pelos entes administrativos descentralizados, posto que o Texto Máximo não impõe exclusividade em prol do chefe da Administração. E também: a lei que cria a agência reguladora deverá determinar o seu campo de atuação normativa, que deverá, logicamente, fazer parte do seu campo de atuação.

Quanto à argumentação de na deslegalização os regulamentos terem poder para revogar leis, entendemos não encontrar sustentação razoável. A revogação da lei

⁸² *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 247.

⁸³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 915.

⁸⁴ Essa decisão ocorreu sob a vigência da Constituição de 1946, mas é perfeitamente aplicável no ordenamento constitucional atual.

⁸⁵ “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

anterior não acontece no momento da expedição do ato normativo da Administração. Há uma “revogação diferida no tempo”, em que a própria lei deslegalizadora revoga a lei anterior, mas utiliza-se do ato normativo da agência para escolher o momento mais adequado para a revogação.⁸⁶ Ou seja, a revogação da lei anterior é operada por outra lei, qual seja a lei deslegalizadora: as agências, dentro de suas atribuições técnicas, escolherão o melhor momento para tal “procedimento”.

Seguindo essa linha de raciocínio, cabe colacionar o julgado do Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Extraordinário, que admite a tese ora defendida:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IPI. ART. 66 DA LEI Nº 7450/85, QUE AUTORIZOU O MINISTRO DA FAZENDA A FIXAR PRAZO DE RECOLHIMENTO DO IPI, E PORTARIA Nº 266/88/MF, PELA QUAL DITO PRAZO FOI FIXADO PELA MENCIONADA AUTORIDADE. ACÓRDÃO QUE TEVE OS REFERIDOS ATOS POR INCONSTITUCIONAIS. Elementos do tributo em apreço que, conquanto não submetido pela Constituição ao princípio da reserva legal, fora legalizado pela Lei nº 4502/64 e assim permaneceu até a edição da Lei. nº 7450/85, que, no art. 66, o *deslegalizou*, permitindo que sua fixação ou alteração se processasse por meio da legislação tributária (CTN, art. 160), expressão que compreende não apenas a lei, mas também os decretos e as normas complementares (CTN, art. 96). Orientação contrariada pelo acórdão recorrido. Recurso conhecido e provido.⁸⁷ (grifo nosso)

Esse mesmo julgado (RExt nº 140.669-1/PE), além da tese da deslegalização, admitiu, ainda que implicitamente, a tese da revogação diferida. Isso porque, apesar de existir o Decreto Lei nº 326/67 fixando prazos específicos para o pagamento de IPI, o STF entendeu que este Decreto foi revogado pela Lei nº 7.450/86, mas que somente se operou após a edição da Portaria Ministerial nº 266/88.

No julgamento do AC nº 1.193 QO-MC/RJ,⁸⁸ o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional o procedimento licitatório no âmbito da Petrobras estabelecido por Decreto presidencial (Decreto nº 2.475/98) após a Lei nº 9.478/97 remeter toda a matéria para esta via. Ou seja, foi admitida, mais uma vez, a possibilidade da deslegalização.

Quanto à argumentação de malferição ao princípio da legalidade, já demonstramos, no item anterior, que quase todos os regulamentos são, em maior ou menos escala, inovadores na ordem jurídica. E que o artigo 5º, inc. II, da CF/88 prevê uma reserva de norma, e não reserva de lei⁸⁹ (ver item anterior).

⁸⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 156.

⁸⁷ STF, RExt nº 140.669-1/PE, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ, 18 maio 2001.

⁸⁸ AC nº 1193 QO-MC/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, 09.05.2006 (AC-1193). *Informativo de Jurisprudência do STF*, n. 426.

⁸⁹ *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 246/247.

Contudo, releva destacar que parte da doutrina ainda tenta refutar a delegificação sustentando-se na decisão do Supremo Tribunal Federal,⁹⁰ na ADI nº 1.668 que decidiu, cautelarmente, dando interpretação conforme a Constituição, por rejeitar a possibilidade de Resolução da ANATEL derrogar, *v.g.*, partes gerais da Lei de Licitações.^{91 92}

Há que se observar que a teoria de deslegalização tem como limite as matérias com reservas de lei. A necessidade de se observar o processo de licitação (art. 37, inciso XXI, da Carta Magna) obedece às condições estabelecidas na Constituição (“nos termos da lei”), ou seja, consiste em matéria de reserva legal (limite à deslegalização); além de compreender competência exclusiva⁹³ de a União legislar sobre normas gerais de licitação (art. 22, XXVII, CF).⁹⁴

Com relação aos limites à técnica da deslegalização, além da reserva de lei específica, Rafael Carvalho⁹⁵ aponta, no ordenamento jurídico brasileiro, algumas outras. São elas: matérias reservadas à lei complementar e matérias que devem ser instituídas em caráter geral. E ainda: a medida provisória deslegalizadora deve respeitar tanto os requisitos de relevância e urgências, quanto o processo constitucional de legitimação da sanção legislativa; não podendo, logicamente, deslegalizar aquelas matérias às quais ela é vedada (art. 62, I, II, III e IV, da CF).

Por fim, destacamos, no esteio dessa situação fática e dentro do regime jurídico da produção de normas abstratas, segundo o qual o procedimento específico a ser adotado pela agência deve ser orientado pela natureza da questão regulada (técnica) e pela peculiaridade da situação, merece referência o princípio da adequação e o princípio da especialidade para justificar a impossibilidade de regulamentação dessas

⁹⁰ Supremo Tribunal Federal, ADI nº 1.668, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, *DJ*, 23 out. 1997.

⁹¹ A ADI nº 1.668 questiona a constitucionalidade de diversos artigos e incisos da L. nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações). Neste caso em específico (possibilidade de resolução da ANATEL derrogar lei geral de licitação), o professor Binenbojm só pode estar se referindo ao art. 54 da citada Lei que estabelece que “a contratação de obras e serviços de engenharia civil está sujeita ao procedimento de licitações previsto na lei geral para administração pública”; já que o art. 210 afirma que “as concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência e as respectivas licitações regem-se exclusivamente por esta Lei, a elas não se aplicando as Leis 8.666, de 21 de junho de 1993; 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; 9.074, de 7 de julho de 1995, e suas alterações”. O Tribunal indeferiu o pedido de suspensão cautelar quanto a este artigo, pois “considerou-se que o dispositivo impugnado não afasta a exigência de licitação, mas apenas estabelece para os serviços de telecomunicações um procedimento licitatório específico, previsto na própria Lei 9.472/97, tendo em conta a natureza destes serviços” (*Informativo 119 STF*). Não se podendo, dessa forma, falar em derrogação quanto a este último artigo.

⁹² BINENBOJM, Gustavo. As Agências Reguladoras Independentes e a Democracia no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, ago.-out, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 14 jan. 2009.

⁹³ Apesar de a norma constitucional conter o vocábulo “privativa”, a doutrina entende que se trata de competência exclusiva.

⁹⁴ No tocante ao AC nº 1.193 QO-MC/RJ (referente ao processo licitatório simplificado no âmbito da Petrobras), não há qualquer contrassenso em relação à ADI nº 1.668. O art. 22, XXVII, da CF, estabelece que as autarquias (regidas pelo regime jurídico de direito público) devem obedecer ao disposto no art. 37, inc. XXI, da CF; enquanto as sociedades de economia mista (pessoas jurídicas de direito privado – caso da Petrobras) ao disposto no art. 173, §1º, III, CF.

⁹⁵ *A constitucionalização do direito administrativo*: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

matérias pelo Legislativo. Quanto ao primeiro, as agências reguladoras devem adotar procedimentos compatíveis com a natureza da matéria regulada.⁹⁶ Todas as questões tratadas pelas agências constituem questões técnicas e necessitam de agilidade; sendo, portanto, incompatível com a morosidade do Legislativo.

No que concerne ao princípio da especialidade, a matéria a ser normatizada pela agência é de caráter técnico-científico. Assim, cabe ao procedimento de criação normativa identificar e apresentar, a partir de uma base científica, as soluções mais adequadas a serem sanadas, visadas ou guiadas.⁹⁷ Temos que considerar, ainda, que no próprio conceito de regulação está inserida a necessidade de descentralização administrativa, principalmente de natureza técnica, caracterizando – como falamos acima – a própria finalidade das agências reguladoras.⁹⁸

4 Conclusão

As agências reguladoras são entes da Administração Pública indireta, com natureza jurídica de autarquia em regime especial, caracterizados por um grau reforçado de autonomia decisória, gerencial, orçamentária e financeira, investidas de poderes normativos e regulatórios, imunes às ingerências político-partidárias. Os seus diretores, escolhidos pelo Chefe do Executivo e sabatinados pelo Legislativo, possuem mandato fixo e não podem ser demitidos *ad nutum*.

Quanto ao poder normativo, entendemos que as normas elaboradas pelas agências têm natureza jurídica de ato administrativo, mais especificamente regulamento executivo (ou regulamento autorizado), decorrente de uma delegação secundária (ou delegação imprópria), a partir do instituto da deslegalização.

The Legal Nature of Rules Made by Independent Regulatory Commission

Abstract: The present work discusses which law nature of the rules made by independent regulatory commission. These authorities are particularly inherent to the Regulatory State, who have the power to

⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 566.

⁹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 565.

⁹⁸ Abordamos essa questão de forma mais detida no item “crise da legalidade”. Em resumo, podemos entender conforme Paulo Todescan de Lessa Mattos, o qual ensina que as justificativas para o aumento das normas regulamentares são: a) o conhecimento de detalhes sobre fenômenos sociais ou do próprio sistema regulado; b) a eficiência para debater e normatizar à luz dos acontecimentos dinâmicos da sociedade (lapso temporal); c) um sistema jurídico moderno não pode se resumir a um sistema estático dependente de normas primárias elaboradas por um poder legislativo soberano, exigindo, portanto, a delegação de poder normativo – o que irá gerar o problema da legitimidade. Nesses três casos, “a complexidade de matérias e situações a serem reguladas decorrentes do fenômeno do moderno Estado regulador impõe a especialização e a ampliação do número de órgãos dotados de poder normativo” (Autonomia Decisória, discricionariedade administrativa e legitimidade da função reguladora do Estado no debate jurídico brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 1).

make rules of law regime. Therefore, it is necessary to discuss what law nature of these rules and the law regime to be followed. Thus, we start the explanation of state functions and its evolution, from its design to the present day, in which social and economic evolution demanded an overhaul, although many still remain “stuck” to the nineteenth-century. At the end, we conclude that the rules developed by the independent regulatory commission have law nature of administrative act, specifically Regulation Executive (or authorized regulation), resulting from a secondary delegation, from the Institute of delegalization.

Key words: Independent regulatory commission. Rulemaking power. Rule of law. Law nature. Deslegalization.

Referências

- ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Buenos Aires: Bosch, 1970. t. I.
- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Teoria do ato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Validade e Invalidade ao Ato Administrativo*. Belo Horizonte, ano 2, n. 5, jan. 2000. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=51658>>. Acesso em: 5 mar. 2010.
- ANDRADE, Letícia de Queiroz de. Poder Normativo das Agências Reguladoras (legitimação, extensão e controle). *Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 15, ago./out. 2008. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/redae.asp>.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação dos Poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista de Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abr.-maio 2002. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 09 fev. 2009.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Poder Normativo das Agências Independentes e o Estado Democrático de Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Poder Normativo das Agências Independentes e o Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 148, out./dez. 2000. Disponível em: <www.senado.org.br/web/cegraf>. Acesso em: 1ª fev. 2009.
- BINENBOJM, Gustavo. As Agências Reguladoras Independentes e a Democracia no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, ago./out. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 14 jan. 2009.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria de Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1999.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. As Agências Reguladoras e o Poder Normativo. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, fev./abr. 2007. Disponível em: <[HTTP://www.direitodoestado.com.br/redae.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp)>. Acesso em: 12 abr. 2009.
- CASTRO, José Nilo de. *Princípio constitucional da legalidade*. Belo Horizonte, n. 24, ano 8, abr. 2007. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=41044>>. Acesso em: 15 mar. 2010.
- CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A atividade legislativa do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 6, maio/jul. 2006. Disponível em: <[Http://www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em: 07 jan. 2013.
- GUERRA, Glauco Martins. Agências reguladoras no Brasil: princípio da legalidade e regulação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: Temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Autonomia Decisória, discricionariedade administrativa e legitimidade da função reguladora do Estado no debate jurídico brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Autonomia decisória, discricionariedade administrativa e legitimidade da função reguladora do estado no debate jurídico brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 169-195, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=33298>>. Acesso em: 3 mar. 2012.
- MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado Regulador brasileiro: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo (Introdução)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. I.
- MELO, Luis Carlos Figueira; OLIVEIRA, Jeová Marques de. A consolidação de um processo administrativo constitucional. *Biblioteca Digital Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 104, out. 2009. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=63050>>. Acesso em: 27 jan. 2013.
- MENDONÇA, Fabiano. *Agências Reguladoras: a Regulação Econômica na Atual Ordem Constitucional*, Natal, 2007 (em formação).
- MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução Editora Bertrand Brasil. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1997.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Administrativo Regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos Serviços Públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005. Disponível em: <[HTTP://www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 7, out. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 fev. 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A Constitucionalização do Direito Administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

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

DUARTE JR., Ricardo. A natureza jurídica dos atos normativos elaborados pelas agências reguladoras. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 61, p. 181-207, jul./set. 2015.

Recebido em: 23.07.2014

Aprovado em: 12.12.2014