



# REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

---

Seção: Artigos Científicos

## O poder normativo das agências reguladoras e a constitucionalidade dos princípios inteligíveis

*Normative power of regulatory agencies and the constitutionality of the intelligible principles*

Alexandre Foch Arigony

**Resumo:** As agências reguladoras exercem poder normativo com base em leis que, de forma ampla e abstrata, preveem o que a doutrina convencionou chamar de *princípios inteligíveis*. Os *princípios inteligíveis* somente estabelecem parâmetros e objetivos a serem alcançados pela agência reguladora. O legislador apenas fixa balizas à agência reguladora, ainda que largas, pautadas por *standards*. Há uma certa tensão dos *princípios inteligíveis* com a acepção clássica do princípio da legalidade. Assim, alguns autores administrativistas sustentam a inconstitucionalidade desta técnica legislativa e defendem uma visão maximalista da lei: as entidades administrativas devem apenas *executar* a lei. O trabalho demonstra que a utilização dos *princípios inteligíveis* é constitucional e consentânea com a realidade atual, havendo outros mecanismos de controle da Administração Pública. Analisa, ainda, o atual entendimento acerca do princípio da legalidade. Em seguida, examina a constitucionalidade do desenho institucional brasileiro de criação de agências reguladoras com amplos poderes normativos para editar atos infralegais a partir de *princípios inteligíveis* constantes da lei de sua criação. Por fim, aborda um caso concreto julgado pelo STF envolvendo os limites de competência de agência reguladora.

**Palavras-chave:** Regulação; Agências reguladoras; Poder normativo; Princípio da legalidade; Princípios inteligíveis.

**Abstract:** Regulatory agencies exercise normative power on the basis of legal norms that, in a broad and abstract way, provide for what the doctrine has agreed to call *intelligible principles*. The *intelligible principles* only establish parameters and objectives to be achieved by the regulatory agency. The legislator only fixes beacons to the regulatory agency, although broad, sometimes based only on standards. There is a certain tension of *intelligible principles* with the classical meaning of the principle of legality. Thus, some administrative authors consider this legislative technique unconstitutional. They advocate a maximalist view of the law: administrative entities should only *enforce* the law. This article demonstrates that the use of *intelligible principles* is constitutional and in line with current reality, and that there are other control mechanisms of the Public Administration. This article analyzes the current understanding of the principle of legality. Next, it examines the constitutionality of the Brazilian institutional design of creation of regulatory agencies with broad normative powers to edit inferior normative acts from *intelligible principles* contained in the law of its creation. Finally, it addresses a concrete case judged by the Supreme Court, involving the limits of regulatory agency competence.

**Keywords:** Regulation; Regulatory agencies; Normative power; Principle of legality; Intelligible principles.

**Disponível no URL:** [www.revistas.usp.br/rdda](http://www.revistas.usp.br/rdda)

**DOI:** <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v6i1p202-224>

**Artigo submetido em:** fevereiro de 2018 / **Aprovado em:** janeiro de 2019.

## O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E A CONSTITUCIONALIDADE DOS PRINCÍPIOS INTELIGÍVEIS

Alexandre Foch ARIGONY\*

*Sumário: 1 Introdução; 2 Princípio da Legalidade; 2.1 A concepção clássica do princípio da legalidade; 2.2 A crise da legalidade formal; 2.3 A releitura do princípio da legalidade; 3 Poder Normativo das Agências Reguladoras; 3.1 As principais características das agências reguladoras; 3.2 O poder normativo das agências reguladoras e as reservas de lei; 3.3 O poder normativo das agências reguladoras e os princípios inteligíveis; 3.4 A divisão entre a instituição de política pública e a competência regulatória; 4 Conclusão; 5 Referências bibliográficas.*

### 1 Introdução

Em 8 de novembro de 2017, o Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.923, ajuizada em face da Lei nº 12.485/2011 (Novo Marco Regulatório da Televisão por Assinatura)<sup>1</sup>, com acórdão publicado dia 5 de abril de 2018, apenas para declarar a inconstitucionalidade material do artigo 25 da referida Lei<sup>2</sup>, mantendo os demais dispositivos legais incólumes.

A Lei nº 12.485/2011 prevê uma série de institutos típicos do Direito Administrativo Econômico e Regulatório<sup>3</sup>. Todos foram considerados constitucionais pelo STF. O presente artigo foca o poder normativo das agências reguladoras e a admissão dos princípios inteligíveis (intelligible principles).

O precedente tratou da ANCINE<sup>4</sup>, autarquia especial, denominada pela doutrina de agência reguladora (ARAGÃO, 2013, p. 333-340; BINENBOJM, 2014, p. 269-280), vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, com

---

\* *Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Procurador do Município de Niterói.*

1 A ADI no 4.923 foi julgada conjuntamente com as ADIs nos 4.679, 4.747 e 4.756.

2 O artigo previa a proibição da oferta de canais que veiculem publicidade comercial direcionada o público brasileiro contratada no exterior por agência de publicidade estrangeira.

3 Os referidos institutos legais são: (i) a vedação do abuso do poder econômico (arts. 5º e 6º); (ii) a nova feição do princípio da legalidade pela admissão dos princípios inteligíveis (intelligible principles) (art. 3º); (iii) a validade da exigência de prévio credenciamento (consentimento) para exploração de determinada atividade (art. 12); (iv) os deveres instrumentais indispensáveis ao exercício da ordenação administrativa (arts. 16, 17, 18, 19, 20, 23); (v) a outorga de autorização administrativa sem necessidade de prévia licitação (art. 29); (vi) a sanção administrativa consistente em cancelamento do registro de agente econômico perante a ANCINE em razão de descumprimento das obrigações criadas pela lei (art. 36).

4 A Agência Nacional do Cinema (ANCINE) foi criada pelo art. 5º da Medida Provisória no 2.228-1, de 6 de setembro de 2001. Os princípios inteligíveis constam do seu art. 6º, que continua em vigor, e do art. 3º da Lei no 12.485/2011.

objetivo de fomento, regulação e fiscalização da indústria cinematográfica e videofonográfica. A *ratio decidendi* do julgado é válida e extensível para as demais agências reguladoras, uma vez que o regime jurídico delas é muito assemelhado e diversos institutos legais previstos também constam das demais leis que criam agências reguladoras.

Na esteira de outros precedentes recentes da própria Corte<sup>5</sup>, a decisão reforça o relevante papel das agências reguladoras no Estado brasileiro. Essas entidades surgiram no Brasil a partir da década de 1990 (GUERRA, 2017, p. 24-27), sendo atualmente parte da realidade em diversos setores da economia. As agências reguladoras, com seu dinamismo, independência e especialização técnica, são um instrumento de intercomunicação do sistema jurídico com o subsistema econômico. Assim, são reflexo da sociedade atual, não se podendo limitar a forma de atuação do Estado e a sua organização às concepções do século XVIII e XIX. A sociedade e o direito evoluíram: a possibilidade de edição de atos normativos com fundamento em parâmetros amplos é uma necessidade inevitável do nosso tempo.

O poder normativo das agências reguladoras é oriundo da própria lei de criação da agência ou de lei posterior que altere o regime jurídico. Somente pelo exercício de seu poder normativo, com base em dispositivos legais que dão ampla margem para a edição de atos normativos, essa função é exercida adequadamente. Em tais leis, o poder normativo é oriundo de normas legais que, de forma ampla e abstrata, preveem o que a doutrina convencionou chamar de princípios inteligíveis. Isto é, a competência normativa das agências reguladoras decorre desses standards impostos pelas leis que abrem espaços à atividade normativa da agência. O legislador apenas fixa balizas à agência reguladora, ainda que largas, pautadas por vezes somente em princípios ou objetivos. Conforme destacado pelo relator, “a técnica legislativa empregada no diploma em exame é exatamente aquela típica do Estado regulador contemporâneo”<sup>6</sup>.

Essa técnica legislativa é amplamente utilizada pelo legislador desde a década de 1990, sem a qual a configuração do Estado brasileiro seria completamente abala-

---

5 No julgamento da ADI no 5.501, o STF reconheceu um âmbito de reserva de regulação em favor da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) ao declarar a inconstitucionalidade de lei que autorizava a comercialização e o uso de fosfoetanolamina sintética, contrária a ato normativo expedido pela agência. Sobre o tema, confira-se: FONSECA, Francisco José Defanti. Reserva de regulação da administração pública, in GUERRA, Sérgio (org.). Teoria do Estado Regulador. Curitiba: Juruá, 2016. v. II. p. 131-162; BLATTER, Stephanie. O reconhecimento da reserva do regulador no ordenamento jurídico brasileiro a partir do julgamento do caso da fosfoetanolamina sintética pelo STF, in GUERRA, Sérgio (org.). Teoria do Estado Regulador. Curitiba: Juruá, 2016. v. II. p. 265-284; FRAGA, Júlia Massadas Romeiro. Controle e revisão parlamentar de escolhas regulatórias: deve o Congresso se sobrepor às agências?, in GUERRA, Sérgio (org.). Teoria do Estado Regulador. Curitiba: Juruá, 2017. v. III. p. 339-365.

6 STF, ADI no 4.923. Voto do Relator Ministro Luiz Fux. p. 41-42.

7 Exemplificativamente, segundo o art. 3º, VIII da Lei no 9.427/1996, compete à ANEEL “estabelecer, com vistas a propiciar a concorrência efetiva, entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições” aos negócios dos agentes envolvidos.

da. Porém, há uma certa tensão dos princípios inteligíveis com o princípio da legalidade – ao menos na sua acepção clássica. Nesse sentido, há vozes na doutrina (MELLO, 2011)<sup>8</sup> que sustentam a inconstitucionalidade desta técnica legislativa, defendendo uma visão maximalista da lei.

Já no âmbito da jurisprudência, não há decisão em sede de controle abstrato que tenha declarado a inconstitucionalidade da delegação de poderes normativos para agência reguladora através dos princípios inteligíveis (CHEMERINSKY, 2011, p. 335)<sup>9</sup>. Segundo destacado pelo STF, a Constituição não prevê um modelo único de Estado<sup>10</sup>: cabe ao legislador escolher o desenho institucional dos órgãos públicos e das entidades administrativas.

Em verdade, o STF já admite o poder normativo de agência reguladora há mais de duas décadas<sup>11</sup>, mas somente na ADI no 4.923 a Corte reconheceu e analisou detidamente, pela primeira vez em sua jurisprudência, o fundamento legal do poder normativo: a autorização pelos princípios inteligíveis. Esse é o tema central do presente artigo.

O presente artigo explora o entendimento acerca do princípio da legalidade para, em seguida, analisar a constitucionalidade do desenho institucional brasileiro de criação de agências reguladoras com amplos poderes normativos para editar atos infralegais a partir de *princípios inteligíveis* constantes da lei de sua criação e, por fim, aborda um caso concreto julgado pelo STF envolvendo os limites da competência da agência.

## 2 Princípio de legalidade

A compreensão do princípio da legalidade não é estática e varia no tempo conforme os fatos subjacentes e a interpretação de outros princípios correlatos, que tam-

---

<sup>8</sup> No âmbito do direito norte-americano, confira-se: LAWSON, Gary S. The Rise and Rise of the Administrative State. Harvard Law Review, v. 107, n. 6, 1994. p. 1237-1241. Criticando o originalismo norte-americano, v. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 415.

<sup>9</sup> No direito norte-americano, a Suprema Corte dos EUA não declara a inconstitucionalidade de poderes normativos das agências desde 1937, ano em que os autores norte-americanos tratam como revolução.

<sup>10</sup> STF, ADI no 4.923. Trecho do voto do Relator Ministro Luiz Fux. p. 7-8: “Definitivamente não há um modelo de Estado único imposto pela Constituição. É o que exige a democracia enquanto projeto coletivo de autogoverno. De outro lado, não se pode perder de mira que intervenções judiciais incisivas – ainda que inegavelmente bem intencionadas – sobre marcos regulatórios específicos, de setores técnicos e especializados, podem ter repercussões sistêmicas deletérias para valores constitucionais em jogo; repercussões essas imprevisíveis no interior do processo judicial, marcado por nítidas limitações de tempo e de informação.”

<sup>11</sup> STF, ADI no 1.668-MC. No julgado, a Corte, de forma cautelar, após o relator reajustar o seu voto, conferiu “interpretação conforme a Constituição” para admitir o poder normativo da ANATEL, enquanto que na ADI no 4.923 o Supremo julgou, no mérito, improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade do poder normativo. No âmbito de antecipação de tutela na Ação Cível Originária (ACO) no 2.865, o Ministro Relator Luiz Fux, de maneira monocrática, também aceitou o poder normativo da Agência Nacional do Petróleo (ANP).

bém se modificaram nas diferentes sociedades e ao longo do tempo, como o princípio da separação de poderes (ACKERMAN, 2012; CAROLAN, 2009; ARAGÃO, 2001, p. 111). Assim, embora o foco do presente artigo não seja realizar uma digressão histórica sobre o princípio da legalidade<sup>12</sup>, antes de adentrar no tema central do artigo, convém analisar brevemente aspectos fundamentais sobre a evolução do princípio da legalidade pela sua estreita ligação com o âmbito do poder normativo das agências reguladoras.

### *2.1. A concepção clássica do princípio da legalidade*

O princípio da legalidade é a própria expressão administrativa do Estado de Direito, inserindo-se na criação jurídico-política do Estado (GUERRA, 2011). Na sua concepção originária, vincula-se à separação de poderes e às ideias que historicamente significaram oposição às práticas do absolutismo (MOREIRA NETO, 2014, p. 85-86; MEDAUAR, 2003, p. 144). Essas ideias estavam presentes no pensamento iluminista, que entendia haver necessidade de constituição de garantias aos cidadãos em contraposição ao antigo regime vigente (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1998, p. 21-25; SCHIRATO, 2011). Dessa forma, o princípio da legalidade foi erigido como instrumento indispensável aos indivíduos para protegerem as suas esferas de direitos individuais de qualquer exorbitância do poder estatal<sup>13</sup>.

Esse princípio traduzia-se para a Administração Pública em submissão à lei. No âmbito de suas atuações exprimia a relação entre lei e ato administrativo, com a supremacia da primeira. Contra o arbítrio da vontade pessoal do monarca, impunha-se a segurança da disposição impessoal e abstrata da lei. Daí o sentido de garantia, certeza jurídica e limitação do poder contido na concepção do princípio da legalidade (MEDAUAR, 2003, p. 144).

Baseado na rígida separação de poderes, as funções estatais encontravam-se claramente divididas entre a criação (a função legislativa) e a aplicação do Direito (as funções executiva e jurisdicional). Com essa organização, a Administração Pública estava neutralizada politicamente e restava apenas a aplicação do direito legislado (BAPTISTA, 2003, p. 95-97).

Nessa época, as funções estatais eram consideravelmente menores do que as atuais. A atividade administrativa deveria estar vinculada totalmente à lei, sem qualquer espaço criativo. Era a ideia de vinculação positiva da Administração à lei: a Administração Pública somente podia fazer aquilo que constava expressamente na

---

12 Para uma análise detalhada da evolução da escolha administrativa e do princípio da legalidade, v. GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. cap. 1. p. 47-153.

13 Para uma evolução histórica do direito administrativo como uma sucessão de impulsos contraditórios, concluindo que há uma ilusão garantística na gênese do direito administrativo, v. BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações políticas-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 37-52.

norma (GUERRA, 2017, p. 53). Toda medida jurídica seria mera *subsunção* ou *execução* de normas jurídicas já estabelecidas previamente, de maneira abstrata e exaustiva.

Nesse período foi impingido um valor sacramental à lei do parlamento, fundada na noção de vontade nacional ou popular e nas ideias racionalistas (ARAGÃO, 2001, p. 114). MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (1997) resume a ideia: “*o pano de fundo deste pensamento é sempre a ideia de que a lei há de ser a expressão da Justiça, há de ter um conteúdo de Justiça*”.

A partir dessas ideias, ainda hoje parcela da doutrina repete que a atividade administrativa é subordinada à vontade da lei positivamente imposta no Estado de Direito. A atividade administrativa seria exaustivamente sujeita à atividade legislativa, uma vez que é da atribuição da Administração Pública exclusivamente concretizar e individualizar as normas legais, caracterizadas pela abstração e generalidade, mediante a expedição de regulamentos de execução e de organização. Não haveria qualquer espaço para a edição de regulamentos delegados ou autônomos, com inovações no ordenamento jurídico. Nas palavras de MEIRELLES:

Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’, para o administrador significa ‘deve fazer assim’ (1991. p. 78).

Nessa mesma linha, Celso Antônio Bandeira de Mello caracteriza a outorga legal de competências normativas à Administração Pública como um “*procedimento abusivo, inconstitucional e escandaloso*”, um descaso de “*nossos legisladores (...) na manutenção das prerrogativas do Poder em que se encontram*” (MELLO, 2011, p. 359). Portanto, de acordo com essa tese, cabe à Administração Pública executar o que já foi previamente estipulado em lei, sem nenhuma margem de atuação criativa. Essas duas opiniões retratam uma corrente doutrinária relevante no Brasil e compartilhada por vários outros administrativistas brasileiros (DI PIETRO, 2017, p. 95-96; FIGUEIREDO, 1995, p. 60).

Como se percebe, essa tese adota um entendimento maximalista da lei, defendendo que a lei deve prever todas as situações possíveis, sem deixar qualquer margem de atuação para os entes do Poder Executivo. Estes devem apenas *executar* a lei. A vinculação plena e absoluta à lei formal seria o único meio de se garantir a submissão da Administração Pública ao Direito. Esta não poderia ter o mínimo espaço para deliberações. Como visto acima, essa corrente defende que todo e qualquer modelo que conceda competências normativas à Administração Pública, ainda que fundada na lei, seria irremediavelmente inconstitucional.

## 2.2. A crise da legalidade formal

A compreensão do princípio da legalidade com o conteúdo da vinculação positiva à lei, embora fosse adequada à concepção do Estado Liberal<sup>14</sup>, passou a enfrentar sérias dificuldades de adequação com o aumento da complexidade do Estado (BAPTISTA, 2003, p. 98). A noção de vinculação da Administração Pública estritamente à lei não é a concepção mais apropriada para o cumprimento da exigência da legalidade, uma vez que impossibilita uma atuação da Administração consentânea com as relações sociais subjacentes que devem ser garantidas e protegidas pelo Estado.

A partir do século XX houve transformações econômicas e sociais que alteraram profundamente a sociedade e o Estado. Conforme destaca Sérgio Guerra, “[a] realidade dos sistemas político, social e econômico, com o passar dos tempos, se mostrou muito mais complexa do que supunha o ideário da ilustração” (GUERRA, 2017, p.61).

Diante dessas transformações, a visão da lei com caráter quase sacramental vem sendo abandonada. A doutrina apresenta cinco razões básicas da crise da lei em geral e da legalidade administrativa em particular. A *primeira*, de ordem fática, consiste na proliferação ou inflação legislativa. O excesso de leis banalizou a lei, esvaziando-se o sentimento de respeito que se lhe nutriu durante o período iluminista. Esse fato acarreta na impossibilidade de conhecimento pleno da legislação. A *segunda* razão que contribuiu para a perda de importância da lei foi a constatação histórica de que esta pode, além de veicular injustiças, ser o próprio fundamento da barbárie. Com efeito, constata-se que a lei é insuficiente para trazer justiça e liberdade. Em *terceiro* lugar, a lei deixou de ser a principal forma de manifestação da vontade geral. As constituições ao redor do mundo ganham destaque como norma jurídica superior. A lei perde o seu protagonismo. A Constituição tem superioridade formal e axiológica. Além disso, a Constituição funciona, por vezes, como critério imediato da tomada de decisões administrativas. Uma *quarta* razão é a criação de atos normativos infraconstitucionais capazes de servirem de fundamento à atuação administrativa. Há novas esferas de normatização dotadas de maior celeridade. Esse fator é fundamental no âmbito da atuação regulatória do Estado. Por fim, a *quinta* razão é o controle, por parte do Poder Executivo, do processo legislativo, através de reservas de iniciativa legislativa de matérias relevantes, possibili-

---

14 Parte da doutrina assevera que a vinculação positiva à lei, na qual a Administração Pública seria meramente executora da lei, não ocorreu na realidade dos fatos em nenhum momento histórico, v. MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 126: “[D]ificilmente se sustentaria, na atualidade, a característica de mera executora da lei e alheia às decisões que deve aplicar; aliás, na prática jamais a Administração limitou-se a isso”. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 94: “Ocorre que a referida concepção de legalidade nunca correspondeu à realidade, sob pena de considerar que toda atuação administrativa foi, até o momento, mecânica e sem qualquer cunho criativo, limitando-se a executar aquilo que já estaria exaustivamente previsto na lei”.

dade de trancamento de pauta do Poder Legislativo e pela formação de sólidas bases parlamentares, capazes de aprovar projetos de interesse do governo (BINENBOJM, 2014, p. 131-142; BAPTISTA, 2003, p. 148-153).

No cenário de perda de credibilidade da lei formal (CABRAL DE MONCADA, 2002, p. 148-153), no qual o Poder Legislativo já não tem condições de dar respostas satisfatória (CYRINO, 2018, p. 57), há outro fator relevante que agrava a crise da lei: a ampliação das atribuições normativas da Administração Pública. Com o passar do tempo, as obrigações constitucionais do Estado aumentaram e passaram por reformulações (SCHIRATO, 2011, p. 508).

O aumento progressivo da complexidade social e a substancial diversificação do papel do Estado contemporâneo tornaram as leis formais insuficientes e inadequadas para o atendimento das necessidades normativas da Administração Pública contemporânea (BAPTISTA, 2012, p. 101; SUNDFELD, 2012, p. 178-179). Diante das velocidades das mudanças sociais, a efetividade da lei formal é profundamente questionada, na medida em que ela não é instrumento capaz de atender às demandas sociais. O processo legislativo tradicional é essencialmente político, demasiadamente lento e generalista, sendo inapto a acompanhar a dinâmica social, especialmente no âmbito da regulação econômica. O legislador não tem condições de prever todas as possibilidades que serão apresentadas no mundo real. Consolidou-se a noção da incompletude intrínseca das leis, impotentes e incapazes que são para estabelecer, *a priori* e de maneira exaustiva, todos os atos que o administrador deve praticar para atender ao interesse público (GUERRA, 2017, p. 162).

Notadamente em relação a assuntos técnicos e específicos, com uma infinidade de variáveis, falta ao legislador a *expertise* necessária para legislar. No campo da regulação, o mundo de hoje demanda especialização e agilidade na edição dos atos normativos: as questões técnicas devem ser de responsabilidade de entidades administrativas próprias, com agentes públicos qualificados na matéria e procedimentos para edição de atos normativos ágeis (RAGAZZO, 2011; MOREIRA NETO, 2006, p. 397; CYRINO, 2018, p. 244-248). Nesse sentido, CABRAL DE MONCADA (2002, p. 143):

[N]ão podia exigir do parlamento resposta para todos os problemas que apresentava uma sociedade cada vez mais complexa e em permanente estado de conflito. As soluções requeriam conhecimentos altamente especializados a que dificilmente o parlamento teria acesso e para além disso não se compadeciam com a morosidade do trabalho parlamentar. Só uma burocracia especialmente capacitada estaria à altura de fornecer soluções capazes, de acordo com parâmetros de produtividade e eficiência.

A solução encontrada pelo legislador foi a criação de agências reguladoras, entidades administrativas descentralizadas, aparelhadas para conduzir as políticas públi-



cas de determinado setor (MATTOS, 2017, p. 137; FURTADO, 2013, p. 150-151). Essas entidades editam regulamentos baseados no seu poder normativo advindo dos *princípios inteligíveis* legalmente previstos.

### 2.3. A releitura do princípio da legalidade

Como visto, a visão tradicional do princípio da legalidade de que a Administração Pública é mera *executora* da lei não corresponde à realidade atual. Com o incremento quantitativo e qualitativo das atividades estatais, torna-se cada vez mais difícil a previsão de um fundamento legal específico para cada forma de atuação estatal, o que impossibilitou a manutenção do entendimento da vinculação estrita à lei (MOREIRA, 2013)<sup>15</sup>.

Por outro lado, a vinculação negativa à lei da Administração Pública, erigindo-se a noção de discricionariedade como o poder de agir da Administração nos espaços livres de regulamentação legal, abriria um leque muito grande de opções ao administrador público inafiançado a qualquer controle. Com efeito, atualmente a doutrina fala em vinculação da Administração Pública ao Direito como um todo, em diferentes graus e distintos tipos de normas (BINENBOJM, 2014). É o denominado princípio da juridicidade.

A atividade da Administração Pública continua vinculada ao Direito. Se é certo que não deve haver uma vinculação exaustiva na lei, como previsão de todas as hipóteses de atuação estatal, salvo no caso de reserva constitucional de lei, também não pode deixar de haver parâmetros de controle da atuação administrativa. Não sendo possível a inteira programação legal da Administração Pública contemporânea, é forçoso, contudo, mantê-la totalmente subordinada aos princípios e regras do ordenamento jurídico.

Dessa forma, a atividade administrativa continua a depender de uma autorização constitucional ou legal. Essa autorização, entretanto, nem sempre precisa entrar nas minúcias do conteúdo do ato administrativo, como já se pretendeu. Basta que a lei contenha uma habilitação com parâmetros para que determinada autoridade administrativa exerça o poder normativo.

---

15 “A partir da análise destes julgados, constata-se a construção de um conceito amplo de legalidade pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que não se limita à concepção clássica originariamente adotada, nem à dita legalidade estrita. Por diversas razões, em especial a dinâmica da sociedade e a necessidade de adoção de medidas ágeis e tecnicamente especializadas, reconhece-se a constitucionalidade — à luz do princípio da legalidade — de se atribuir competência normativa a órgãos do Poder Executivo (dentre eles às agências reguladoras), sobretudo em vista da ineficácia da lei para os fins propostos em relação ao desempenho de certas funções pelo Estado. Destaque-se ainda, a relevância que o princípio da eficiência assume nesta conjuntura. Este novo sentido amplo atribuído ao princípio da legalidade pelo Supremo Tribunal Federal (que, conforme demonstrado, já vem sendo abordado pela doutrina), configura sério indício de verdadeira mutação constitucional em face da concepção clássica propagada, e aplica-se com perfeição à questão do poder normativo conferido às agências reguladoras.”

O alargamento da noção de legalidade tem por fundamento a impossibilidade de previsão legal de todas as condutas possíveis da Administração Pública e a necessidade de ampliação do escopo do controle da atividade. Como consequência do princípio da juridicidade, ocorre a expansão das normas às quais a Administração Pública encontra-se vinculada, com autorização mais amplas e abertas para a atuação da Administração Pública (SCHIRATO, 2011). Em outras palavras, a juridicidade é uma via de mão dupla: serve tanto para restringir a ação da Administração Pública, como para permitir a sua atuação, mesmo diante da ausência de autorização específica (ARAGÃO, 2004, p. 63).

### 3 Poder Normativo das Agências Reguladoras

Feito o exame do princípio da legalidade de maneira geral, cumpre investigar como o poder normativo das agências reguladoras é operacionalizado pelas leis que criam tais entidades. É necessário examinar sucintamente as principais características das agências reguladoras, uma vez que elas têm uma forte correlação entre si e ajudam a explicar o poder normativo dessas entidades. Os atributos abaixo descritos foram previstos a fim de conceder instrumentos jurídicos para que a agência reguladora possa regular o setor com neutralidade e insulamento político<sup>16</sup>.

#### 3.1. As principais características das agências reguladoras

As agências reguladoras são constituídas sob a forma de autarquia e, consequentemente, têm personalidade jurídica de direito público, sujeitas ao artigo 37, XIX da Constituição Federal<sup>17</sup>. A sua criação somente pode ocorrer por lei específica. São denominadas de *autarquias especiais* em razão de prerrogativas e características específicas.

A instituição de um regime especial visa a preservar as agências reguladoras de ingerências políticas. Com efeito, procurou-se conferir um determinado espaço de discricionariedade com prevalência de juízos técnicos em detrimento de valorações sujeitas à política partidária (BARROSO, 2003). Tais entidades receberam *autonomia político-administrativa* e *autonomia econômico-financeira*.

Para fins do presente trabalho, interessa-nos examinar o primeiro aspecto. Assim, em relação à *autonomia político-administrativa*, as leis instituidoras de agências reguladoras preveem a estabilidade reforçada dos dirigentes e a impossibilidade

---

16 O Tribunal de Contas da União (TCU) chegou à conclusão que, na prática, “não há os sustentáculos mínimos para os Diretores/Conselheiros das agências tomarem decisões estritamente técnicas, transparentes e livre de ingerências” (Acórdão no 240/2015).

17 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998): [...] XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.”

de interposição de recurso hierárquico impróprio em face das decisões da agência reguladora para o respectivo Ministério ou Secretaria. Ambos os aspectos geraram grande controvérsia jurisprudencial, cabendo explicar brevemente a discussão e o estado atual da jurisprudência do STF.

Quanto à impossibilidade de exoneração de seus dirigentes *ad nuttum*, estabeleceu-se a sua nomeação para um mandato fixo, não coincidente com o mandato do Chefe do Poder Executivo. Esse primeiro aspecto foi objeto de grande controvérsia – como ainda é hoje o poder normativo. Em razão da novidade à época, inicialmente o STF já considerou inconstitucional esse reforço de autonomia, argumentando violação ao poder de direção do Presidente de República sobre toda a Administração Pública<sup>18</sup>. Contudo, esse entendimento foi revertido em sede de medida cautelar no âmbito da ADI nº 1.949, a partir das considerações do voto vencido proferido pelo Ministro Victor Nunes Leal. Em 2014, esse novo entendimento foi confirmado no julgamento do mérito da referida ação direta.

O segundo aspecto da autonomia político-administrativa, isto é, a impossibilidade de interposição de recurso hierárquico impróprio em face das decisões da agência reguladora para o respectivo Ministério ou Secretaria, também gerou controvérsia doutrinária<sup>19</sup>. Porém, não há decisão do STF que invalide tal previsão nas leis que criaram as agências reguladoras. Essa característica está intrinsecamente atrelada à competência normativa das agências. Isso porque, tal função restaria seriamente comprometida se fosse possível um órgão administrativo externo à agência reguladora rever as suas decisões e atos normativos.

As leis que instituíram as agências reguladoras concederam-lhes funções normativas com largo espectro, sendo este aspecto um dos mais polêmicos. A questão central reside na possibilidade de a lei abrir espaço amplo aos agentes administrativos para que editem atos normativos, a partir de parâmetros legais abrangentes, transferindo competência para disciplinar determinadas questões técnicas a entidades administrativas. O problema pode ser reconduzido ao nível de detalhamento exigido pelo princípio da legalidade, previsto nos artigos 5º, II e 174, ambos da Constituição Federal, que dispõem: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e “[c]omo 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”.

---

18 Esse entendimento resultou na edição da Súmula no 25 do STF, que dispõe: “A nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo dirigente de autarquia”.

19 Para análise da controvérsia e de seus argumentos, v. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 219-222.

### 3.2. O poder normativo das agências reguladoras e as reservas de lei

No capítulo anterior já foi examinada a reconfiguração do princípio da legalidade no Estado contemporâneo. Neste momento compete analisar em específico a correlação entre o poder normativo das agências reguladoras e as reservas de lei.

O princípio da legalidade pode se manifestar através de duas formas básicas: (i) como princípio da preferência de lei; ou (ii) como princípio da reserva de lei.

O princípio da preferência de lei significa a impossibilidade de o administrador contrariar o disposto em lei. Os atos que violarem a previsão legal serão considerados ilegais e inválidos. Dessa forma, seja por violação a um requisito legal claro e específico ou a um dispositivo legal que prevê um objetivo a ser atingido pela agência reguladora, os atos normativos infralegais devem estar em consonância com a lei.

Registre-se que a preferência de lei, de forma alguma, impede a existência da reserva de administração e da reserva de regulação. Há algumas matérias sujeitas constitucionalmente à reserva de administração<sup>20</sup> e há casos sujeitos a uma subespécie de reserva de administração, que vem sendo denominada de reserva de regulação (GUERRA, 2017, p. 138).

A reserva de regulação envolve a existência de certos espaços de competência decisória exclusiva da entidade reguladora<sup>21</sup>. Isso foi decidido pelo STF na ADI no 5.501. O Ministro Luís Roberto Barroso consignou que “[e]sse domínio legítimo de atuação administrativa da Anvisa, balizado pela lei, deve ser respeitado pelas diferentes instâncias de controle, inclusive pelo Poder Legislativo”. Nesse sentido, embora caiba ao Poder Legislativo editar lei criando a agência reguladora e prevendo as suas competências normativas, uma vez concluído isso, não cabe ao referido órgão, de forma pontual e específica, alterar a normatização feita pela agência reguladora. Houve uma mutação constitucional do princípio de preferência de lei em favor de atos normativos editados pela entidade administrativa – no caso, a agência reguladora – com maior capacidade institucional para regular a matéria.

Já o princípio de reserva de lei determina que certas matérias só poderão ser tratadas por lei, em sentido formal ou material, de acordo com os termos da Constituição Federal. Em sentido formal significa que somente a lei editada pelo Poder

---

20 Para aprofundamento das matérias sujeitas à reserva de administração, confira-se: CYRINO, André Rodrigues. O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC 32/2001. Belo Horizonte: Fórum, 2005. Recentemente, o autor reafirmou a sua posição e rebateu críticas anteriores: CYRINO, André Rodrigues. Delegações legislativas, regulamentos e administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 120-139.

21 Para aprofundamento do tema, v. FONSECA, Francisco José Defanti. Reserva de regulação da Administração Pública, in GUERRA, Sérgio (org.). Teoria do Estado Regulador. Curitiba: Juruá, 2016. v. II. p. 131-162.

Legislativo pode tratar do assunto<sup>22</sup>, enquanto que em sentido material é exigido ato normativo com força de lei. Uma segunda classificação divide a reserva de lei em relativa e absoluta: naquela, a Constituição Federal não exige que o legislador esgote o assunto, já nesta há a necessidade de a lei ser exauriente. Uma terceira espécie qualifica a reserva de lei em qualificada e não qualificada, incidindo aquela quando o texto constitucional especifica a finalidade ou objetivo da lei que restringe direitos fundamentais.

No âmbito do Direito Administrativo, não há qualquer norma constitucional que imponha uma reserva de lei absoluta genérica para os atos normativos editados pelas agências reguladoras. O conceito de reserva absoluta envolve uma proposta impossível (CYRINO, 2018, p. 246-247). O constituinte fez opção por restrições pontuais, pela criação de reservas específicas de lei para inúmeras decisões (SUNDFELD, 2012, p. 177). Portanto, além dos casos de reserva de lei constitucionalmente previstos, não há vedação para que seja editado ato normativo infralegal pela agência reguladora com base na ampla autorização da lei que a rege.

Não há qualquer inconstitucionalidade nisso. A Constituição Federal não contém – como não tinham as anteriores – norma reservando ao Legislativo o monopólio de toda e qualquer ação normativa (SUNDFELD, 2012, p. 177). Sendo assim, cabe ao legislador escolher o grau de abstração da lei: promulgando uma lei analítica, que diminua a margem de apreciação da agência reguladora ou, diversamente, uma lei-quadro, apenas com parâmetros, standards e objetivos a serem alcançados, aumentando a discricionariedade na atuação da entidade administrativa. Em ambos os casos, a base da escolha regulatória deve ser técnica (GUERRA, 2016, p. 21).

Somente em relação às matérias sujeitas à expressa reserva de lei, conforme disposição constitucional, há obrigatoriedade de somente a lei tratar do assunto inteiramente, sem possibilidade de delegação normativa para autoridades administrativas, ainda que com base em critérios legais.

A discussão acerca da validade das leis administrativas deve ser feita “a partir das normas constitucionais instituidoras de reservas específicas de lei e, por outro lado, pela identificação de soluções jurídicas capazes de dirigir consistentemente a ação administrativa” (SUNDFELD, 2012, p. 169). Uma dessas soluções, os princípios inteligíveis, será aprofundada no próximo tópico.

### *3.3. O poder normativo das agências reguladoras e os princípios inteligíveis*

As leis que regem as agências reguladoras conferem autonomia para essas entidades editarem atos normativos, dotados de conteúdo técnico e respeitados os parâ-

---

22 Um exemplo da jurisprudência do STF refere-se à impossibilidade de medida provisória diminuir espaços especialmente protegidos. Assim, qualquer alteração em seus limites só pode ser feita por meio de lei em sentido formal, conforme determina o artigo 225, parágrafo 1º, inciso III da Constituição Federal (ADI no 4.717).

metros (*standards*) legais, no âmbito do setor regulado. A intenção é despolitizar o respectivo setor, retirando da esfera política e transferindo ao corpo técnico da agência a atribuição de normatizar o setor regulado (OLIVEIRA, 2015, p. 150), que pode ser uma atividade econômica ou a prestação de um serviço público.

Tais leis possuem baixa densidade normativa, estabelecendo apenas finalidade e parâmetros genéricos a fim de propiciar o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica realidade social (ARAGÃO, 2013, p. 439). Trata-se de fenômeno abrangente, incluindo países desenvolvidos e em desenvolvimento, países com e sem histórico de ditadura, tendo mais a ver com as características do Estado contemporâneo (SUNDDELD, 2012, p. 179).

Para que se possa compreender melhor a dimensão e o sentido dos *princípios inteligíveis*, é relevante analisar alguns exemplos previstos nas leis das agências reguladoras. Na forma do artigo 3º, inciso VIII, da Lei nº 9.427/1996, cabe à ANEEL:

estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si.

Conforme dispõe o artigo 19, *caput* e incisos IV, X, XII, da Lei nº 9.472/1996, à ANATEL:

Compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público; expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado; e expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem.

Em relação à ANCINE, os *princípios inteligíveis* constam do artigo 6º, incisos IX e X da Medida Provisória nº 2.228-1/2001, bem como do artigo 3º da Lei nº 12.485/2011, prescrevendo que a agência tem como objetivos:

Garantir a participação das obras cinematográficas e videofonográficas de produção nacional em todos os segmentos do mercado interno e estimulá-la no mercado externo e estimular a capacitação

dos recursos humanos e o desenvolvimento tecnológico da indústria cinematográfica e videofonográfica nacional<sup>23</sup>.

Segundo o STF, os poderes normativos estão previstos nos artigos 9º, parágrafo único, 21 e 22 da Lei nº 12.485/2011, que consignam:

As atividades de programação e de empacotamento serão objeto de regulação e fiscalização pela Agência Nacional do Cinema - Ancine no âmbito das competências atribuídas a ela pela Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001;

Em caso de comprovada impossibilidade de cumprimento integral do disposto nos arts. 16 a 18, o interessado deverá submeter solicitação de dispensa à Ancine, que, caso reconheça a impossibilidade alegada, pronunciar-se-á sobre as condições e limites de cumprimento desses artigos;

Regulamentação da Ancine disporá sobre a fixação do horário nobre, respeitado o limite máximo de 7 (sete) horas diárias para canais de programação direcionados para crianças e adolescentes e de 6 (seis) horas para os demais canais de programação<sup>24</sup>.

Todas as agências reguladoras possuem competências baseadas nos *princípios inteligíveis*, isto é, em normas de baixa densidade normativa, muitas vezes meramente habilitadoras de competência, devendo essas entidades exercer as competências legalmente outorgadas nas respectivas leis. ARAGÃO (2013, p. 441) leciona que:

---

23 O art. 3º da Lei 12.485/2011 também enumera princípios inteligíveis: “A comunicação audiovisual de acesso condicionado, em todas as suas atividades, será guiada pelos seguintes princípios: I - liberdade de expressão e de acesso à informação; promoção da diversidade cultural e das fontes de informação, produção e programação; III - promoção da língua portuguesa e da cultura brasileira; IV - estímulo à produção independente e regional; V - estímulo ao desenvolvimento social e econômico do País; VI - liberdade de iniciativa, mínima intervenção da administração pública e defesa da concorrência por meio da livre, justa e ampla competição e da vedação ao monopólio e oligopólio nas atividades de comunicação audiovisual de acesso condicionado. Parágrafo único. Adicionam-se aos princípios previstos nos incisos deste artigo aqueles estabelecidos na Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 485, de 20 de dezembro de 2006.”

24 Há inúmeros outros exemplos. Confira-se a amplitude dos princípios inteligíveis previstos nas leis de regência das demais agências reguladoras: (i) o art. 4º, II, da Lei no 9.984/2000 dispõe que “[a] atuação da ANA obedecerá aos fundamentos, objetivos, diretrizes e instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos e será desenvolvida em articulação com órgãos e entidades públicas e privadas integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, cabendo-lhe disciplinar, em caráter normativo, a implementação, a operacionalização, o controle e a avaliação dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos”; (ii) consoante o art. 24, IV da Lei no 10.233/2001, “[c]abe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais: elaborar e editar normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais, garantindo isonomia no seu acesso e uso, bem como à prestação de serviços de transporte, mantendo os itinerários outorgados e fomentando a competição” e o art. 27, VI da mesma lei, “[c]abe à ANTAQ, em sua esfera de atuação: elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores”. O mesmo padrão pode ser observado em relação à ANVISA (Lei no 9.782/1999, art. 7º, III, IV), à ANS (Lei no 9.961/2000, art. 4º, II, VII, XIV; Lei 9.656/98, art. 8º), à ANP (Lei no 9.478/1997, art. 1º, I, IX, X; art. 2º, I, II; art. 8º, I) e à ANAC (Lei no 11.182/2005, art. 8º, XIII, XIV, XXI).

As leis com estas características não dão maiores elementos pelos quais o administrador deve pautar a sua atuação concreta ou regulamentar, referindo-se genericamente a valores morais, políticos e econômicos existentes no seio da sociedade (saúde pública, utilidade pública, suprimento de mercado interno, boas práticas da indústria, competição no mercado, preços abusivos, continuidade dos serviços públicos, regionalização, etc.). Assim, confere à Administração Pública um grande poder de integração do conteúdo da vontade do legislador, dentro dos quadros por ele estabelecidos.

Ao longo do presente trabalho, viu-se que esse amplo poder normativo autorizado pelas leis e exercido pelas agências reguladoras é uma realidade no Estado contemporâneo.

A jurisprudência do STF já referendou o poder normativo através dos princípios inteligíveis, confirmando a legitimidade dos atos normativos baseados em parâmetros amplos<sup>25</sup>. Em 2018, o STF tornou a enfrentar o problema e, de forma mais detida, analisou a validade dos princípios inteligíveis constantes da Lei nº 12.485/2011 (Novo Marco Regulatório da Televisão por Assinatura). Após discorrer sobre as alterações do princípio da legalidade, o Relator Ministro Luiz Fux asseverou:

A bem de ver, a técnica legislativa empregada no diploma em exame é exatamente aquela típica do Estado regulador contemporâneo, em que a lei define as metas principais e os contornos da atividade do órgão regulador, cometendo-lhe (nestes limites e sob o controle do Judiciário e do próprio Legislativo) margem relativamente ampla de atuação. E, como também já apontado, é bom que assim o seja, na medida em que (i) a matéria, de um lado, se reveste de significativo dinamismo, como denotam as tendências de convergência tecnológica que tornaram obsoleta a legislação nacional anterior, e (ii) a disciplina do setor audiovisual, em diferentes aspectos, suscita questões de elevada complexidade técnica, a exigir conhecimento especializado, como aquele titularizado pela ANCINE. Nesse cenário, exigir que a lei formal esgote o conteúdo normativo aplicável à espécie é tanto impraticável quanto desaconselhável, reconduzindo-nos a um paradigma de legalidade criado para um perfil de Estado que já não existe mais<sup>26</sup>.

Não há exigência constitucional de exaustividade da lei. Portanto, verifica-se que essa técnica legislativa de previsão legal dos princípios inteligíveis para pautar a atuação normativa das agências reguladoras é constitucional. Ademais, o Poder Judiciário precisa ter cautela redobrada ao declarar a inconstitucionalidade de leis – verdadeiros marcos regulatórios de determinados setores regulados – que atri-

---

25 STF, ADI no 1.668-MC.

26 STF, ADI no 4.923.



buam poderes normativos às agências reguladoras (JORDÃO, 2016, p. 123-164; MARQUES NETO, 2004, p. 201). Há grave riscos e inconvenientes inerentes à tentativa de tolher, pela via judicial, os espaços de discricionariedade das instâncias administrativas, que exigiria um tratamento exaustivo dos diferentes assuntos no plano legislativo.

Assim, a discussão sobre a suposta impossibilidade de edição de ato normativo com caráter inovador desvirtua o foco do problema. Como bem observado por CYRINO (2018, p. 247), “[a] defesa de uma legalidade exauriente no Direito Administrativo é ilusória e impede que se discutam outros meios de efetivamente conter o arbítrio, tais como a processualização alargada e a instituição de meios de controle”.

Dessa forma, a validade da edição de atos normativos com base em princípios inteligíveis não pode isentar o legislador de prever parâmetros suficientes o bastante para que haja o controle de validade dos atos normativos expedidos pela agência reguladora. A Administração Pública deve respeitar as balizas legais. Os seus atos, executivos e normativos, são controlados com base nelas. Nessa hipótese, “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” (ARAGÃO, 2013, p. 144).

O exercício de competências amplas por entidades descentralizadas da Administração Pública, notadamente normativas, deve observar certas condições, respeitando (i) as reservas constitucionais específicas de lei; (ii) os comandos dos princípios inteligíveis; (iii) as exigências institucionais ou processuais; (iv) os condicionamentos previstos em lei. Essa conduta é perfeitamente compatível com o pressuposto essencial do direito público: a possibilidade de controle da Administração Pública (SUNDFELD, 2012, p. 180).

### 3.4. A divisão entre a instituição de política pública e a competência regulatória

Assentada a validade do poder normativo das agências reguladoras e dos princípios inteligíveis em abstrato, passa-se à análise de caso julgado pelo STF que examinou, em concreto, a validade de ato normativo expedido por agência reguladora. Como será possível observar, a admissão de padrões legais amplos para habilitar a edição de atos normativos não elimina as controvérsias jurídicas, notadamente a divisão entre a instituição de política pública e a competência regulatória (BUCCI, 2002, p. 251).

A Lei nº 9.782/1999 prevê no seu inciso XV do artigo 7º, a competência da ANVISA para “proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde”. Com base nesse princípio inteligível, a agência editou a Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 14, de 15 de março de 2012, a fim de proibir a venda de cigarros com adição de aroma e sabor artificial.

A Confederação Nacional da Indústria (CNI) ajuizou a ADI nº 4.874 contra a RDC nº 14/2012 alegando, em síntese, que a mencionada resolução alargou de modo ilegítimo a competência da ANVISA, a ponto de proibir substâncias que não geram riscos excepcionais e urgentes à saúde, uma vez que os ingredientes não trazem riscos adicionais à saúde dos consumidores. Ainda de acordo com esse entendimento, não existe previsão na lei de criação da agência que a permita proibir qualquer produto derivado do tabaco.

Por outro lado, a ANVISA sustentou que os aditivos de sabor não fazem mais mal ao organismo que um cigarro sem eles, mas são usados para atrair novos fumantes, principalmente os mais jovens. Além disso, apontou que o número de marcas de cigarro com sabor disponíveis no mercado quase dobrou entre 2007 e 2010, de 21 para 40. Cerca de 600 aditivos são usados na fabricação de cigarros – 10% da massa de um cigarro é, na verdade, composta por aditivos. Também alegou que a Lei nº 9.782/1999 concede poderes normativos de forma ampla. Assim, o exercício do poder normativo consistiu na implementação das diretrizes, finalidades, objetivos e princípios expresso na Constituição e na legislação setorial.

A questão debatida envolve os limites dos poderes normativos da ANVISA. O Presidente da agência à época, Jarbas Barbosa, defendeu a normatização a partir de uma análise mais ampla do problema:

O problema não é a questão só específica do cigarro *saborizado*, é o que a indústria do tabaco por meio da CNI questiona é o próprio marco regulatório. Se a tese deles estiver correta é como se a gente só pudesse fazer regulação se algo ficar comprovado que faz mal. No mundo inteiro o sistema regulatório na área de saúde vai ao contrário, no sentido de buscar ter um marco regulatório que previna o risco. Vai muito além da questão da *saborização* específica<sup>27</sup>.

Enquanto que no julgamento da ADI nº 5.501, o STF reconheceu um âmbito de *reserva de regulação* em favor da ANVISA ao declarar a inconstitucionalidade de lei específica que autorizava a comercialização e o uso de fosfoetanolamina sintética, contrária a ato normativo expedido pela agência, neste caso em exame não houve lei específica editada pelo Congresso Nacional em sentido contrário à RDC nº 14/2012. Todavia, a discussão é similar, mas sob outro viés: naquele caso discutiu-se uma possível invasão de competência do Poder Legislativo nas atribuições da agência reguladora, já neste discute-se uma possível invasão de competência da agência reguladora no âmbito do Poder Legislativo. No fim das contas, a questão é análoga: qual é o âmbito de competência normativa da agência reguladora?

---

27 Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/stf-deve-analisar-poder-de-regulacao-de-agencias-em-marco-28122016>>. Acesso em: 4 de ago. de 2018.

A matéria dividiu o Plenário do STF em cinco Ministros de um lado e cinco Ministro do outro<sup>28</sup>, o que demonstra a complexidade da matéria. Com essa votação, foi mantida a validade do ato normativo.

De um lado, asseverou-se que a ANVISA teria atuado em conformidade com os limites constitucionais e legais das suas prerrogativas, expresso na observância do marco legal vigente, em estrita atenção à competência normativa, agindo de modo a incrementar a proteção da saúde e o acesso ao direito à informação ao definir normas e padrões técnicos sobre limites máximos de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono no cigarro e restringir o uso dos denominados aditivos nos produtos fumígenos derivados do tabaco.

A corrente contrária formou-se no sentido de que a ANVISA teria extrapolado suas prerrogativas, atuando em afronta ao princípio da legalidade, bem como à centralização política governamental do Congresso Nacional. Ademais, a agência teria desrespeitado o modelo das agências reguladoras no Brasil. A legislação de criação da agência em comento não teria permitido que ela proibisse qualquer espécie de produto derivado do tabaco, seja quanto à fabricação, à comercialização, à importação ou ao uso. A ANVISA pode controlar e fiscalizar o setor, mas o Congresso Nacional teria autorizado a fabricação, a comercialização, a importação e o uso do referido produto.

Nesse caso, o empate no julgamento do STF manteve, por uma margem mínima, a RDC nº 14/2012 em vigor. Contudo, esse caso bem demonstra a linha tênue existente entre a agência reguladora seguir os *princípios inteligíveis* constantes da lei ou, por outro lado, extrapolar e normatizar a própria política pública do setor regulado, cuja competência cabe ao Poder Legislativo (SUNDFELD, 2012, p. 181).

#### 4 Conclusão

O princípio da legalidade passou por transformações ao longo dos anos. O entendimento prevalecente na época do Iluminismo não é mais consentâneo com a realidade atual. A ideia de vinculação exaustiva à lei em todas as situações é irreal e inviável na prática contemporânea. O exercício do poder normativo a partir de parâmetros abertos é compatível com os objetivos do direito público: controle da Administração Pública.

Os princípios inteligíveis constantes das leis que criam as agências reguladoras não violam, por si sós, o princípio da legalidade, que passou por alterações sobre o seu alcance e sua compreensão. O princípio da legalidade impõe que a atuação administrativa seja realizada *em virtude de lei*, sem especificar o nível de detalhamento da lei. Cabe ao legislador promulgar leis com maior ou menor densidade normativa.

---

28 O Ministro Luís Roberto Barroso declarou-se impedido.

O poder normativo das agências reguladoras é oriundo da própria lei de criação da agência ou de lei posterior que altere o regime jurídico. Em geral, a função regulatória é adequadamente exercida com base em dispositivos legais que dão ampla margem para a edição de atos normativos. Em tais leis, as normas legais preveem os *princípios inteligíveis*.

A Administração Pública continua sendo suscetível de controle através de outros mecanismos, consentâneos com a realidade atual: não pode haver violação aos limites da lei, sob pena de o ato normativo expedido pela agência ser considerado inválido. Porém, como exposto, por vezes a definição de tais limites encontra-se em uma linha tênue.

A decisão pela constitucionalidade em abstrato dos poderes normativos a partir de *princípios inteligíveis* demonstra a inexistência de violação ao atual entendimento acerca do princípio da legalidade, confirma prática reiterada de todas as agências reguladoras e a própria realidade do Estado contemporâneo, viabilizando a regulação de serviços públicos e de várias atividades privadas.

Dessa forma, o reconhecimento do julgado acerca da constitucionalidade dos *princípios inteligíveis* garante a atuação dinâmica das agências reguladoras, que seria inviável se houvesse uma reserva absoluta de lei em todas as hipóteses.

## 5 Referências bibliográficas

- ACKERMAN, Bruce. Good-bye Montesquieu, in ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. (orgs.). *Comparative Administrative Law*. Edward Elgar Publishing, 2012.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade, in *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, nº 236, abr-jun, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Princípio da legalidade e poder regulamentar no estado contemporâneo*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 225, jul./set. 2001.
- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática, in MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (org.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

- BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- \_\_\_\_\_. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BLATTER, Stephanie. O reconhecimento da reserva do regulador no ordenamento jurídico brasileiro a partir do julgamento do caso da fosfoetanolamina sintética pelo STF, in GUERRA, Sérgio (org.). *Teoria do Estado Regulador*. Curitiba: Juruá, 2016. v. II.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CABRAL DE MONCADA, Luís S. *Lei e regulamento*. Coimbra: Coimbra, 2002.
- CAROLAN, Eoin. The Problems with the Theory of the Separation of Powers. *University College Dublin (UCD) – School of Law*, 2009.
- CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law: Principles and Policies*. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2011.
- CYRINO, André Rodrigues. *Delegações legislativas, regulamentos e administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- \_\_\_\_\_. *Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação constitucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2018.
- \_\_\_\_\_. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC 32/2001*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- DI PIETRO, Mari Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- FAGUNDES, Miguel de Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O princípio da legalidade, in *Revista da Procuradoria Geral do Estado*. São Paulo, (10):9-20, junho de 1977.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FONSECA, Francisco José Defanti. Reserva de regulação da Administração Pública, in GUERRA, Sérgio (org.). *Teoria do Estado Regulador*. Curitiba: Juruá, 2016. v. II.
- FRAGA, Júlia Massadas Romeiro. Controle e revisão parlamentar de escolhas regulatórias: deve o Congresso se sobrepor às agências? in GUERRA, Sérgio (org.) *Teoria do Estado Regulador*. Curitiba: Juruá, 2017. v. III.

- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución francesa y administración contemporánea*. 5. ed. Madrid: Civitas, 1998.
- GUERRA, Glauco Martins. O poder normativo das agências reguladoras, in ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- \_\_\_\_\_. Evolução das escolhas administrativas: da self-execution law à regulação, in GUERRA, Sérgio (org.). *Teoria do Estado Regulador*. Curitiba: Juruá, 2016. v. II.
- \_\_\_\_\_. Separação de Poderes, Executivo unitário e Estado administrativo brasileiro, in GUERRA, Sérgio (org.). *Teoria do Estado Regulador*. Curitiba: Juruá, 2017. v. III.
- \_\_\_\_\_. *Tecnicidade e Regulação Estatal no Setor de Infraestrutura*, Fórum Administrativo, v. 198, 2017.
- JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- LAWSON, Gary S. The Rise and Rise of the Administrative State. *Harvard Law Review*, v. 107, n. 6, 1994.
- LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Dois problemas de operacionalização do argumento das 'capacidades institucionais'. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 2. p. 192, 2016.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Pensando o controle da atividade de regulação estatal, in GUERRA, Sérgio (org.). *Temas de direito regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.
- MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. O poder normativo das agência reguladoras na jurisprudência do STF: mutação constitucional do

princípio da legalidade?. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, ano 11, n. 43, jul./set. 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Algumas considerações atuais sobre o sentido de legalidade na Administração Pública, in ARAGÃO, Alexandre Santos (org.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.