



SENADO FEDERAL

Instituto Legislativo Brasileiro – ILB

SANDALO BUENO DO NASCIMENTO FILHO

**O CONTROLE DO PODER LEGISLATIVO SOBRE A AÇÃO
NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

Brasília - DF

2016

SANDALO BUENO DO NASCIMENTO FILHO

**O CONTROLE DO PODER LEGISLATIVO SOBRE A AÇÃO
NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

Trabalho final apresentado para aprovação no curso de pós-graduação lato sensu em Direito Legislativo, realizado pelo Instituto Legislativo Brasileiro, como requisito para obtenção do título de especialista em Direito Legislativo.

Área de Concentração: Poder Legislativo, sociedade e instituições / Relações Institucionais / Relações entre os Poderes; Funções Institucionais

Processo e funções do Legislativo / Processo legislativo / Direito legislativo; Política e legislação / Direito constitucional; Controle constitucional.

Orientador: Prof. Paulo Fernando Mohn e Souza

Brasília - DF

2016

Sandalo Bueno do Nascimento Filho

**O CONTROLE DO PODER LEGISLATIVO SOBRE A AÇÃO NORMATIVA DAS
AGÊNCIAS REGULADORAS**

Trabalho apresentado ao Instituto Legislativo Brasileiro – ILB, como pré-requisito para a obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Legislativo.

Orientador: Prof. Paulo Fernando Mohn e Souza

Brasília, 7 de dezembro de 2016.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Paulo Fernando Mohn e Souza

Prof. Dr. Victor Aguiar Jardim de Amorim

DEDICATÓRIA

Para Ana Paula, Saulo e Maria Fernanda.

RESUMO

A crescente atribuição de competência normativa às agências reguladoras tem gerado pontos de tensão institucional entre aquelas autarquias especiais e o Poder Legislativo, que tem recorrentemente se valido de suas atribuições exclusivas previstas na Constituição Federal visando exercer algum controle sobre determinados atos normativos regulatórios que, aos olhos do Congresso Nacional, extrapolam os contornos da autorização legislativa concedida aos órgãos de regulação. A identificação dos limites daquela ação normativo-regulatória, dos fundamentos jurídicos de sua existência, e a compreensão exata da possibilidade e da profundidade de eventual controle a ser exercido pelo Poder Legislativo, com o exame dos instrumentos adequados para o exercício desse controle, são fundamentais para a redução da tensão institucional entre as Casas do Congresso Nacional e as agências reguladoras. Do contrário, tendem a crescer os conflitos institucionais causados pela sobreposição indevida de funções, com a necessidade de arbitramento desses conflitos pelo Supremo Tribunal Federal, dados os contornos necessariamente constitucionais que regem a relação entre as agências reguladoras e o Poder Legislativo e entre este e o Poder Judiciário.

Palavras-chave: Poder Legislativo. Agências reguladoras. Ação normativa. Controle.

ABSTRACT

The increasing allocation of legislative powers to the regulatory agencies has generated institutional tension points between those special entities and the legislature, which has repeatedly made use of its exclusive constitutional competences aimed to exert some control over certain regulatory normative acts that, according to the National Congress view, extend beyond the contours of the legislative authorization granted to the regulatory agencies. The identification of the limits of that normative-regulatory action, the legal bases of its existence, and accurate understanding of possibility and depth of any control being exercised by the legislature, with the examination of the appropriate tools for exercising that control, are keys for the reduction of institutional tension between the Houses of Congress and regulatory agencies. Otherwise, institutional conflicts caused by improper overlapping of functions tend to grow, with the need to arbitrate such disputes by the Supreme Court, because of the necessarily constitutional contours governing the relationship between regulatory agencies and the legislature and between it and the Judicial power.

Keywords: Legislature. Regulatory agencies. Regulatory action. Control.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	9
1.1 Princípio da separação de poderes e enquadramento institucional das agências reguladoras .	9
1.2 Exercício do poder normativo pelas agências reguladoras	11
1.3 Necessidade do poder normativo das agências reguladoras	12
1.4 Os limites de exercício legítimo da função normativa.....	15
1.5 Atos normativo-regulatórios que extrapolam os limites da função normativa confiada às agências reguladoras	19
1.6 Pontos de tensão institucional e a solução constitucional para dissolvê-los.....	22
2. CONTROLE PELO CONGRESSO NACIONAL DOS ATOS NORMATIVOS EXPEDIDOS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	26
2.1 Mecanismos de defesa da competência legislativa do Congresso Nacional.....	26
2.2 Decreto legislativo: instrumento de defesa da competência legislativa do Parlamento	27
2.3 O artigo 49, V, da Constituição Federal e sua aplicação aos atos normativos expedidos pelas agências reguladoras	29
2.4 O artigo 49, XI, da Constituição Federal e sua aplicação aos atos normativos expedidos pelas agências reguladoras	34
2.5 Outras formas de controle do poder normativo das agências reguladoras pelo Congresso Nacional	37
2.6 A lei formal como instrumento de controle – frustrado – de atos normativos de agência reguladora: um caso prático	39
2.7 Uma iniciativa bem-sucedida de controle do Congresso Nacional de ato normativo expedido por agência reguladora: Decreto Legislativo nº 273, de 2014	40
2.8 Um último ponto de tensão: tentativa de controle, pelo Congresso Nacional, do poder normativo exercido pelo Tribunal Superior Eleitoral	41
CONCLUSÃO.....	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

INTRODUÇÃO

O titular do Poder Legislativo, na ordem constitucional brasileira, é o Congresso Nacional (artigo 44, caput, da Constituição Federal¹). Isso, contudo, não significa que apenas o Parlamento esteja autorizado a expedir normas de regulação da vida em sociedade.

Também com previsão constitucional, os outros dois Poderes da República estão autorizados a, em alguma medida, expedir normas. Os exemplos mais eloquentes são, para o Poder Executivo, a possibilidade de edição de medidas provisórias pelo Presidente da República (artigo 62 da Carta²); para o Judiciário, a previsão de que os Tribunais devem elaborar seus regimentos internos (artigo 96, I, “a”³) e a autorização expressa ao Conselho Nacional de Justiça para a expedição de atos regulamentares (artigo 103-B, § 4º, I⁴).

Ocorre que, por necessidade de ordem prática, diversos outros órgãos – com preponderância para os vinculados ao Poder Executivo – também estão autorizados a expedir normas, mas unicamente nos limites de suas funções administrativas, precisamente para viabilizá-las. Tais normas são verdadeiramente subalternas pois, ainda que gozem de abstração e generalidade, se limitam a ordenar as atividades do próprio órgão, sem jamais “criar direitos ou restrições à liberdade, propriedade e atividade dos indivíduos que já não estejam estabelecidos na lei”⁵.

Esse equilíbrio entre a função legislativa – que é exclusiva do Congresso Nacional – e a função meramente normativa – que é exercitada pelos diversos órgãos dos Poderes Executivo e Judiciário – tem sido abalado, no entanto, pela produção normativa das chamadas agências reguladoras, autarquias especiais criadas na esteira da reforma do Estado ocorrida nos anos 90 do século passado.

As agências, cada uma em seu respectivo setor de atuação (mercados regulados),

¹ Constituição, artigo 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

² Constituição, artigo 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

³ Constituição, artigo 96. Compete privativamente: I – aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos [...].

⁴ Constituição, artigo 103-B. [...] § 4º Compete ao Conselho [...]: I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. P. 374.

têm exercido intensamente a função normativa que lhes foi confiada. Na grande maioria das vezes, tais normas se atêm aos aspectos técnicos que exigem, de fato, normatização técnica pelo órgão regulador. Algumas vezes, no entanto, a norma regulatória extrapola os limites do poder normativo dado à agência, contraria leis já existentes ou invade a esfera legiferante exclusiva do Parlamento.

Surgem, aí, pontos de tensão institucional entre o Congresso Nacional e as agências reguladoras, a serem dissolvidos segundo as regras constitucionais pertinentes, de forma a garantir que a competência legislativa do Parlamento seja sempre respeitada.

Compreender o alcance desse controle das normas regulatórias pelo Congresso Nacional é o objetivo deste trabalho, que se dedicará, de início, a discorrer sobre o poder normativo das agências reguladoras, sempre sob a ótica da doutrina já produzida sobre o tema e com recurso, também, aos precedentes judiciais pertinentes.

Ato seguinte, o estudo se voltará concretamente para os mecanismos de que dispõe o Congresso Nacional para proteger sua própria competência legislativa diante de atos normativo-regulatórios que extrapolem os limites da função normativa confiada às agências reguladoras.

Ao final, serão examinados casos recentes de tensão institucional entre o Parlamento e os órgãos regulatórios, concentrando atenção naqueles que geraram maior repercussão na imprensa e, por isso mesmo, foram percebidos de forma mais concreta pela sociedade.

1. PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

1.1 Princípio da separação de poderes e enquadramento institucional das agências reguladoras

Embora a Constituição Federal de 1988 – assim como todas as constituições brasileiras editadas desde a Proclamação da República⁶ – tenha sido inspirada pela teoria da separação dos poderes do Estado desenvolvida por Montesquieu, mitigações da separação absoluta e algumas sobreposições de funções entre os três poderes foram previstas expressamente pelo constituinte⁷.

Há, por exemplo, atribuição de competência administrativo-executiva – típica do poder Executivo – aos poderes Legislativo e Judiciário, que são competentes para se autogerirem. Nota-se, também, atribuição de competências normativas – típicas do Poder Legislativo – aos poderes Executivo, nos casos das medidas provisórias, da lei delegada e também do poder regulamentar (artigo 84, IV, da Carta), e Judiciário, no caso da elaboração dos regimentos internos pelos tribunais (artigo 96, I, “a”, da Constituição) e também na atribuição expressa de poder regulamentar ao Conselho Nacional de Justiça (artigo 103-B, § 4º, I, da Constituição). Por fim, o constituinte conferiu competências judicantes – típicas do Poder Judiciário – ao Poder Legislativo, a quem compete, por exemplo, julgar o Presidente da República por crimes de responsabilidade (artigo 52, I, da Carta).

Essa mitigação da tradicional separação dos poderes proposta por Montesquieu vem sendo aprofundada, nas últimas décadas, pela criação das chamadas agências reguladoras.

Luís Roberto Barroso, a respeito das agências reguladoras na ordem jurídica brasileira, explica:

As agências, todavia, são autarquias especiais, dotadas de prerrogativas próprias e caracterizadas por sua autonomia em relação ao Poder Público.

A instituição de um regime jurídico especial visa a preservar as agências

⁶ ALBUQUERQUE, Victor Valença Carneiro de. O princípio da separação dos poderes e o exercício da função normativa pelo executivo: paralelo entre o direito norte americano e o brasileiro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9886>. Acesso em outubro de 2016.

⁷ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. A teoria da separação de poderes e a divisão das funções autônomas no estado contemporâneo: o Tribunal de Contas como integrante de um poder autônomo de fiscalização. In: **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 71, n. 2, abr/jun. 2009. Disponível em <<http://www.tce.mg.gov.br/IMG/RevistaTCE/Revista022009.pdf#page=90>>. Acesso em outubro de 2016.

reguladoras de ingerências indevidas, inclusive e sobretudo, como assinalado, por parte do Estado e de seus agentes. Procurou-se demarcar, por esta razão, um espaço de legítima discricionariedade, com predomínio de juízos técnicos sobre as valorações políticas. Constada a necessidade de se resguardarem essas autarquias especiais de injunções externas inadequadas, foram-lhe outorgadas autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeiras.⁸

As agências, embora formalmente vinculadas ao Poder Executivo no Brasil, somam uma gama de poderes tão variada, todos inerentes à atividade regulatória, que não seria exagero reconhecer nelas uma nova função estatal.

Alexandre Aragão, traçando interessante paralelo com o direito norte-americano, explica:

Note-se que nos Estados Unidos da América do Norte, que também possuem uma Constituição presidencialista, dotada formalmente de uma separação de poderes até mais rígida que a nossa, o conjunto dessas entidades independentes chega a ser chamado de headless fourth branch.

Nessa perspectiva, Peter Strauss afirma que o Princípio da Separação dos Poderes deve ser hoje integrado por considerações ligadas à proteção das garantias individuais, mediante a imposição de requisitos de objetividade e imparcialidade, e por preocupações inerentes ao “sistema de freios e contrapesos” entre os diversos órgãos e entidades estatais. Assevera ainda que a separação do poder into three separate branches apenas diz respeito à cúpula do Estado, sendo as agencies irreduzíveis a um só dos poderes. A vitalidade e legitimidade destas adviria, ao contrário, exatamente do equilíbrio entre os fluxos sobre elas exercidos pelos três tradicionais poderes do estado.⁹

A dificuldade de enquadramento das agências regulatórias em um – ou em apenas um – dos tradicionais três poderes estatais advém da multiplicidade de funções exercidas por tais órgãos atualmente, que emulam, com maior ou menor proximidade, as funções típicas confiadas pela Constituição aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

O fenômeno foi bem captado – como de costume – por Tercio Sampaio Ferraz Junior:

O Direito Administrativo brasileiro incorporou um instrumento do direito norte-americano: as agências reguladoras. A nova entidade é considerada “autarquia especial”, em face de poderes ampliados que detém, em comparação com a simples autarquia. Sua principal característica, neste sentido, é apontada na independência (quanto a decisão, objetivos, instrumentos, financiamento). Por conta dessa característica ocorre, com a criação de agências, uma ostensiva delegação de poderes, uns quase-

⁸ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática (art.). in **Revista de direito administrativo**. n. 229. p. 296. jul./set. 2002.

⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o estado democrático de direito. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 37, n. 148, out/dez. 2000. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/646>>. Acesso em outubro de 2016.

legislativos, outros quase-judiciais e outros quase-regulamentares.¹⁰

1.2 Exercício do poder normativo pelas agências reguladoras

Quando, no contexto acima mencionado, o Professor Tercio Sampaio se refere a poderes quase-legislativos, está ele tratando do chamado **poder normativo das agências reguladoras**, conceituado com precisão por Letícia Queiroz de Andrade:

Costuma-se chamar de “poder normativo” das agências reguladoras a competência a elas atribuída para expedição de normas gerais e abstratas pertinentes a sua área de atuação. Não obstante as agências reguladoras se valham também de normas individuais e concretas para exercer suas funções, a reserva da expressão “poder normativo” para designar apenas as normas gerais e abstratas por elas produzidas, além de estar consagrada pelo uso corrente, justifica-se porque essa é a parcela de normas jurídicas de maior abrangência (tanto subjetiva quanto objetiva) e aptidão para permanência no sistema jurídico. A maior abrangência e permanência dessas normas no sistema jurídico deriva, justamente, de sua generalidade (capacidade de atingir um número indeterminado de sujeitos) e abstração (possibilidade de aplicação a um número indeterminado de casos concretos), e explica a importância que têm para a atividade de regulação.¹¹

O exercício desse poder normativo pelas agências reguladoras – a despeito de intensa controvérsia doutrinária sobre sua natureza – é um **dado da realidade**, a ponto de Rodrigo Fraga Leandro de Figueiredo registrar, já na abertura de sua dissertação a respeito do tema, que

não há qualquer possibilidade de, no atual estágio de nosso ordenamento jurídico, negar que as agências reguladoras exerçam atividades normativas¹².

A título de exemplo, entre 1997, ano de sua criação, e 2016, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL expediu 671 (seiscentas e setenta e uma) resoluções e 18 (dezoito) súmulas¹³.

¹⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade. **Revista tributária e de finanças públicas**. São Paulo, n. 35, ano 8, nov/dez. 2000. Disponível em <<http://www.reformadagestaopublica.org.br/documents/mare/Agencias/AgenciasReguladoras.PDF>>. Acesso em outubro de 2016.

¹¹ ANDRADE, Letícia Queiroz de. Poder normativo das agências reguladoras (legitimação, extensão e controle). **Revista eletrônica de direito administrativo econômico**. Salvador, n. 15, ago/out. 2008. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008-LETICIA%20QUEIROZ.pdf>>. Acesso em outubro de 2016.

¹² FIGUEIREDO, Rodrigo Fraga Leandro de. **Função normativa das agências reguladoras: natureza e hipóteses de exercício**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-09122014-132856/publico/dissertacao_RodrigoFragaLeandrodeFigueiredo.pdf>. Acesso em outubro de 2016.

¹³ Informação obtida em pesquisa livre na página da agência reguladora disponível na internet. <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/>>. Acesso em novembro de 2016.

A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, por sua vez, entre os anos de 1998 e 2003, expediu 1.556 (mil, quinhentas e cinquenta e seis) portarias técnicas. A partir de 2004 até 2016, foram expedidas 654 (seiscentas e cinquenta e quatro) resoluções¹⁴.

Já a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, possui atualmente cerca de 1.566 (mil, quinhentas e sessenta e seis) normas regulatórias em vigor, entre portarias, instruções normativas e resoluções¹⁵.

Como bem ressaltam Mauricio Oliveira Ferrão e Magali Regina Fuck Negosek, com esse volume de atos normativo-reguladores

a produção normativa das agências reguladoras tornou-se extensa a ponto de superar a produção legislativa do Congresso Nacional, inflando consideravelmente nosso ordenamento jurídico.¹⁶

É a mesma constatação de Egon Bockmann Moreira, para quem

as agências reguladoras brasileiras efetivamente emanam normas gerais e abstratas. Isso se dá todos os dias, num ritmo nunca antes experimentado: a profusão de tais atos normativos é patente.¹⁷

1.3 Necessidade do poder normativo das agências reguladoras

Sem prejuízo de que possa ter ocorrido algum exagero na volumosa produção normativa, escusável em função da ausência de experiência prévia, no Brasil, a respeito do funcionamento de agências reguladoras na forma daquelas criadas no seio da reforma administrativa do estado ocorrida nos anos 90¹⁸, é preciso reconhecer que a maioria das normas

¹⁴ Informação obtida em pesquisa livre na página da agência reguladora disponível na internet. <<http://nxt.anp.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=anp:10.1048/enu>> Acesso em novembro de 2016.

¹⁵ Planilha com estoque regulatório da ANVISA disponível em <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33880/462196/Consolidado_Estoque+Regulat%C3%B3rio_Portal/5e838724-9eeb-47c0-9065-213d8a9d64f1>. Acesso em novembro de 2016.

¹⁶ FERRÃO, Mauricio Oliveira; NEGOSSEK, Magali Regina Fuck. A extensão do poder normativo das agências reguladoras brasileiras. **Revista eletrônica de iniciação científica**. Itajaí, v. 4, n. 4, out/dez. 2013. Disponível em <<http://www.univali.br/ensino/graduacao/cejurps/cursos/direito/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/965/Arquivo%2037.pdf>>. Acesso em outubro de 2016.

¹⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. Os limites à competência normativa das agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O poder normativo das agências reguladoras**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 131.

¹⁸ Maria Sylvia Zanella di Pietro explica que “no direito brasileiro, existem, desde longa data, entidades com função reguladora, ainda que sem a denominação de agências”, e cita a esse propósito, com escora em trabalho de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “o Comissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café (1923), o Instituto do Açúcar e do Alcool (1933), Instituto Nacional do Mate (1938), o Instituto Nacional do Pinho (1941), o Instituto Nacional do Sal (1940)” e

expedidas pelas agências nasceu de **genuína necessidade** de intervenção estatal regulatória nos setores econômicos regulados.

Essa constatação não é apenas empírica. Ela decorre da própria natureza das normas regulatórias, as quais, em seu âmbito de aplicação ideal – que é a supressão das falhas de mercado dos setores regulados –, incidem sobre situações pontuais e frequentemente cambiantes que, por isso mesmo, exigem um tratamento normativo **essencialmente técnico** (em contraposição ao juízo marcadamente político da legislação produzida pelo Poder Legislativo), **célere** (em contraposição ao tempo natural e frequentemente longo de maturação de uma proposição no âmbito do Parlamento) e **flexível** (em contraposição à perenização e dificuldade de adaptação que marca as leis produzidas pelo Congresso Nacional).

Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

O êxito alcançado pelas entidades reguladoras em todo mundo e que justifica sua adoção no ordenamento jurídico brasileiro não se deve apenas à opção pela descentralização mas, e principalmente, pela outorga de competência normativa sobre o setor que administram.

Com efeito, esta competência normativa atribuída às agências reguladoras é a chave de uma desejada atuação célere e flexível para a solução, em abstrato e em concreto, de questões em que predomine a escolha técnica, distanciada e isolada das disputas partidarizadas e dos complexos debates congressuais em que preponderam as escolhas abstratas político-administrativas, que são a arena de ação dos Parlamentos, e que depois se prolongam nas escolhas administrativas discricionárias, concretas e abstratas, que prevalecem na ação dos órgãos burocráticos das Administração direta.

Como, em princípio, não se fazia a necessária e nítida diferença entre as matérias que exigem escolhas político-administrativas e as matérias em que devam prevalecer as escolhidas técnicas, a competência legislativa dos Parlamentos, que tradicionalmente sempre lhes foi privativa, na linha do postulado da separação dos Poderes, se exerceu, de início, integral e indiferentemente sobre ambas. Somente com o tempo e o reconhecimento da necessidade de fazer a distinção, até mesmo para evitar que decisões técnicas ficassem cristalizadas na lei e se tornassem rapidamente obsoletas, é que se desenvolveu a técnica das delegações legislativas.¹⁹

A genuína necessidade de edição das normas reguladoras decorre da própria estrutura do estado brasileiro inaugurada pelas reformas constitucionais do início dos anos 90, as quais extinguiram ou mitigaram monopólios da União nas áreas de telecomunicações e petróleo.

ainda “o Banco Central, o Conselho Monetário Nacional, a Comissão de Valores Mobiliários e tantos outros” (Direito Administrativo. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 525.

¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Natureza Jurídica, competência normativa, limites de atuação. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, jan/mar. 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47306>>. Acesso em outubro de 2016.

A partir de então, agentes econômicos privados foram autorizados a exercer atividades antes exploradas com exclusividade pela administração pública federal, direta ou indireta, o que exigiu do estado a criação de mecanismos regulatórios visando controlar a exploração daquelas atividades pelos particulares de forma a evitar distorções de mercado decorrentes da livre-iniciativa.

A lição de José dos Santos Carvalho Filho, no ponto, é esclarecedora:

Sem nos aprofundarmos nos demais aspectos ligados ao processo de desestatização (comumente chamado de “privatização”), pela circunstância de a análise refugir ao objetivo do presente trabalho, é correto admitir que o afastamento do Estado ou de suas pessoas descentralizadas do âmbito de alguns serviços públicos, agora transferidos para o setor privado, teria mesmo que provocar a criação de mecanismos estatais de controle dos novos prestadores de serviço. É que, na verdade, os serviços continuaram a ser públicos; os prestadores é que passaram a ser do setor privado.

[...]

A ênfase dispensada a esse aspecto tem por escopo demonstrar a necessidade de que o Estado se aparelhasse para exercer o devido controle sobre aqueles aos quais fora cometida a atribuição de executar serviços públicos. Anteriormente, o controle era basicamente interno, porquanto executado dentro da própria Administração, mesmo que por estruturas administrativas diversas (como é o caso da relação entre a Administração Direta e as pessoas da Administração Indireta). Com o novo programa, o controle passou a ser externo, sendo controlador o Estado e controlados os prestadores de serviços, todos agora do setor privado. A relação de controle, desse modo, não relacionava órgãos administrativos entre si, mas sim o Estado e particulares.²⁰

O mesmo raciocínio é apresentado, mais sinteticamente, por Luis Roberto Barroso:

A redução expressiva das estruturas públicas de intervenção direta na ordem econômica não produziu um modelo que possa ser identificado com o de Estado mínimo. Pelo contrário, apenas deslocou-se a atuação estatal do campo empresarial para o domínio da **disciplina jurídica**, com a ampliação de seu papel na regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas. O Estado, portanto, não deixou de ser um agente econômico decisivo. Para demonstrar a tese, basta examinar a profusão de textos normativos editados nos últimos anos.²¹

Se a desestatização é uma realidade e os particulares estão atualmente exercendo atividades que antes eram exploradas monopolisticamente pela União, é evidente que se tornou necessário o exercício concreto das “funções de fiscalização, incentivo e planejamento” da

²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências reguladoras e poder normativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O poder normativo das agências reguladoras**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 62-63.

²¹ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, ordem econômica e agências reguladoras. **Revista eletrônica de direito administrativo econômico**. Salvador, n. 1, fev/abr. 2005. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-ROBERTO-BARROSO.pdf>>. Acesso em outubro de 2016.

atividade econômica pelo Estado – que atua neste particular como “agente normativo e regulador”, nos termos do artigo 174, caput, da Constituição.²² No que toca aos setores regulados, esse controle amplo do estado se operou por meio das agências reguladoras.

O que se quer demonstrar é que, sem o exercício de algum poder normativo por parte dos órgãos regulatórios, a atribuição estatal de fiscalizar, incentivar e planejar a atividade econômica, mitigando as distorções do mercado livre, não teria sido realizada, pelo menos não de forma efetiva.

Isso porque as normas regulatórias por excelência exigem, como visto, motivação estritamente técnica, celeridade e flexibilidade, atributos que, em regra, não se fazem presentes nas normas expedidas pelo Parlamento.

1.4 Os limites de exercício legítimo da função normativa

A constatação da necessidade de que as agências reguladoras tenham algum poder normativo para serem capazes de cumprir a missão institucional que lhes foi confiada, no entanto, não pode servir de argumento para legitimar toda e qualquer norma produzida pelos órgãos regulatórios.

Neste ponto, mostra-se relevante destacar – ainda que tangencialmente²³ – as teorias que, no ordenamento brasileiro, buscam justificar a existência de poder normativo das agências reguladoras. Marcio Sampaio Mesquita Martins assim expõe:

O pensamento dos doutrinadores pátrios se enquadra em quatro correntes majoritárias sistematizadas em estudo feito por Leopoldo Fontenele Teixeira. [...]

a) A primeira corrente é composta pelos que defendem que as agências reguladoras exercem suas atribuições de ordem normativa, por meio de uma descentralização do exercício da competência regulamentar do Presidente da República (art. 84, IV, da CF/88). Assim, o fato do constituinte ter atribuído ao Chefe de Estado a função de regulamentar as leis não significa que está proibida a possibilidade de desconcentração ou descentralização do exercício deste poder.

Conforme mencionado acima, no Brasil a desconcentração e a descentralização do poder regulamentar decorrem da participação de órgãos diversos na elaboração dos regulamentos ou mesmo em função da delegação de atribuições para que órgãos inferiores regulamentem a matéria (são os

²² Constituição Federal, artigo 174. 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.

²³ Escaparia ao escopo deste trabalho avançar na ferrenha discussão doutrinária acerca da origem e da natureza jurídica do poder normativo das agências reguladoras. Trata-se de tema que justifica um estudo próprio, dada a variedade de posições doutrinárias.

chamados regulamentos terciários).

Assim, o poder normativo das agências reguladoras decorreria do seu poder-dever de regulamentar as leis. Poder este originário de ato de descentralização da competência regulamentar do poder executivo central. Defende este entendimento, dentre outros, Sérgio Guerra.

[...]

b) a segunda corrente doutrinária entende que a competência de regulamentar as leis é atribuição privativa do Presidente da República, não podendo as agências exercerem a função reguladora com base neste poder-dever, mas apenas editar atos normativos terciários (resoluções, portarias), subordinados aos regulamentos, com aplicação limitada ao âmbito interno da agência, bem como àqueles que possuam vínculo especial de sujeição para com a Administração.

Como sabido, todos estão obrigados a cumprir as disposições em lei em função da determinação contida no art. 5º, II, da Constituição. Assim, independentemente da vontade dos cidadãos, todos estão compulsoriamente submetidos à lei em função do regime geral de sujeição que lhe é próprio. Por inexistir delegação de poder legiferante para as agências, os atos regulatórios por elas expedidos não possuem o mesmo atributo de obrigatoriedade das leis. Assim, somente aqueles submetidos ao regime especial de sujeição decorrente da condição de concessionário, autorizatário ou permissionário de serviço público, estariam, a princípio, obrigados a cumprir as resoluções das agências.

[...]

Destacam-se como adeptos desta corrente Clèmerson Merlin Clève, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Marcos Juruena Villela Souto.

[...]

c) A terceira corrente defende a tese de que apenas as agências com expressa previsão constitucional, quais sejam, a ANATEL e a ANP, teriam competência normativa abstrata, em função da aplicação da teoria dos poderes implícitos.

Esta teoria desenvolveu-se no constitucionalismo norte-americano (caso *McCulloch v. Maryland*). Funda-se na idéia de que, para cada poder outorgado pela constituição a certo órgão, são implicitamente conferidos amplos poderes para possibilitar a execução do poder outorgado constitucionalmente. A atribuição de direitos constitucionais, portanto, envolve a correspondente atribuição de capacidade para o seu exercício.

Destaca-se como defensora dessa corrente Mônica Nicida Garcia [...]

d) a quarta e última corrente a ser mencionada defende a possibilidade de exercício de função normativa pelas agências a partir da distinção entre regulação e regulamentação, o que requer o conhecimento do que se convencionou denominar de teoria da deslegalização. Destaca-se entre os adeptos desta corrente, Alexandre Santos de Aragão.²⁴

²⁴ MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. A legitimidade da criação normativa das agências reguladoras. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 84, jan. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8867>. Acesso em novembro de 2016.

Em comum entre todas essas correntes há o reconhecimento de que o exercício de função normativa pelas agências reguladoras, por mais necessário que seja em função das exigências práticas dos setores regulados, deve observar os limites da função legislativa que é atribuída, de forma expressa, pela Constituição Federal, ao Congresso Nacional (artigo 44, caput).

Vale dizer: o poder normativo das agências reguladoras somente existirá e poderá ser legitimamente exercido nos precisos limites da autorização legislativa dada pelo Congresso Nacional nas leis de criação dos órgãos regulatórios. Seu caráter será sempre integrativo e complementar dos parâmetros contidos nas leis originadas do Parlamento.

É o que explica Marcos Juruena Villela Souto:

A lei – e só a lei – inova no mundo jurídico, criando direitos e obrigações, competência que não pode ser delegada à norma regulatória. Mas a lei é genérica, distante da realidade dos fatos e despida da especialização inerente à concretização dos interesses de cada grupamento econômico e social. Daí se atribuir à norma regulatória um papel de ligação entre a lei e o administrado. Esta se limita à interpretação do conteúdo técnico da lei (por exemplo, a definição de produto perigoso, de atividade poluidora, de serviço eficiente, de tarifa módica, de preço abusivo, de bem essencial). A regulação envolve a implementação desse conjunto de decisões de natureza política, tendo, por essência a execução da vontade da lei pela autoridade estatal, com vistas ao eficiente funcionamento dos agentes econômicos e dos mercados, atuando de forma neutra e despolitizada.²⁵

A mesma posição tem Cesar Luis Pereira de Campos:

Entretanto, essa atribuição de competência normativa não pode ser desprovida de limites e condições, pois, caso contrário, seria aberto espaço para uma atuação arbitrária do ente dela detentor. Ou seja, a integração do ordenamento jurídico por meio da regulação possui um caráter inovador limitado.

Os autores que defendem a constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras apontam a necessidade da fixação dessas balizas, condicionando o exercício desse poder aos princípios constitucionais, às disposições legais e aos eventuais regulamentos expedidos pelo Chefe do Executivo.

A atividade regulatória deve obedecer a determinados parâmetros estabelecidos em normas superiores, as quais, devido a sua baixa densidade normativa, possibilitam sua complementação pelo ente regulador, mediante a expedição de atos administrativos normativos. As chamadas leis-quadro fixam, assim, as diretrizes, o escopo que deve ser seguido pela regulação.²⁶

²⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Função regulatória. **Revista diálogo jurídico**. Salvador, n. 11, fev/2002. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_11/DIALOGO-JURIDICO-11-FEVEREIRO-2002-MARCOS-JURUENA.pdf>. Acesso em outubro de 2016.

²⁶ CAMPOS, Cesar Luis Pereira de. Breves considerações sobre a constitucionalidade do poder normativo conferido às agências reguladoras. **Conteúdo jurídico**, Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.45971>>. Acesso em outubro de 2016.

E ainda José dos Santos Carvalho Filho:

Ainda que dotada de grande amplitude, a regulamentação feita pelas agências – como, de resto, ocorre com qualquer tipo de regulamentação – terá que adequar-se aos parâmetros da respectiva lei permissiva. Afinal, é de ter-se em conta que a delegação legislativa não é ilimitada, mas, ao contrário, subjacente a normas e princípios estabelecidos na lei. Trata-se, como bem acentuou Luis Roberto Barroso, do que se denomina “legislação com parâmetros” (“delegation with standards”), através da qual ao Poder Legislativo cabe fixar as linhas dentro das quais o ato regulamentar deve ser produzido.²⁷

Em arremate, a posição de Marília Sampaio:

Quando se discutem questões relativas às agências reguladoras, verifica-se que existem inúmeras divergências entre os doutrinadores, mas a maior delas é, sem dúvida, acerca da existência de um poder normativo das mesmas e quais seus limites. No que tange à existência do poder normativo, a doutrina reconhece, de forma majoritária, a existência do mesmo, desde que condicionado aos estritos limites estabelecidos na lei criadora da agência.²⁸

Neste aspecto particular, a doutrina se alinha ao precedente do Supremo Tribunal Federal que cuidou de forma mais próxima do tema. Trata-se do julgamento da medida cautelar na ADI 1.668/DF, da qual foi relator o Ministro Marco Aurélio.

Discutia-se, naquele caso, a constitucionalidade da Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, chamada de Lei Geral das Telecomunicações, que, dentre várias medidas, concretizou o comando contido no artigo 21, XI, da Constituição Federal (com redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 1995), e criou a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.

Dois dos dispositivos questionados pelos autores da ação direta foram os incisos IV e X do artigo 19 da Lei Geral²⁹, exatamente os que previam a atribuição de poder normativo à agência regulatória então criada.

Por maioria de votos, a Suprema Corte deferiu, em parte, a medida cautelar pleiteada para dar àqueles dispositivos

interpretação conforme à Constituição Federal, com o objetivo de fixar a exegese segundo a qual a competência da Agência Nacional de

²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências reguladoras e poder normativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O poder normativo das agências reguladoras**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 62-63.

²⁸ SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. O Poder normativo das agências reguladoras. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 227, p. 339-348, mar. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46917>>. Acesso em outubro de 2016.

²⁹ Lei 9.472/97, Art. 19. À Agência 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: [...] IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público; [...] X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado.

Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado, vencido o Ministro Moreira Alves, que o indeferia.³⁰

Naquela ocasião, o Ministro Sepúlveda Pertence – com quem, posteriormente, o Relator Marco Aurélio se alinhou – assim se manifestou:

Peço vênia ao eminente Relator, com relação aos incisos IV e X, para propor interpretação conforme. Estou de acordo com S. Exa., em que nada impede que a Agência tenha funções normativas, desde, porém, que absolutamente subordinadas à legislação, e, eventualmente, às normas de segundo grau, de caráter regulamentar, que o Presidente da República entenda baixar.

Assim, de acordo com o início do voto de S. Exa., entendo que nada pode subtrair da responsabilidade do agente político, que é o Chefe do Poder Executivo, a ampla competência reguladora da lei de telecomunicações.

Dou interpretação conforme para enfatizar que os incisos IV e X referem-se a normas subordinadas à lei e, se for o caso, aos regulamentos do Poder Executivo.

Embora tenha sido expressada em termos sucintos, a posição do Supremo Tribunal Federal é claríssima: é constitucional a atribuição de poder normativo às agências reguladoras por meio de lei ordinária, sendo que o exercício desse poder normativo deve se subordinar tanto à legislação existente quanto às normas regulamentadoras dessa legislação expedidas pelo Chefe do Poder Executivo.

1.5 Atos normativo-regulatórios que extrapolam os limites da função normativa confiada às agências reguladoras

O volume e a frequência com que foram e vêm sendo produzidas normas regulatórias ao longo dos últimos anos, aliados à redação aberta das leis criadoras das agências no que toca ao poder normativo a elas atribuído, permitem concluir que muitas das normas de regulação hoje existentes inovam, de fato, no ordenamento jurídico, escapando daqueles estreitos limites dados pela doutrina majoritária e pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal.

A esse respeito, merece registro, novamente, a lição de Letícia Queiroz de Andrade:

5. A solução dada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, nesse ponto vencedor, é amplamente satisfatória e adequada para os casos em que a produção normativa das Agências visa

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 1668/DF - MC**. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 20 de agosto de 1998. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347202>>. Acesso em outubro de 2016.

desempenhar função reservada à camada normativa de concretização das leis editada posteriormente à concretização normativa já operada por regulamento editado pelo Chefe do Executivo. [...]

6. No entanto, quem acompanha a produção normativa das agências e bate os olhos nas competências normativas apontadas acima a título de exemplo, constata que, na ampla maioria dos casos, as normas gerais e abstratas baixadas pela agência não são mera concretização de regulamentos executivos baixados pelo Chefe da Administração Pública, para fiel execução da lei.

7. Tais normas, não obstante tenham suporte em competência legalmente atribuída, não se restringem a tornar mais concreta a execução da lei, e tampouco dependem de anterior edição de regulamento por parte do Chefe do executivo para sua edição. Isso porque, a disciplina normativa de determinadas matérias foi atribuída diretamente às agências reguladoras pelas respectivas leis de criação e, na ampla maioria dos casos, as normas por elas editadas têm por objeto matéria não tratada, apenas referida, em lei.

8. Em razão disso é que o debate em torno da legitimidade do poder normativo exercido pelas agências reguladoras, nas condições acima expostas, permanece sendo tema de alta indagação jurídica.³¹

Embora a legitimidade dessa função normativa conferida às agências reguladoras ainda esteja a merecer exame teórico mais aprofundado – especialmente sob o prisma constitucional e mais especificamente sob as luzes dos princípios da reserva legal e da separação de poderes consagrados pela Constituição de 1988 –, fugiria ao escopo deste trabalho avançar demasiadamente nessa discussão.

Para o que se pretende examinar aqui, que são os mecanismos de controle desses atos normativo-regulatórios pelo Congresso Nacional, basta a constatação de que a legitimidade do poder normativo atribuído às agências reguladoras, e por elas de fato exercido, está diretamente relacionada ao grau de ortodoxia a marcar a interpretação dada aos dois princípios constitucionais acima mencionados: o da separação de poderes e o da reserva legal.

De fato, uma interpretação excessivamente restritiva e ortodoxa desses princípios constitucionais resultaria na constatação de que nenhuma atividade normativa poderia ser exercida fora do Poder Legislativo, a não ser em situações expressa e explicitamente previstas na Carta. Outra constatação seria a de que apenas o Congresso Nacional, que exerce o Poder Legislativo (artigo 44, caput, da Constituição³²) e detém a competência privativa de editar lei em sentido formal, poderia, por meio de sua produção legislativa, criar direitos e estabelecer

³¹ ANDRADE, Leticia Queiroz de. Poder normativo das agências reguladoras (legitimação, extensão e controle). **Revista eletrônica de direito administrativo econômico**. Salvador, n. 15, ago/out. 2008. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008-LETICIA%20QUEIROZ.pdf>>. Acesso em outubro de 2016.

³² Constituição Federal, artigo 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

obrigações³³.

Dessa forma, estaria fatalmente condenada toda a produção normativa das agências reguladoras, colocando em verdadeiro limbo jurídico toda atividade econômica que se encontra sujeita à regulação.

De outra banda, uma interpretação exageradamente elástica e heterodoxa daqueles princípios permitiria concluir que órgãos de outros Poderes – que não o Legislativo – estariam autorizados constitucionalmente a produzir atos normativos não só abstratos e gerais, mas com previsão de direitos e obrigações para toda a sociedade.

Assim, poderiam as agências reguladoras emitir atos normativos em nível de igualdade com o Congresso Nacional, colocando em cheque o sistema de democracia representativa adotado em praticamente todas as nações democráticas ocidentais.

Esse choque entre as duas posições extremadas é bem exposto por Alexandre Santos de Aragão:

Entre as transformações ocorridas no Direito Público, merece destaque a pluralização das fontes normativas, não mais titularizadas apenas pelo Poder Legislativo, a descentralização do aparato estatal por meio da criação de entes ou órgãos autônomos, dotados de independência frente aos tradicionais Poderes do Estado, e, ainda, a relativização do modelo hierárquico e vertical de Administração Pública, com a emergência de mecanismos gerenciais e finalísticos de organização, ou seja, de instrumentos de administração autônoma gerencial, como as agências executivas, organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público, contratos de gestão, acordos de programa, etc.

A atitude dos juristas em relação às mudanças dos paradigmas do Direito Público tem sido muitas vezes extremada, quer para negá-las *tout court*, quer para aceitá-las incondicionalmente.

Os primeiros, que denominaremos de tradicionais, veem nas inovações um grave e irremediável atentado à democracia, à moralidade pública, às prerrogativas dos poderes públicos e, até mesmo, às garantias e direitos de liberdade dos indivíduos. Com impressionante *misoneísmo*, dogmatizam e mitificam as concepções jurídicas oitocentistas de maneira não imaginada sequer por seus próprios formuladores.

A esses autores são aplicáveis as observações de Joan Prats I Catalá, segundo o qual a impossibilidade de apreender as novas realidades com os instrumentos e marcos conceituais dos paradigmas tradicionais tem levado o Direito Administrativo a um crescente isolamento, demonstrando que, conforme afirmam Mintzberg e Kuhn, os seres humanos muitas vezes tendem mais a ver o que creem, do que o inverso.

No outro extremo, temos os que, não apenas aceitam os propalados novos

³³ Sem prejuízo, aqui, da função atípica de legislar atribuída pelo constituinte originário ao Chefe do Poder Executivo, especialmente no caso de edição de medidas provisórias.

institutos do Direito Público, como, sem muita atenção ao Direito Positivo e à elaboração científica realizada ao longo dos tempos, veem-nos como uma realidade já acabada e óbvia. Muitas vezes, ao fundamentar suas teses, dão preponderância a ideias que, independentemente de sua procedência ou não, são desprovidas de caráter propriamente jurídico, como imperativos econômicos, “queda do muro”, etc.

Também essa postura é criticada pelo autor ibérico acima citado, que a considera um grave erro, já que implica o menosprezo e marginalização do Direito, manifestada em programas e “modernizações” administrativas que expressam uma grande confusão intelectual: tendo chegado à acertada conclusão de que “não se muda a Administração por Decreto”, acreditam que se pode mudá-la à margem do Direito e, atuando assim, provocam desordem e riscos de arbitrariedade, além de, pelo exagero, desperdício de muitos esforços válidos de transformação.

Tais posturas doutrinárias, como não poderia deixar de ser, refletem-se decisivamente na autonomia normativa das agências reguladoras: enquanto uns pretendem reduzi-la a quase nada, equiparando-as, nem sempre declaradamente, às outras entidades da Administração Indireta, cuja independência não é constitucional ou legalmente assegurada; outros as isolam do conjunto das normas da Constituição, colocando-as à parte do ordenamento jurídico global que constitui o seu esteio.³⁴

1.6 Pontos de tensão institucional e a solução constitucional para dissolvê-los

Qualquer que seja a posição do intérprete no embate acima exposto, é inegável que a intensa produção normativa por parte das agências reguladoras tem gerado pontos de tensão institucional entre elas e o Poder Legislativo, havendo ruidosos casos em que o Congresso Nacional reagiu às normas editadas pelas agências reguladoras, seja editando projetos de lei em sentido contrário ao adotado pela norma regulatória, seja editando decretos legislativos em busca de sustar a eficácia da regulação normativa específica.

Felizmente, a possibilidade de conflitos entre o Poder Legislativo, titular da função estatal de legislar, e outros órgãos estatais com poder normativo foi prevista pelo constituinte, que fez inserir no corpo original da Constituição de 1988, em favor do Congresso Nacional, competências exclusivas de sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (artigo 49, V) e de zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes (artigo 49, XI).

E a própria Constituição é rica em situações em que outros órgãos estatais, não

³⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o estado democrático de direito. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 37, n. 148, out/dez. 2000. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/646>>. Acesso em outubro de 2016.

vinculados ao Poder Legislativo, possuem atribuição normativa em maior ou menor extensão.

São exemplos mais eloquentes dessa situação as autorizações constitucionais expressas para que os tribunais elaborem seus regimentos internos (artigo 96, I, “a”), para que o Conselho Nacional de Justiça expeça atos regulamentares no âmbito de sua competência (artigo 103-B, § 4º, I), para que os ministros de estado expeçam instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos (artigo 87, II) e para que o Presidente da República expeça decretos e regulamentos a fiel execução das leis (artigo 84, IV).

Além desses casos em que a atribuição normativa foi conferida diretamente pela Constituição a órgãos de poderes que não o Legislativo, há outros em que o texto constitucional atribui à lei o poder de definir a competência de determinados órgãos, e a lei o faz outorgando, expressamente ou não, atribuição normativa àqueles órgãos.

É a situação em que se enquadra, *verbi gratia*, o Tribunal Superior Eleitoral, cuja competência a Constituição determinou que fosse estabelecida por lei complementar (artigo 121, caput). Em razão disso, o Código Eleitoral (Lei 4.737, de 15 de julho de 1965) foi recepcionado como lei complementar na parte em que dispõe sobre as competências do Tribunal Superior Eleitoral³⁵. Dentre essas competências, está a de expedir instruções para a fiel execução do próprio Código Eleitoral (artigo 1º, parágrafo único, e artigo 23, IX).

Vale dizer: o poder normativo dado ao Tribunal Superior Eleitoral não advém diretamente do texto constitucional, mas de norma infraconstitucional que encontra suporte e legitimação na Constituição.

Esse mecanismo criado pelo constituinte originário foi, posteriormente, emulado em parte pelo constituinte derivado quando modificou a Constituição Federal para prever a existência de dois órgãos reguladores: o primeiro, responsável pela regulação dos serviços de telecomunicações (artigo 21, XI, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 1995), que veio a ser a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações; o segundo, responsável pela regulação das atividades de pesquisa, lavra, refino, importação e exportação e transporte

³⁵ “12. A Constituição do Brasil deixou para a lei complementar dispor ‘sobre a organização e competência dos Tribunais, dos juizes de direito e das Juntas Eleitorais’ (art. 121). Tem-se, então, que **o Código Eleitoral (Lei 4.737, de 15 de julho de 1965), no ponto em que disciplina a organização e a competência da Justiça Eleitoral, foi recepcionado pela Constituição de 1988 como lei material complementar (...)**” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 26.604**. Mandado de segurança. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 4 de outubro de 2007. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552057>>. Acesso em outubro de 2016.

de petróleo (artigo 177, § 2º, III, incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995), que veio a ser a ANP – Agência Nacional do Petróleo.

As normas constitucionais que dão amparo à existência de tais órgãos reguladores não esmiúçam as atribuições de cada um deles, mas garantem, por meio de redação aberta, que sejam elas previstas em lei.

Assim, a Lei 9.472, de 1997, prevê em seu artigo 19, que a ANATEL poderá expedir normas sobre “outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público” (inciso IV), “sobre a prestação de serviços de telecomunicações no regime privado” (inciso X) e sobre “a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre a redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais” (inciso XIV).

Já a Lei 9.478, de 1997, que criou a ANP, não foi explícita na atribuição de poder normativo àquele órgão regulador. A doutrina, no entanto, compreende que a atribuição de poder regulatório contida, por exemplo, no artigo 8º, caput³⁶, daquele diploma legal, compreende, naturalmente, a atribuição de algum poder normativo à agência.

A esse respeito, Mateus Cogo Marques, em monografia sobre o tema, sintetiza as posições doutrinárias mais relevantes:

De acordo com Anna Lygia Costa Rego (2002), a ANP dispõe de diversos instrumentos para a regulação da indústria petrolífera, sendo que uma das principais formas de procedê-la é por meio de atos normativos, os quais têm por objetivo interpretar determinada legislação explanando pontos de dúvida. A autora esclarece que estes atos sofrem controle pelo Poder Judiciário, no que se refere à sua legitimidade e legalidade.

O autor José dos Santos Carvalho Filho (2007) expõe que a Lei nº 9.478, de 6.8.97, conferiu à ANP o poder regulatório, como se observa no artigo 8º, segundo o qual a agência terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo e seus derivados.

Todavia, a autora Jaqueline Mainel Rocha (2002) ressalta que:

Para a Agência Nacional do Petróleo – ANP –, instituída pela Lei nº 9.478, de 6 de Agosto de 1997, o panorama legal de suas competências normativas se configura de modo mais sutil, comparado com o da ANEEL. No art. 8º da referida Lei é fixada, como primeira finalidade da ANP, a de regular “as atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo”, esmiuçando-se nos incisos suas atribuições, dentre as quais figura algumas vezes a regulação (incisos III e XV), podendo-se

³⁶ Lei 9.478/97, artigo 8º. A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe

considerar disposição no mesmo sentido a do inciso I, que fala em implementação de políticas públicas em sua esfera de atribuições, e a do inciso VI, que trata de fixação de critérios para nortear o cálculo de tarifas. Vale ressaltar, entretanto, que não é feita referência direta à expedição de normas, como no caso da Anatel ou mesmo à regulamentação necessária para o cumprimento da Lei do setor, como no caso da ANEEL.

Gustavo Binenbojm (2005) afirma que:

O poder normativo das agências constitui uma das expressões do seu poder discricionário de direito, que se perfaz, circunstancialmente, pela edição de atos normativos. Tal poder é imaneamente infralegal, salvo onde a própria Constituição de forma expressa o excepcione. Merece relevo o fato de que nenhuma exceção de tal ordem é feita na atual Constituição brasileira em favor de entes reguladores. A alusão feita nos artigos 21, X e 177, § 2, III, respectivamente, aos entes reguladores dos setores de telecomunicações (ANATEL) e petróleo (ANP) não tem evidentemente este condão.³⁷

Tais exemplos demonstram que a atribuição, direta ou indiretamente extraída da Constituição Federal, de poder normativo a órgãos que não integram o Poder Legislativo é uma realidade relativamente frequente em nossa ordem jurídica.

Com isso, a possibilidade de conflitos entre tais órgãos e o Congresso Nacional (pontos de tensão institucional), se amplia, posto que passam a existir estatisticamente mais chances de que normas regulatórias avancem na função legislativa que a Constituição atribuiu de forma típica ao Parlamento.

Os mecanismos dados pela Constituição ao Congresso Nacional para a defesa de sua competência legislativa em função do exercício do poder normativo pelas agências reguladoras é, precisamente, o que se passa a discutir.

³⁷ MARQUES, Mateus Cogo. **Poder normativo da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP)**. 2013. 151 f. Trabalho de conclusão de curso (graduação em administração) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Escolha de Administração, 2001. <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/97094/000919138.pdf?sequence=1>>. Acesso em outubro de 2016.

2. CONTROLE PELO CONGRESSO NACIONAL DOS ATOS NORMATIVOS EXPEDIDOS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS

2.1 Mecanismos de defesa da competência legislativa do Congresso Nacional

Por ser, nos termos do artigo 44 da Carta, o titular do poder legislativo, o Congresso Nacional foi dotado de poderes destinados a preservar sua competência legislativa perante as iniciativas normativas dos outros Poderes.

Em primeiro plano, destaca-se o inciso V do artigo 49 da Constituição, que autoriza o Congresso Nacional a “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”.

A previsão, aqui, é de que o ato normativo do Poder Executivo seja atingido pela reação do Parlamento unicamente no plano da eficácia (sustar), não nos planos da validade (cassar, anular) ou da existência (revogar), como bem registra Marcos Aurélio Pereira Valadão:

Com relação aos efeitos, o decreto legislativo “susta” os efeitos do ato do Poder Executivo. Isso quer dizer que fica suspensa a vigência e, portanto, a eficácia do ato do Poder Executivo. Não se trata de uma revogação no sentido estrito do termo. Pode-se inferir que se trata de uma situação, pelo menos em princípio, transitória. Sendo assim, tal sustação deve progredir para um entendimento entre o Legislativo e o Executivo, no sentido de que o Poder Executivo reformule o ato regulamentador ou lei delegada, ou que o Congresso Nacional, per se, edite lei regulamentando a matéria controversa.³⁸

Mais adiante, prosseguindo nos poderes conferidos ao Congresso Nacional para preservação de sua competência legislativa, tem-se o inciso XI do artigo 49 da Constituição, em função do qual cabe ao Parlamento “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes”.

Tais permissivos concretizam o sistema de freios e contrapesos (checks and balances) que sustenta a estrutura constitucional brasileira de separação dos Poderes, porque permitem que o Poder Legislativo controle o exercício de prerrogativas normativas, também constitucionais, dos outros dois Poderes.

A distinção entre os dois permissivos é marcante: enquanto o inciso V confere uma atribuição concreta e perfeitamente delimitada ao Congresso Nacional (sustar atos normativos

³⁸ VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. Sustação de atos do Poder Executivo pelo Congresso Nacional com base no artigo 49, inciso V, da Constituição de 1988. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 38, n. 153, jan/mar. 2002. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/765/R153-22.pdf?sequence=4>>. Acesso em outubro de 2016.

do Poder Executivo), o inciso XI não prevê de que forma (sustando? cassando? revogando?) poderá o Congresso Nacional agir para “zelar pela preservação de sua competência legislativa”.

É o que explica José Radi Junior:

Atento ao possível esvaziamento da função normativa primária do Legislativo pelo abuso do exercício da atribuição normativa secundária dos demais Poderes, o Constituinte Originário outorgou ao Congresso Nacional a possibilidade de “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes” (art. 49, XI, da CF). Trata-se de competência de natureza fiscalizatória, que, embora autêntico instrumento do relacionamento harmônico entre os Poderes (“checks and balances”) (art. 2º, “in fine”, da CF), não permite ao Parlamento conter ou atacar o ato normativo invasor.

Em relação ao policiamento da atividade normativa do Executivo, o Constituinte Originário foi mais contundente. Sabedor de que o Presidente da República faria frequente e intenso uso de sua competência normativa secundária, pela necessidade que teria de editar regulamentos para garantir a execução das leis, a Constituição de 1988 municiou o Congresso Nacional com outro tipo de competência, desta feita, de cunho controlador, capaz de ingressar na esfera do Executivo e inibir eventuais excessos cometidos pelo Presidente da República. Conferiu-lhe o poder de sustação, previsto no art. 49, V, da Constituição Federal [...] ³⁹

2.2 Decreto legislativo: instrumento de defesa da competência legislativa do Parlamento

Ainda no que toca aos mecanismos de defesa de que dispõe o Congresso Nacional para a preservação de sua competência legislativa ante a invasão dela por atos normativos de outros poderes, emerge da doutrina relativo consenso a respeito do instrumento legislativo a ser utilizado pelo Parlamento na concretização de suas competências exclusivas previstas no artigo 49 da Carta: trata-se do **decreto legislativo**, incluído no rol das espécies legislativas contido no artigo 59 da Constituição ⁴⁰.

Nessa linha de entendimento estão José Afonso da Silva ⁴¹, João Trindade

³⁹ RADI JUNIOR, Jorge. Os excessos do Congresso Nacional na tentativa de sustar os atos normativos exorbitantes do poder regulamentar. **Revista da Faculdade de Direito da PUC/SP**, São Paulo, v. 3, n. 1, jan/jun. 2015. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/issue/viewIssue/1594/8>>. Acesso em outubro de 2016.

⁴⁰ Constituição Federal, artigo 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções.

⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação das leis**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 42.

Cavalcante Filho⁴², Jamile Gonçalves Calissi⁴³ e Aldemir Berwig⁴⁴, dentre outros, cujas conclusões espelham o disposto no artigo 109, II, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e no artigo 213, II, do Regimento Interno do Senado Federal, este último assim redigido:

Art. 213. Os projetos compreendem:

[...]

II – projeto de decreto legislativo, referente à matéria da competência exclusiva do Congresso Nacional (Const., art. 49).

Decreto legislativo, conceitua João Trindade Cavalcante Filho, é

o ato normativo primário editado pelo Congresso Nacional, sem a participação do Presidente da República, para regulamentar a matérias de competência exclusiva do Poder Legislativo, e geralmente com efeitos externos.⁴⁵

Primário, porque previsto diretamente na Constituição e dotado de força para inovar na ordem jurídica⁴⁶; sem a participação do Presidente da República porque não está sujeito nem à iniciativa presidencial e nem à fase de sanção ou veto, ante a ausência de previsão constitucional nesse sentido, devendo ser promulgado pelo Presidente do Senado Federal (artigo 48, XXVIII, do Regimento Interno do Senado Federal); com efeitos externos porque as matérias por ele tratadas (artigo 49 da Constituição) irradiam seus efeitos para além do Poder Legislativo.

Assentada a premissa de que, quando autorizado pelo artigo 49, V e XI, da Constituição Federal, o Congresso Nacional age para preservar sua competência legislativa por meio de decreto legislativo, passa-se a examinar se tal instrumento – com o suporte constitucional que lhe é próprio – é adequado para atingir os atos normativos expedidos pelas agências reguladoras.

⁴² CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Processo legislativo constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 180.

⁴³ CALISSI, Jamile Gonçalves. Um estudo sobre os Decretos Legislativos: Procedimento, Tratados Internacionais Comuns e Controle de Constitucionalidade. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, [S.l.], v. 3, n. 3, dez. 2010. Disponível em: <<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/81>>. Acesso em outubro de 2016.

⁴⁴ BERWIG, Aldemir. **Processo e técnica legislativa**. Ijuí: Unijuí, 2011. p. 89.

⁴⁵ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Processo legislativo constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 178.

⁴⁶ MERÇON, Gustavo; ARAUJO, Gunther. **Um decreto com força de lei**. Artigo disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/gustavo_mercon.pdf>. Acesso em outubro de 2016.

2.3 O artigo 49, V, da Constituição Federal e sua aplicação aos atos normativos expedidos pelas agências reguladoras

Como mencionado acima, não se insere no escopo deste trabalho examinar exaustivamente a origem e a natureza jurídica do poder normativo exercido pelas agências reguladoras. Por isso mesmo, a questão será tangenciada apenas naquilo que se mostrar essencial à compreensão dos mecanismos constitucionais de que dispõe Congresso Nacional para defender sua competência legislativa perante atos normativos dos órgãos regulatórios.

Dentre as competências exclusivas atribuídas pela Constituição ao Congresso Nacional está a de “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa” (artigo 49, V, da Carta).

A utilização desse permissivo constitucional, pelo Congresso Nacional, para o controle dos atos normativos expedidos pelas agências reguladoras dependerá da compreensão que se dê à locução “Poder Executivo” nele contida.

É que o artigo 49, V, da Constituição, ao mencionar “Poder Executivo”, pode estar se referindo apenas ao Presidente da República, a quem se atribuiu, privativamente, o poder de “expedir decretos e regulamentos” para a “fiel execução” das leis (artigo 84, IV, da Carta⁴⁷).

Essa é a conclusão apresentada por Jorge Radi Junior:

O dispositivo constitucional que sedia os regulamentos derivados indica de maneira clara e inequívoca o único ente autorizado e capaz de editá-los: o Presidente da República. Confira-se:

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

“IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”.

[...]

A Constituição não confere a competência para editar regulamentos ao Poder Executivo em geral, isto é, a todo e qualquer órgão, organismo ou agente que integre ou que exerça, direta ou indiretamente, suas funções. O mandamento constitucional é cristalino: o exercício de tal atribuição “compete privativamente ao Presidente da República”, ou seja, ao Chefe do Executivo, e não a qualquer de seus subordinados ou coordenados.

[...]

Abusar do poder regulamentar pode ter implicações jurídicas diversas,

⁴⁷ Constituição, artigo 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como **expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução**.

inclusive suscitar a invalidação do ato produzido pelo Presidente da República por vício de inconstitucionalidade, vez que se trataria de transborde dos limites de competência estabelecida pela Constituição Federal ao Chefe do Poder Executivo.

A consequência jurídica que nos incumbimos de analisar está prevista no acima transcrito art. 49, V, da Constituição Federal. Trata-se da possibilidade de o Congresso Nacional, in verbis, “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (...)”. Desenredemos o dispositivo.

[...]

“Poder Executivo”. O regulamento, por sua vez, pode ser produzido apenas pelo Presidente da República. Sendo assim, o “Poder Executivo”, a que se refere o inciso V, do art. 49, da CF, a rigor, corresponde unicamente à pessoa de seu Chefe.

A parte final do citado inciso V confirma essa interpretação. Além da exorbitância do poder regulamentar, o inciso V, do art. 49, da CF prevê a possibilidade de sustação dos atos normativos do “Poder Executivo” em outra hipótese: quando exorbitarem “dos limites de delegação legislativa”. A única delegação legislativa permitida pela ordem constitucional brasileira é a promovida pelo Congresso Nacional ao Presidente da República, mediante resolução, com o intuito de editar lei delegada (art. 68, “caput”, e § 2º, da CF). Ao fazê-la deverá obedecer os limites da delegação fixados pela resolução delegante. Somente o Chefe, e nenhum outro órgão ou agente do Executivo, está autorizado a editar a lei delegada. Portanto, a expressão “Poder Executivo” do inciso V do art. 49, da CF, só pode ser lida como “Presidente da República”. Como ela serve e está relacionada às duas hipóteses de sustação (exorbitância do poder regulamentar e da delegação legislativa), o responsável pela produção do ato normativo passível de sustação, em quaisquer das duas situações, é o Presidente da República.

Ainda com relação ao termo “Poder Executivo”, é preciso ter em mente que a Constituição Federal não o emprega sempre com o mesmo sentido. Embora o Executivo seja monocrático (art. 76, da CF) e com ele não se confundam as administrações públicas que o integram (art. 37, “caput”, da CF), em certas passagens, o Texto Constitucional denota tratar apenas do Chefe, em outras a toda a administração pública federal. Damos como exemplo o art. 165, da CF, que prevê a competência do “Poder Executivo” para iniciar as leis orçamentárias. Ninguém no Executivo está autorizado a ofertar projetos de lei, senão o Presidente da República (art. 84, III, da CF). Sendo sua a competência privativa para deflagrar o processo legislativo na esfera do Poder que chefia – inclusive os orçamentários –, não há outro significado para “Poder Executivo” do art. 165, da CF, senão o de “Presidente da República”. Já no art. 39, § 6º, da CF, o significado é outro. A publicação anual pelo “Poder Executivo” dos “(...) valores do subsídio e da remuneração dos cargos e empregos públicos” é incumbência que não recai apenas sobre o Presidente da República, mas sobre as administrações direta e indireta do Executivo.⁴⁸

Com essa percepção restrita acerca da locução “Poder Executivo” contida no artigo

⁴⁸ RADI JUNIOR, Jorge. Os excessos do Congresso Nacional na tentativa de sustar os atos normativos exorbitantes do poder regulamentar. **Revista da Faculdade de Direito da PUC/SP**, São Paulo, v. 3, n. 1, jan/jun. 2015. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/issue/viewIssue/1594/8>>. Acesso em outubro de 2016.

49, V, da Constituição, Jorge Radi Junior exclui, naturalmente, a possibilidade de que o Congresso Nacional possa, com base naquele permissivo constitucional, sustar a eficácia de atos normativos expedidos pelas agências reguladoras, já que apenas os atos normativos do Presidente da República expedidos com base no artigo 84, IV, da Carta, poderão ser objeto de sustação pelo Congresso Nacional.

Em linha oposta à que foi acima exposta, Floriano de Azevedo Marques Neto sustenta que “o poder regulamentar previsto na Constituição não se resume àquele atribuído privativamente ao Presidente da República”⁴⁹, razão pela qual o artigo 49, V, da Carta, autoriza a sustação de atos normativos do Poder Executivo e não apenas do seu Chefe. Confira-se:

1.4.2. A segunda questão, mais afeta ao problema que me foi trazido, diz respeito à possibilidade do poder regulamentar ser exercido por órgão ou agente público que não o Chefe do Executivo. Aqui, a resistência que se traz está relacionada com a regra contida no artigo 84, IV, in fine, que comete à competência privativa do Presidente da República "expedir decretos e regulamentos para sua [da Lei] fiel execução". Daí, extraem alguns a conclusão de que a prerrogativa de editar atos regulamentares seria exclusiva do Chefe do Executivo.

1.4.2.1. Não creio ser possível concordar com este entendimento. A Constituição deve ser interpretada como um todo. Se assim é, temos que dar algum sentido ao disposto no artigo 49, V, da Constituição Federal que define, dentre as competências exclusivas do Congresso Nacional "sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa". Deste dispositivo extraem-se duas conclusões relevantes para o que ora se analisa. Primeiro, que a Constituição prevê a possibilidade expressa da edição de atos normativos por parte do Poder Executivo. Segundo, que esse poder regulamentar é imputado ao Poder Executivo e não apenas ao Presidente da República. Conforme a definição do artigo 76 da Constituição Federal “o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado”. Como a competência prevista no artigo 84, IV, é exclusiva do Presidente da República, não podendo ser delegada sequer aos Ministros de Estado (conforme o parágrafo único do próprio artigo 84), impende uma e somente uma conclusão de molde a dar sentido aos diversos preceitos constitucionais: o poder regulamentar previsto na Constituição não se resume àquele atribuído privativamente ao Presidente da República (competência para expedir regulamentos para fiel execução das leis). Vai além desta competência, abrangendo poderes normativos mais amplos que não apenas estes, pois só assim se pode entender por que o artigo 49, V, fala de poder normativo do Poder Executivo como um todo, e não apenas do Presidente.

E nem se venha dizer que a locução ampla do artigo 49, V, se presta apenas a compreender a hipótese de regulamentação prevista no artigo 84, VI, de delegação possível aos Ministros de Estado. Tal entendimento não faria

⁴⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Princípios da proporcionalidade e da legalidade na regulação estatal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, fev. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45791>>. Acesso em outubro de 2016.

sentido pela exata razão de que, neste caso, não se trata de poder regulamentar trespassado pelo Congresso, por força de determinação legislativa. Trata-se de delegação regulamentar de ranço constitucional cujo controle estaria já albergado no controle concentrado de constitucionalidade previsto no artigo 102, I, a, da Constituição Federal. O que me parece pretender assegurar o artigo 49, V, da Constituição Federal é a prerrogativa do Poder Legislativo controlar exatamente o respeito, pelo Executivo, dos limites de poder normativo que ele, legislador, houve por bem conferir. E note-se que o dispositivo não se restringe a aludir o controle da exorbitância na delegação legislativa (cf. artigo 68 da Constituição Federal), mas também o exercício de poder normativo amplo, objeto de regulamentos que sejam editados na esteira daquilo que Marçal JUSTEN FILHO designa de "delegação imprópria".⁵⁰

Com base em tais lições, é possível concluir que o poder de sustar atos normativos do Poder Executivo pelo Congresso Nacional poderá ser aplicado aos atos normativos expedidos pelas agências reguladoras desde que se compreenda, com Floriano de Azevedo Marques Neto, que a locução “Poder Executivo” contida no artigo 49, V, da Constituição Federal, não se limita à figura do Presidente da República e aos decretos regulamentares que apenas ele pode expedir (artigo 84, IV, da Constituição) e que abarca outras hipóteses constitucionais de exercício de função normativa pelos diversos órgãos ligados ao Poder Executivo.

Especificamente em relação ao poder normativo das agências reguladoras, Floriano Marques de Azevedo esclarece que o artigo 174 da Carta – que dá ao Estado o papel de agente normativo e regulador da atividade econômica – não “segregou as competências normativas e regulatórias entre os poderes Legislativo e Executivo”⁵¹, donde decorre

a autorização para que o legislador, ao estruturar um determinado arcabouço regulatório, opte por alocar tais competências (atribuindo originalmente competências materiais, delegando competências normativas) em um órgão dotado de alguma independência e autonomia em relação às instâncias de controle político da Administração [...]. O que me parece-me claro é que, à luz do artigo 174 da Constituição Federal, não resta vedado, muito ao contrário, que o legislador aloque competências normativas diretamente em uma autarquia especial (como sói serem constituídas as Agências), precisando poderes e limites para concretização das pautas legislativas estatuídas por ele.⁵²

Assim sendo, na esteira de todo esse raciocínio, a vinculação das agências reguladoras ao Poder Executivo, como de fato ocorre no ordenamento brasileiro, faria com que os atos normativos por elas expedidos estivessem sujeitos à sustação, pelo Congresso Nacional, na forma do artigo 49, V, da Constituição Federal.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ Idem.

⁵² Idem.

Mas, ainda que se queira restringir o alcance da locução “Poder Executivo” contida no inciso V do artigo 49 da Carta, um outro argumento se apresenta no sentido de que é possível o controle pelo Congresso Nacional, com base naquele permissivo, dos atos normativos expedidos pelas agências reguladoras.

Trata-se da teoria da mutação constitucional, decorrente da atualização da interpretação do texto da Constituição sob o influxo de mudanças que criaram situações não antevistas pelo constituinte originário. Nas palavras de Adriano Sant’ana Pedra:

A Constituição não é modificada apenas mediante emendas constitucionais, pois, além dos mecanismos formais de alteração do texto constitucional, que estão previstos nele próprio, evidenciam-se também modos informais de alteração nas constituições, em que é modificado o conteúdo efetivo do dispositivo constitucional, sem que venha a ser modificada sua disposição expressa. Assim, enquanto a reforma constitucional consiste na modificação dos textos constitucionais produzida por meio de ações voluntárias, a mutação constitucional opera-se modificando o sentido sem mudança do dispositivo, mediante fatos não acompanhados necessariamente de consciência de tais modificações.⁵³

Sob essa premissa teórica, é possível admitir que o conteúdo do artigo 49, V, da Constituição, pode ser interpretado considerando a severa modificação institucional provocada não apenas pela criação das agências reguladoras no bojo da reforma do Estado nos anos 90, mas também pela hoje amplamente aceita atribuição de poderes normativos àqueles órgãos regulatórios.

É o que defende, por exemplo, Paulo César Melo da Cunha, na obra “Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil” (Lumen Juris, 2003), segundo referência contida em dissertação de Andressa Mendes Pinheiro Assed:

É certo que feita a distinção entre “regulação” e “regulamentação” e repudiada a tese da “delegação legislativa”, poderia resultar impossível a aplicação do dispositivo no art. 49, inciso V, da Constituição, que atribui exclusivamente ao Congresso Nacional o poder de “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.”

Entretanto, as técnicas de mutação constitucional permitem que, pela via da interpretação, se atualize a Constituição, como obra viva, para alcançar os objetivos da norma, qual seja, viabilizar o controle de atos que ultrapassem os limites constitucionais e legais. Não será, assim, pelo fato de, à época da edição da Constituição, o poder normativo ser exercido primordialmente pelo

⁵³ PEDRA, Adriano Sant’ana. **Teoria da mutação constitucional: limites e possibilidades das mudanças informais da Constituição a partir da teoria da concretização**. 2009. 332 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009. Disponível em: <<https://www.misp.pucsp.br/bitstream/handle/8668/1/Adriano%20Santana%20Pedra.pdf>>. Acesso em outubro de 2016.

Executivo, que se vai inviabilizar o controle dos atos gerais das Agências Reguladoras.⁵⁴

O que se percebe, portanto, é a existência de dissenso doutrinário a respeito da possibilidade de invocação do artigo 49, V, da Constituição Federal, para a sustação, pelo Congresso Nacional, de atos normativos expedidos pelas agências reguladoras.

2.4 O artigo 49, XI, da Constituição Federal e sua aplicação aos atos normativos expedidos pelas agências reguladoras

Conforme exposto linhas acima, o inciso XI do artigo 49 da Carta dispõe que o Congresso Nacional, de forma exclusiva, deve “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes”.

Lamentavelmente, esse dispositivo constitucional não tem sido debatido doutrinariamente com a profundidade e intensidade que seria desejável, como bem destaca Emanuel de Melo Ferreira:

A doutrina de um modo geral parece ter esquecido do art. 49, XI da CF/88 e da potencialidade deste dispositivo em preservar a competência constitucional do Poder Legislativo.⁵⁵

A maior dificuldade na compreensão dessa competência exclusiva do Congresso Nacional está em definir de que forma deve agir o Parlamento quando percebe que a atribuição normativa de outros Poderes está a macular a sua própria competência legislativa.

O decreto legislativo a ser editado – porque essa é, afinal, a espécie normativa adequada para veicular o exercício das competências exclusivas listadas no artigo 49 da Constituição, como visto acima – terá que alcançar diante do ato normativo de outro Poder que avance na competência do Congresso Nacional?

Caberá a mera sustação do ato normativo, atingindo-o no plano da eficácia, como ocorre no caso do inciso V do artigo 49? Ou poderá o Congresso Nacional ir além para atingir o ato normativo de outro Poder no plano da existência, revogando-o, ou ainda no plano da validade, cassando-o ou nulificando-o?

⁵⁴ ASSED, Andressa Mendes Pinheiro. **Controle judicial dos atos das agências reguladoras**. 2006. 230 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Gama Filho, 2006. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp000580.pdf>>. Acesso em outubro de 2016.

⁵⁵ FERREIRA, Emanuel de Melo. A sustação da súmula vinculante inconstitucional pelo Poder Legislativo. **Anais do XVIII Congresso Nacional do COMPEDI**, São Paulo, nov./2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2026.pdf>. Acesso em outubro de 2016.

Celso Ribeiro Bastos revela semelhante perplexidade:

Esse preceito é um tanto enigmático. Embora encerre princípio perfeitamente recomendável, que haja zelo, proteção, cautela, com relação à preservação da faculdade legislativa, seria importante que enunciasse quais são os meios de que se pode valer o Poder Legislativo para proceder a essa preservação.

[...]

Quer-nos parecer que o que de mais próximo existe, como medida ao alcance legislativo para preservar a sua competência legislativa, seria o inc. V desse mesmo artigo que lhe permite sustar os atos normativos do Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.⁵⁶

A ausência de determinação por parte do constituinte tanto pode indicar uma necessidade de colmatação interpretativa do conceito – como conclui Celso Ribeiro Bastos ao propugnar que seja utilizado, pelo Congresso Nacional, na aplicação do inciso XI do artigo 49 da Carta, o mecanismo do inciso V do mesmo dispositivo constitucional (sustar o ato normativo invasor da competência do Parlamento) – como pode significar que ao Congresso cabe decidir a forma ótima de zelar por sua própria competência, à frente do desafio que o caso concreto lhe imponha, podendo escolher entre atingir o ato normativo invasor de sua competência legislativa em qualquer dos três planos, sustando-o, cassando-o ou revogando-o, sempre por meio de decreto legislativo.

Qualquer que seja a interpretação, Ailton Cardoso da Silva – em estudo lamentavelmente não publicado, produzido na esteira da edição do Decreto Legislativo nº 424, de 2013, que será examinado adiante – alerta que deve ser afastada a

inaceitável conclusão de que o comando constitucional inserto no art. 49, inciso XI, embora seja aplicável aos atos normativos cometidos ao Poder Judiciário, não dispõe de ferramenta de manejo, por ausência de expressa textualização na Carta Política. Tratar-se-ia de mera recomendação ao Congresso Nacional para que não tolere que usurpem a sua competência legislativa, mas que não poderá ir além de reprovação moral e política, sem maiores repercussões jurídicas. Neste ponto, dada a absoluta conveniência, convém invocar os sábios ensinamento do grande Rui Barbosa, no sentido de que “Não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras.”⁵⁷

Essa constatação inatacável está em sintonia com o princípio da máxima efetividade

⁵⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. 4º vol., tomo I. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 121.

⁵⁷ SILVA, Ailton Cardoso da. **Controle de constitucionalidade congressual de atos normativos emanados de outros Poderes com exorbitância ou usurpação de competência ou de delegação legislativa**. Brasília, 2013. Artigo não publicado.

das normas constitucionais, o qual impõe, nas palavras de Marilda Watanabe de Mendonça, que

na aplicação das normas constitucionais é necessário lhes emprestar o máximo de eficácia, sendo absolutamente ultrapassada a ideia de existências de normas no texto constitucional enquanto “exortações morais ou declarações de princípios e promessas a serem atendidas futuramente”, conforme lição de Willis Santiago Guerra, inspirada na obra de Canotilho.⁵⁸

Com base nessas premissas, conclui-se que o inciso XI do artigo 49 da Constituição não encerra mera exortação moral, mas um efetivo mecanismo de controle e preservação da competência legislativa outorgada pela Carta ao Congresso Nacional, manejável sempre que, a juízo do próprio Parlamento, os atos normativos dos demais Poderes exorbitarem os limites que lhes são próprios.

Levando ao extremo esse entendimento, Ives Gandra da Silva Martins⁵⁹ defende que até mesmo acórdãos do Supremo Tribunal Federal – quando inovam a ordem jurídico-constitucional em decorrência da atuação daquela Corte como “legislador positivo” – podem ser objeto da atuação do Congresso Nacional com base no artigo 49, XI, da Constituição Federal, sendo lícito ao Parlamento “anular a eficácia das decisões invasivas da Suprema Corte”⁶⁰.

Em sentido semelhante, mas com menor extensão, Emanuel de Melo Ferreira sustenta, “com base no art. 49, XI da CF/88, ser possível ao Congresso Nacional sustar a súmula vinculante inconstitucional”.⁶¹

No caso do Poder Judiciário, embora seja inegável que as decisões judiciais, especialmente as do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, possuem, muitas vezes, claríssimo **conteúdo** normativo, não é tão simples concluir que sejam

⁵⁸ MENDONÇA, Marilda Watanabe de. Princípios constitucionais de hermenêutica do sistema de direitos fundamentais da Constituição brasileira de 1988 e as colisões de direito. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.35417&seo=1>>. Acesso em novembro de 2016.

⁵⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. A ditadura suprema do neoconstitucionalismo. **Revista Ius Gentium**, Curitiba, v. 7, n. 1. jan/jun. 2016. Disponível em: <<http://www.grupouninter.com.br/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/235/182>>. Acesso em novembro de 2016.

⁶⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva. O ativismo judicial e a ordem constitucional. **Revista brasileira de direito constitucional**, v. 18. 2011. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/257/250>>. Acesso em novembro de 2016.

⁶¹ FERREIRA, Emanuel de Melo. A sustação da súmula vinculante inconstitucional pelo Poder Legislativo. **Anais do XVIII Congresso Nacional do COMPEDI**, São Paulo, nov./2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2026.pdf>. Acesso em outubro de 2016.

elas atos de **natureza** normativa, a fim de que possam se sujeitar ao alcance do artigo 49, XI, da Constituição.

Mas, no que toca aos atos normativos expedidos pelas agências reguladoras – verdadeiro escopo deste estudo – a dúvida não existe. Se são atos normativos e se são oriundos de órgão vinculados a outro Poder (no caso, o Executivo), desde que invadam a competência legislativa do Parlamento estarão evidentemente sujeitos ao controle do Congresso Nacional, a ser exercido com base no inciso XI do artigo 49 da Carta, por meio de decreto legislativo.

A essa conclusão chegaram, por exemplo, Rodrigo Santos Neves⁶² e Daniel Leite Seiffert Simões⁶³.

2.5 Outras formas de controle do poder normativo das agências reguladoras pelo Congresso Nacional

Além das duas formas de preservação da própria competência de que dispõe o Congresso Nacional em face de excessos normativos dos outros Poderes, contidas nos incisos V e XI do artigo 49 da Constituição e examinadas acima, há doutrinadores que defendem o controle dos atos normativos das agências reguladoras pelo Parlamento com base no inciso X do artigo 49 da Carta, que tem a seguinte redação:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.

É o que sustentam, por exemplo, Elton Dias Xavier e Elizangela Santos de Almeida:

Em relação ao controle exercido pelo Poder Legislativo, o fundamento é o artigo 49, X da Constituição Federal que determina que é competência exclusiva do Congresso Nacional fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta. Evidentemente, o controle legislativo trata-se de um instrumento constitucional de preservação da segurança sócio-jurídica da atuação das agências reguladoras

⁶² NEVES, Rodrigo Santos. Controle sobre as agências reguladoras. **Signum**, Vitória, v. 7, 2008. Disponível em: <http://faculdadecapixaba.br/pdf/revista_cesv_anovi_numero7.pdf#page=15>. Acesso em novembro de 2016.

⁶³ SIMÕES, Daniel Leite Seiffert. **Dos fundamentos e dos limites do poder normativo das agências reguladoras**. 2014. 74 f. Trabalho de conclusão de curso (graduação em direito) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, 2014. Disponível em: <<http://www.tcc.sc.usp.br/tce/disponiveis/89/890010/tce-14052015-142324/publico/DanielSimoes.pdf>>. Acesso em outubro de 2016.

federais.⁶⁴

Na mesma linha, a lição de Márcio Sampaio Mesquita Martins:

Nesse sentido, é de se ressaltar a atividade de fiscalização das agências desempenhada pelo Congresso Nacional. Sendo as agências integrantes da Administração Direta, estão sujeitas ao disposto no artigo 49, inciso X, da Constituição Federal, que estabelece ser competência exclusiva do Congresso Nacional “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.” Assim, em tese, os atos normativos que venham a extrapolar os seus limites podem ser invalidados pelo Poder Legislativo.⁶⁵

Nessa corrente, emerge a percepção de que a atividade normativa das agências reguladoras integra o feixe de atribuições administrativas que lhes toca. Vale dizer: expedir normas para o setor regulado seria tarefa inerente ao poder de regular atribuído às agências pela legislação.

Ocorre que, aparentemente, o inciso X do artigo 49 da Carta não se refere propriamente aos atos de natureza normativa do Poder Executivo e da administração indireta. Isso porque, quando quis permitir o controle pelo Congresso de atos verdadeiramente normativos praticados por outros Poderes, o constituinte o fez expressamente, nas alíneas V e XI do artigo 49.

A aplicação dele, portanto, para controle de atos normativos é, no mínimo, controversa.

Para além do feixe de competências exclusivas do artigo 49 da Constituição, não se pode olvidar que o próprio exercício da função legislativa pelo Congresso Nacional pode ser um mecanismo eficiente de controle, indireto ao menos, dos atos normativos expedidos pelas agências reguladoras.

Em outras palavras: a edição de leis formais pelo Parlamento, dispondo sobre tema pertinente aos setores regulados, pode superar eventuais normas em sentido diverso que tenham sido expedidas pelas agências reguladoras.

⁶⁴ ALMEIDA, Elizangela Santos de; XAVIER, Elton Dias. O poder normativo e regulador das agências reguladoras federais: abrangência e limites. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=11293&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em out 2016.

⁶⁵ MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. Formas de controle interno e externo das atividades das agências reguladoras. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8825&revista_caderno=4>. Acesso em out 2016.

2.6 A lei formal como instrumento de controle – frustrado – de ato normativos de agência reguladora: um caso prático

Causou imensa comoção social o ruidoso e polêmico caso da liberação, pelo Congresso Nacional, por meio da Lei 13.269, de 13 de abril de 2016, da produção e do uso da fosfoetanolamina, conhecida como pílula do câncer, por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, mesmo antes das normas de registro sanitário do fármaco terem sido cumpridas.

A questão opôs o Congresso Nacional e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária e, ao final, a lei ordinária produzida pelo Congresso Nacional e sancionada pela então Presidente da República, que buscava se sobrepor à decisão do órgão regulador, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Para o Supremo Tribunal Federal, na expressão do voto do Ministro Marco Aurélio, Relator da ADI 5.501/DF – MC, acolhido pela maioria dos membros da Corte, o Congresso Nacional não teria poderes para se sobrepor, nem mesmo por lei ordinária, à decisão do órgão regulador. Confira-se:

Vislumbro, na publicação do diploma combatido, ofensa ao postulado da separação de Poderes. A Constituição incumbiu o Estado, aí incluídos todos os respectivos Poderes, do dever de zelar pela saúde da população. No entanto, considerada a descentralização técnica necessária para a fiscalização de atividades sensíveis, foi criada, nos termos do artigo 37, inciso XIX, do Diploma Maior, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, à qual compete, enquanto autarquia vinculada ao Ministério da Saúde, autorizar a distribuição de substâncias químicas, segundo protocolos cientificamente validados.

O controle dos medicamentos fornecidos à população é efetuado, tendo em conta a imprescindibilidade de aparato técnico especializado, por agência reguladora supervisionada pelo Poder Executivo. A atividade fiscalizatória – artigo 174 da Constituição Federal – dá-se mediante atos administrativos concretos de liberação das substâncias, devidamente precedidos dos estudos técnicos – científicos e experimentais. Ao Congresso Nacional não cabe viabilizar, por ato abstrato e genérico, a distribuição de qualquer medicamento.

A decisão judicial, neste caso, desborda dos contornos doutrinários relativos ao poder normativo das agências reguladoras acima examinados. Até esse precedente, cabia às normas regulatórias enquadrarem-se nos limites da legislação federal, sem dela desbordar sob pena de invasão da competência legislativa do Congresso Nacional. Agora, parece ser papel da lei se adequar aos limites da normatização regulatória.

A orientação dada pelo Supremo Tribunal Federal – que está a merecer exame

doutrinário aprofundado e crítico – parece indicar uma espécie anômala de deslegalização dos temas ligados à produção, distribuição e uso de medicamentos, que podem ser normatizados por atos das agências reguladoras mas não podem ser tratados por lei federal. Seria uma espécie de sobreposição incontornável do juízo técnico das agências reguladoras sobre o juízo político do Parlamento.

O estranhamento e a perplexidade passam pela constatação de que, embora seja lícito ao Congresso Nacional editar lei extinguindo a agência reguladora de vigilância sanitária ou alterando completamente os parâmetros de sua atuação, não se lhe reconheceu a capacidade de, em juízo político, sobrepor-se por lei ordinária à decisão técnica do órgão regulador.

Tivesse a maioria do Supremo Tribunal Federal se restringido a reconhecer que a Lei 13.269, de 2016, contrariou a Constituição Federal porque olvidou-se do dever constitucional de zelar da saúde da população, que poderia ser comprometida pela liberação de medicamento sem cumprir os protocolos cientificamente validados, como está na primeira parte do voto do Ministro Relator, Marco Aurélio, não haveria perplexidade e estranhamento.

É o fundamento do voto que afirma ter havido “ofensa ao postulado da separação de Poderes” que provoca espanto e dúvidas, porque põe em debate no país a existência de uma “reserva de regulamento” até então desconhecida.

2.7 Uma iniciativa bem-sucedida de controle do Congresso Nacional de ato normativo expedido por agência reguladora: Decreto Legislativo nº 273, de 2014

Outro ponto de tensão entre o Congresso Nacional e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA surgiu quando o órgão regulador decidiu proibir o uso de substâncias utilizadas largamente pela população no tratamento de obesidade (anfepromona, femproporex, mazindol e sibutramina).

A intensa pressão da sociedade e das entidades de representação dos médicos junto aos parlamentares levou o Deputado Federal Beto Albuquerque, do PSB/RS, a apresentar o PDC 1123, de 2013, visando sustar a Resolução – RDC nº 52, de 2011, da ANVISA, que veiculava a proibição acima noticiada.

O autor da proposição fundamentou sua iniciativa nos incisos V e XI do artigo 49 da Constituição Federal, sob o argumento de que a ANVISA, ao expedir o ato normativo questionado, extrapolou sua competência legal e invadiu a competência do Poder Legislativo.

Apenas no parecer da Senadora Lúcia Vânia foi tratada a questão do enquadramento

constitucional da proposição, nos seguintes termos:

Quanto à constitucionalidade, a proposição se enquadra nos princípios inseridos no art. 49, incisos V e XI, da Constituição da República, mediante os quais incumbe ao Congresso Nacional zelar pela preservação de sua competência legislativa sustando atos normativos editados pelo Poder Executivo que exorbitem de seu poder regulamentar.

Embora tenha mencionado os dois incisos do artigo 49 – V e XI –, a fundamentação aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal está relacionada mais diretamente ao inciso V, do que se poderia concluir que, naquela ocasião, o Parlamento entendeu que os atos normativos das agências reguladoras integram o poder regulamentar do Poder Executivo.

Semelhante solução foi adotada pelo Senador Randolfe Rodrigues (REDE/AP), autor do PDS 15, de 2016, que visa sustar dispositivos da Resolução nº 614, de 2013, da ANATEL, especificamente no que permitiria a adoção de franquia de dados para a utilização de serviço de acesso à internet via banda larga fixa.

A proposição busca amparo no artigo 49, V, da Constituição, esclarecendo que a resolução atacada exorbitou o poder regulamentar conferido à agência reguladora⁶⁶. Até a presente data, no entanto, passados mais de seis meses de seu protocolo, o projeto de decreto legislativo sequer foi distribuído.

2.8 Um último ponto de tensão: tentativa de controle, pelo Congresso Nacional, do poder normativo exercido pelo Tribunal Superior Eleitoral

Na casuística do Congresso Nacional, encontra-se interessante situação envolvendo o controle do poder normativo atribuído ao Tribunal Superior Eleitoral.

O tema interessa ao objeto deste estudo porque, na compreensão do próprio Supremo Tribunal Federal, há semelhanças entre a natureza do poder normativo exercido pelas agências reguladoras e aquele exercido pelo Tribunal Superior Eleitoral. É o que se percebe de trecho do voto proferido pela Ministra Rosa Weber no julgamento da ADI 4.965/PB, chancelado pela maioria dos membros da Suprema Corte:

Tal poder manifesta-se também pela edição de atos normativos abstratos e de alcance generalizado (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "Apontamentos sobre o poder de polícia". In Revista de Direito Público, n. 9), de modo análogo, pode-se afirmar, à competência das agências reguladoras para, com

⁶⁶ Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=192863&tp=1>>. Acesso em novembro de 2016.

base no poder geral de polícia da Administração, editar atos normativos visando à organização e à fiscalização das atividades por elas reguladas.

É certo que não há perfeita identidade entre a função normativa *sui generis* do Tribunal Superior Eleitoral, exercida na esfera administrativa, e a função tradicionalmente exercida pela Administração Pública de regulamentar as leis de modo a viabilizar o seu cumprimento (art. 84, IV, da Lei Maior), e nem com a figura do regulamento autônomo (art. 84, VI). Talvez mais se assemelhe à atividade normativa desempenhada pelas agências reguladoras.⁶⁷

Por essa aproximação entre os dois poderes normativos, vale dedicar algumas linhas à compreensão do caso.

O conflito entre o Parlamento e a Corte Eleitoral teve origem no julgamento, pelo Tribunal Superior Eleitoral, de petição formulada pela Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas (PET 95457⁶⁸), que pretendia fossem revisados, por aquela Corte Superior, com base na Lei Complementar nº 78, de 1993, os números de cadeiras de cada unidade federativa na Câmara dos Deputados, o que interferiria no número de cadeiras das assembleias legislativas estaduais e da Câmara Distrital.

O pedido da Assembleia amazonense foi julgado procedente por maioria de votos, pelo que editou aquela Corte, com base no julgamento, a Resolução nº 23.389, de 2013, que dispôs “sobre o número de membros da Câmara dos Deputados e das Assembleias e Câmara Legislativa para as eleições de 2014”.

Dois dias depois, o Senador Eduardo Lopes, representante do Estado do Rio de Janeiro⁶⁹, uma das unidades federativas prejudicadas com a nova distribuição das vagas na Câmara dos Deputados, apresentou projeto de decreto legislativo (PDS nº 85, de 2013) por meio do qual pretendia, com base no **artigo 49, XI, da Constituição Federal**, “sustar os efeitos da resolução administrativa expedida pelo Tribunal Superior Eleitoral”, por nela enxergar invasão da competência legislativa do Congresso Nacional prevista no artigo 45, § 1º, da Carta⁷⁰.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 4965/PB**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relatora Ministra Rosa Weber. Brasília, 1 de julho de 2014. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081174>>. Acesso em outubro de 2016.

⁶⁸ TSE, PET nº 0000954-57.2011.6.00.0000, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgada em 9/4/2013 e publicada em 27/5/2013.

⁶⁹ Primeiro suplente do Senador Marcelo Crivella (PRB-RJ).

⁷⁰ Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.

§ 1º O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados.

O projeto de decreto legislativo foi aprovado nos Plenários do Senado Federal (com trinta e quatro votos favoráveis e vinte e oito votos contrários) e da Câmara dos Deputados (com duzentos e trinta votos favoráveis e sessenta votos contrários), o que resultou na promulgação do Decreto Legislativo nº 424, de 2013, sustando a Resolução nº 23.389, de 2013, do Tribunal Superior Eleitoral.

Cientificada da promulgação do decreto legislativo, a Corte Eleitoral se reuniu cerca de cinco meses depois, em 27 de maio de 2014, e decidiu, por unanimidade, em questão de ordem, ratificar a Resolução nº 23.389, de 2013. O Ministro Dias Toffoli, que presidia o Tribunal na ocasião, registrou em voto a tese adotada pela Corte, nestes termos:

[...] este Tribunal, por maioria de votos, entendeu haver-lhe sido conferida a atribuição para a fixação de número de deputados federais, consoante disciplina estabelecida pela Lei Complementar nº 78/1993 e fixou por meio da aludida Resolução a quantidade de parlamentares que caberia a cada Unidade da Federação na Câmara dos Deputados, nas Eleições de 2014.

Por meio do Decreto Legislativo nº 424/2013, o Congresso Nacional sustou os efeitos da Resolução em questão, tendo como justificativa para tal ato suposta invasão de competência do Poder Legislativo, porquanto para tal proposição seria imprescindível Lei Complementar específica.

Na decisão proferida por esta Corte na Petição o que se fez foi apenas cumprir o estabelecido na legislação vigente. Não houve extrapolação de competência, haja vista a expressa delegação determinada pela Lei Complementar nº 78/1993 ao TSE, verbis:

[...]

Assim, somente uma nova lei complementar, com quórum qualificado, e não um decreto legislativo, poderia alterar tal delegação.

[...]

Por derradeiro, referido Decreto Legislativo nº 424/2013 afronta o artigo 16 da Constituição Federal, em razão de não ter observado o princípio da anterioridade eleitoral.

Diante do conflito institucional estabelecido, com óbvias repercussões jurídicas, políticas e eleitorais, a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal, por meio de diversas ações diretas de inconstitucionalidade, que visavam atingir ora a Lei Complementar nº 78, de 1993⁷¹, ora a Resolução nº 23.389⁷², de 2013, do Tribunal Superior Eleitoral, ou ambas as normas em conjunto⁷³, além uma ação declaratória de constitucionalidade⁷⁴, ajuizada pela Mesa do Senado Federal, buscando a confirmação da validade constitucional do Decreto Legislativo nº 424, de

⁷¹ **ADI 4.947/DF**, Relator Ministro Gilmar Mendes e Redatora para acórdão Ministra Rosa Weber.

⁷² **ADI 5.028/DF**, Relator Ministro Gilmar Mendes e Redatora para acórdão Ministra Rosa Weber; **ADI 4.965/PB**, Relatora Ministra Rosa Weber; **ADI 4.963/PB**, Relatora Ministra Rosa Weber.

⁷³ **ADI 5.020/DF**, Relator Ministro Gilmar Mendes e Redatora para acórdão Ministra Rosa Weber.

⁷⁴ **ADC 33/DF**, Relator Ministro Gilmar Mendes.

2013.

A Suprema Corte, por maioria de votos, declarou a inconstitucionalidade da LC 78, de 1993, por entender que compete ao legislador complementar distribuir o número de deputados federais entre os Estados e o Distrito Federal, sendo “inviável transferir a escolha de tal critério, que necessariamente envolve juízo de valor, ao Tribunal Superior Eleitoral ou a outro órgão”⁷⁵.

Também foi declarada inconstitucional, por maioria de votos, a Resolução nº 23.389, de 2013, do Tribunal Superior Eleitoral, “por violação do postulado da reserva de lei complementar ao introduzir inovação de caráter primário na ordem jurídica, em usurpação da competência legislativa complementar”⁷⁶.

A despeito disso, o Supremo Tribunal Federal também declarou inconstitucional o Decreto Legislativo nº 424, de 2013, desta feita por unanimidade de votos, pelos seguintes fundamentos:

1 – Ofensa ao artigo 16 da Constituição Federal, que estabelece o princípio da anterioridade eleitoral;

2 – Impossibilidade de subtração, por decreto legislativo, de uma competência delegada pelo Congresso Nacional, por meio de lei complementar, ao Tribunal Superior Eleitoral; e

3 – Inexistência de previsão constitucional para edição de decreto legislativo para sustar atos normativos do Poder Judiciário.

O voto do Ministro Gilmar Mendes, Relator, tem o seguinte teor na parte que interesse mais proximamente a este estudo:

O art. 49 da Constituição de 1988, que traz as matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional, as quais, em sua maior parte, devem ser levadas a cabo por meio da edição de decretos legislativos, não traz a atribuição de sustar atos normativos emanados pelo Poder Judiciário, o que de resto seria absurdo.

O Congresso pode sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 4947/DF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator Ministro Gilmar Mendes. Redatora para acórdão Ministra Rosa Weber. Brasília, 1 de julho de 2014. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081176>>. Acesso em outubro de 2016.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 4965/PB**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relatora Ministra Rosa Weber. Brasília, 1 de julho de 2014. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081174>>. Acesso em outubro de 2016.

do poder regulamentar ou dos termos da delegação legislativa eventualmente recebida. A atribuição de controlar o Poder Executivo é certamente uma das principais outorgadas pelas constituições modernas ao Poder Legislativo. Tal competência, no entanto, não pode ser estendida ao Poder Judiciário por meio de mera interpretação extensiva.

Antes o que ocorre é o contrário, o Poder Judiciário é que fiscaliza o relacionamento entre os outros dois poderes. Admitir a higidez jurídica de decreto legislativo dessa espécie poderia nos levar a um quadro em que tal prática se tornasse comum, comprometendo a independência dos poderes.

Aparentemente, o Supremo Tribunal Federal afastou a possibilidade de sustação, pelo Congresso Nacional, de atos normativos do Tribunal Superior Eleitoral, com base no artigo 49, V, da Constituição Federal, sob o fundamento acertado de que aquele permissivo constitucional autoriza apenas a sustação de atos normativos do Poder Executivo, não do Poder Judiciário.

Não houve, entretanto, enfrentamento da questão sob o prisma do artigo 49, XI, da Carta, o qual é invocado por doutrinadores de escol, como visto acima, para sustentar que o Congresso Nacional tem o poder de zelar por sua própria competência atacando, por decreto legislativo, atos do Poder Judiciário com conteúdo normativo, ainda que de caráter jurisdicional.

O tema ainda está, portanto, aberto, tanto para o enfrentamento dos Tribunais, quanto para abordagem doutrinária mais profunda, ambos necessários dada a importância da questão.

CONCLUSÃO

A existência do poder normativo das agências reguladoras, assim como a intensa utilização desse poder pelos órgãos regulatórios, são dados da realidade, com relevância jurídica e política, que merecem ser apreendidos e compreendidos.

Isso porque, para substancial parcela da doutrina, a legitimação desse poder normativo-regulatório – da forma e na profundidade com que vem sendo exercido – está a demandar uma releitura dos princípios da separação de poderes e da reserva legal, à luz das novas exigências do estado social.

Mas, para além disso, a compreensão exata desse fenômeno jurídico no ordenamento brasileiro é necessária porque tem se tornado frequente a formação de pontos de tensão institucional envolvendo o Congresso Nacional – que é titular do Poder Legislativo – e as agências reguladoras.

Algumas medidas normativo-regulatórias que ultrapassam os limites da esfera jurídica de direito dos agentes econômicos dos mercados regulados e atingem diretamente a população acabam por gerar reação do Parlamento, que tenta preservar – como autorizado pela Constituição – sua competência legislativa.

A preservação da competência legislativa do Congresso Nacional perante os atos normativos de outros Poderes da República se dá por meio dos permissivos contidos nos incisos V e XI do artigo 49 da Constituição Federal.

Especificamente em relação aos atos normativos expedidos pelas agências reguladoras, a atuação do Congresso Nacional pode ocorrer na forma do inciso V do artigo 49 da Carta, que autoriza a sustação dos atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar que lhe foi conferido.

Neste caso, a interpretação mais ou menos restrita que se dê à locução “Poder Executivo” contida no permissivo constitucional é determinante para a adequação dessa forma de controle Parlamentar sobre os atos normativos dos órgãos regulatórios.

Isso porque, caso se compreenda que por “Poder Executivo” o constituinte quis se referir apenas à figura do Presidente da República, interpretação que encontraria suporte no artigo 84, IV, da Constituição, então aquele permissivo contido no artigo 49, V, da Carta, não poderá ser invocado para atacar atos normativos expedidos por agências reguladoras.

No entanto, se a compreensão for de que a locução “Poder Executivo” engloba não

apenas os atos regulamentares expedidos pelo Presidente da República em sua competência privativa, mas também os atos normativos praticados por órgãos do Poder Executivo com a devida autorização constitucional, como ocorre com as agências reguladoras em função do disposto no artigo 174 da Constituição, então será possível que o Parlamento, com base no inciso V do artigo 49 da Carta, atue para sustar os atos normativos-regulatórios que extrapolem os limites próprios da regulação.

A corroborar esse entendimento, está a compreensão de que ao tempo em que o constituinte originário redigiu o artigo 49 da Constituição não se cogitava da existência, no Brasil, de órgãos regulatórios com o perfil daqueles criados na esteira da reforma do estado dos anos 90 do século passado.

Essa modificação institucional, que deu origem às agências reguladoras, pode ter transformado a forma como deve ser interpretado o próprio artigo 49, V, da Constituição, a fim de que se tenha ali absorvido o poder normativo dado aos órgãos regulatórios, em fenômeno conhecido como mutação constitucional sem modificação do texto.

Ainda no âmbito das competências exclusivas do Congresso Nacional, o artigo 49 da Constituição traz, em seu inciso XI, a previsão de que o Parlamento deve “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes”.

Sem a mesma concretude da competência exclusiva prevista no inciso V do artigo 49 da Constituição, o inciso XI não indica de que forma o Congresso poderá zelar pela preservação de sua competência legislativa.

Esse vazio rendeu interpretações doutrinárias no sentido de que tal norma não seria mais que uma exortação moral ao Parlamento, com o que não se pode concordar.

As normas constitucionais devem ser interpretadas de forma que sua efetividade máxima seja alcançada (princípio da máxima efetividade das normas constitucionais), e isso não ocorreria se não se chegasse à compreensão de que o inciso XI do artigo 49 da Constituição é uma ferramenta útil de defesa da competência legislativa do Congresso Nacional.

Assim sendo, nele há amparo seguro para que o Parlamento se volte contra atos normativos das agências reguladoras, sempre que estes extrapolem os limites a que estão jungidos (que são aqueles estritamente necessários para a regulação) e invadirem a competência legislativa do Congresso Nacional.

O vazio em relação a de que forma o Parlamento pode atuar nessa situação pode ser preenchido tanto com recurso à analogia, o que permitiria a sustação dos atos normativos das agências reguladoras na linha do que dispõe o inciso V do artigo 49 da Constituição, tanto com a interpretação de que, neste caso, o Congresso Nacional está autorizado a agir como for necessário para defender sua prerrogativa, sustando, cassando ou revogando o ato normativo que invade sua competência legislativa.

Em qualquer dos casos (inciso V e inciso XI do artigo 49 da Carta), a espécie legislativa adequada para veicular a decisão do Parlamento será o decreto legislativo.

O exame de alguns pontos de tensão entre o Congresso Nacional e as agências reguladoras que geraram maior impacto na imprensa e maior repercussão na sociedade mostrou que, em regra, os parlamentares não se acautelam em fundamentar o projeto de decreto legislativo em uma ou outra competência legislativa (inciso V ou inciso XI do artigo 49 da Carta), sendo mesmo comum que ambos sejam invocados na justificativa das proposições.

Além dessas formas de controle do Congresso Nacional sobre a atividade normativa dos órgãos regulatórios, a doutrina ainda indica a possibilidade de que o inciso X do artigo 49 – que encerra uma espécie de controle do Parlamento sobre os atos administrativos do Poder Executivo – seja invocado para controlar atos normativo-regulatórios.

Por fim, há a percepção de que o controle de atos normativos expedidos pelas agências regulatórias pode ocorrer mediante a edição de lei ordinária que disponha de forma diversa sobre o tema tratado na norma de regulação.

Como no ordenamento jurídico brasileiro não há propriamente uma reserva de regulamento (ou seja, matérias que não podem ser tratadas por lei, apenas por regulamentos expedidos pelo Executivo), a edição de lei dispondo de forma diversa sobre o tema objeto da norma regulatória deveria ser suficiente para que a posição do Congresso Nacional se sobrepusesse.

Ocorre que, recentemente, uma iniciativa deste jaez foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu que a lei que atinge diretamente decisão tomada por órgão regulatório ofende o princípio da separação de poderes.

A perplexidade e as graves consequências decorrentes desse entendimento do Supremo Tribunal Federal ainda não foram absorvidas pela doutrina.

Ao final extensa pesquisa bibliográfica realizada, percebeu-se, como conclusão pessoal, que parece haver um processo constante e orientado de esvaziamento das funções do Legislativo em prol do Executivo⁷⁷, sempre, obviamente, fundamentado de forma técnica.

Os argumentos técnicos, no entanto, mal escondem um fenômeno de percepção empírica: a desconfiança em relação às decisões do Parlamento, numa espécie de transferência para a instituição – enquanto Poder da República – do descrédito dos parlamentares.

Uma reação a esse esvaziamento pode ser o fortalecimento do controle, pelo Congresso Nacional, das atribuições normativas dos outros Poderes, como bem explica José Levi Mello do Amaral Júnior, para quem

o fortalecimento da função de controle político seja, justamente, uma reação à crescente importância dos atos de governo (COTA, 2000, p. 885-886), aí incluídos os de natureza legislativa.⁷⁸

⁷⁷ De todo modo, releve sublinhar que o declínio parlamentar, a que se contrapõe a afirmação do predomínio e da hipertrofia do Poder Executivo, reflete a crise das Assembleias Populares e dos ritos congressuais calcados nas mais caras tradições da representação política. Por essa e outras mais razões, a democracia representativa experimenta em nossos dias o desafio da legitimidade e da validade constitucional dessa miríade de atos governamentais que transformaram o sistema normativo num superpopuloso e deformado conjunto de regras jurídicas, não raro de debilitada eficácia e até mesmo de duvidosa utilidade social. (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. “Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade” (art.) in ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O poder normativo das agências reguladoras**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 40.)

⁷⁸ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. O Poder Legislativo na democracia contemporânea: a função de controle político dos Parlamentos na democracia contemporânea. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 42, n. 168 out/dez. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/905>>. Acesso em outubro de 2016.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Victor Valença Carneiro de. O princípio da separação dos poderes e o exercício da função normativa pelo executivo: paralelo entre o direito norte americano e o brasileiro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9886>. Acesso em outubro de 2016.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. O Poder Legislativo na democracia contemporânea: a função de controle político dos Parlamentos na democracia contemporânea. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 42, n. 168 out/dez. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/905>>. Acesso em outubro de 2016.

ANDRADE, Leticia Queiroz de. Poder normativo das agências reguladoras (legitimação, extensão e controle). **Revista eletrônica de direito administrativo econômico**. Salvador, n. 15, ago/out. 2008. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008-LETICIA%20QUEIROZ.pdf>>. Acesso em outubro de 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o estado democrático de direito. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 37, n. 148, out/dez. 2000. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/646>>. Acesso em outubro de 2016.

ASSED, Andressa Mendes Pinheiro. **Controle judicial dos atos das agências reguladoras**. 2006. 230 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Gama Filho, 2006. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp000580.pdf>>. Acesso em outubro de 2016.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, ordem econômica e agências reguladoras. **Revista eletrônica de direito administrativo econômico**. Salvador, n. 1, fev/abr. 2005. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-ROBERTO-BARROSO.pdf>>. Acesso em outubro de 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática (art.). **Revista de direito administrativo**. n. 229. p. 296. jul./set.

2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. 4º vol., tomo I. São Paulo: Saraiva, 1995.

BERWIG, Aldemir. **Processo e técnica legislativa**. Ijuí: Unijuí, 2011.

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, jan. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43622>>. Acesso em novembro de 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em novembro de 2016.

BRASIL. **Lei 9472, de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm>. Acesso em novembro de 2016.

BRASIL. **Lei 9478, de 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm>. Acesso em novembro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC n. 33/DF**. Ação declaratória de constitucionalidade. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 18 de junho de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081119>>. Acesso em outubro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 1668/DF - MC**. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 20 de agosto de 1998. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347202>>. Acesso em outubro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 4947/DF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator Ministro Gilmar Mendes. Redatora para acórdão Ministra Rosa Weber. Brasília, 1 de julho de 2014. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081176>>. Acesso em outubro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 4965/PB**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relatora Ministra Rosa Weber. Brasília, 1 de julho de 2014. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081174>>. Acesso em outubro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 4965/PB**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relatora Ministra Rosa Weber. Brasília, 1 de julho de 2014. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081174>>. Acesso em outubro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 26.604**. Mandado de segurança. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 4 de outubro de 2007. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552057>>. Acesso em outubro de 2016.

CALISSI, Jamile Gonçalves. Um estudo sobre os Decretos Legislativos: Procedimento, Tratados Internacionais Comuns e Controle de Constitucionalidade. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, [S.l.], v. 3, n. 3, dez. 2010. Disponível em: <<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/81>>. Acesso em outubro de 2016.

CAMPOS, Cesar Luis Pereira de. Breves considerações sobre a constitucionalidade do poder normativo conferido às agências reguladoras. **Conteúdo jurídico**, Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.45971>>. Acesso em outubro de 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências reguladoras e poder normativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O poder normativo das agências reguladoras**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 62-63.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. “Função normativa regulatória e o novo princípio da

legalidade” (art.) in ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O poder normativo das agências reguladoras**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Processo legislativo constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERRÃO, Mauricio Oliveira; NEGOSK, Magali Regina Fuck. A extensão do poder normativo das agências reguladoras brasileiras. **Revista eletrônica de iniciação científica**. Itajaí, v. 4, n. 4, out/dez. 2013. Disponível em <http://www.univali.br/ensino/graduacao/cejurps/cursos/direito/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/965/Arquivo%2037.pdf>>. Acesso em outubro de 2016.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade. **Revista tributária e de finanças públicas**. São Paulo, n. 35, ano 8, nov/dez. 2000. Disponível em <http://www.reformadagestaopublica.org.br/documents/mare/Agencias/AgenciasReguladoras.PDF>>. Acesso em outubro de 2016.

FERREIRA, Emanuel de Melo. A sustação da súmula vinculante inconstitucional pelo Poder Legislativo. **Anais do XVIII Congresso Nacional do COMPEDI**, São Paulo, nov./2009. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2026.pdf>. Acesso em outubro de 2016.

FIGUEIREDO, Rodrigo Fraga Leandro de. **Função normativa das agências reguladoras: natureza e hipóteses de exercício**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-09122014-132856/publico/dissertacao_RodrigoFragaLeandrodeFigueiredo.pdf>. Acesso em outubro de 2016.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. A teoria da separação de poderes e a divisão das funções autônomas no estado contemporâneo: o Tribunal de Contas como integrante de um poder autônomo de fiscalização. In: **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**,

Belo Horizonte, v. 71, n. 2, abr/jun. 2009. Disponível em <<http://www.tce.mg.gov.br/IMG/RevistaTCE/Revista022009.pdf#page=90>>. Acesso em outubro de 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Princípios da proporcionalidade e da legalidade na regulação estatal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, fev. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45791>>. Acesso em outubro de 2016.

MARQUES, Mateus Cogo. **Poder normativo da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP)**. 2013. 151 f. Trabalho de conclusão de curso (graduação em administração) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Escolha de Administração, 2001. <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/97094/000919138.pdf?sequence=1>>. Acesso em outubro de 2016.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A ditadura suprema do neoconstitucionalismo. **Revista Ius Gentium**, Curitiba, v. 7, n. 1. jan/jun. 2016. Disponível em: <<http://www.grupouninter.com.br/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/235/182>>. Acesso em novembro de 2016.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O ativismo judicial e a ordem constitucional. **Revista brasileira de direito constitucional**, v. 18. 2011. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/257/250>>. Acesso em novembro de 2016.

MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. A legitimidade da criação normativa das agências reguladoras. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 84, jan. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8867>. Acesso em novembro de 2016.

MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. Formas de controle interno e externo das atividades das agências reguladoras. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 84, jan. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8825>. Acesso em novembro de 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. P. 374.

MENDONÇA, Marilda Watanabe de. Princípios constitucionais de hermenêutica do sistema de direitos fundamentais da Constituição brasileira de 1988 e as colisões de direito. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.35417&seo=1>>. Acesso em novembro de 2016.

MERÇON, Gustavo; ARAUJO, Gunther. **Um decreto com força de lei**. Artigo disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/gustavo_mercon.pdf>. Acesso em outubro de 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Natureza Jurídica, competência normativa, limites de atuação. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, jan/mar. 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47306>>. Acesso em outubro de 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann. Os limites à competência normativa das agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O poder normativo das agências reguladoras**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 131.

NEVES, Rodrigo Santos. Controle sobre as agências reguladoras. **Signum**, Vitória, v. 7, 2008. Disponível em: <http://faculdadecapixaba.br/pdf/revista_cesv_anovi_numero7.pdf#page=15>. Acesso em novembro de 2016.

PEDRA, Adriano Sant'ana. **Teoria da mutação constitucional: limites e possibilidades das mudanças informais da Constituição a partir da teoria da concretização**. 2009. 332 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009. Disponível em: <<https://www.misp.pucsp.br/bitstream/handle/8668/1/Adriano%20Santana%20Pedra.pdf>>. Acesso em outubro de 2016.

RADI JUNIOR, Jorge. Os excessos do Congresso Nacional na tentativa de sustar os atos normativos exorbitantes do poder regulamentar. **Revista da Faculdade de Direito da PUC/SP**, São Paulo, v. 3, n. 1, jan/jun. 2015. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/issue/viewIssue/1594/8>>. Acesso em outubro de 2016.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. O Poder normativo das agências reguladoras. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 227, p. 339-348, mar. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46917>>. Acesso em outubro de 2016.

SILVA, Ailton Cardoso da. **Controle de constitucionalidade congressual de atos normativos emanados de outros Poderes com exorbitância ou usurpação de competência ou de delegação legislativa**. Brasília, 2013. Artigo não publicado.

SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação das leis**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SIMÕES, Daniel Leite Seiffert. **Dos fundamentos e dos limites do poder normativo das agências reguladoras**. 2014. 74 f. Trabalho de conclusão de curso (graduação em direito) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, 2014. Disponível em: <<http://www.tcc.sc.usp.br/tce/disponiveis/89/890010/tce-14052015-142324/publico/DanielSimo.es.pdf>>. Acesso em outubro de 2016.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Função regulatória. **Revista diálogo jurídico**. Salvador, n. 11, fev/2002. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_11/DIALOGO-JURIDICO-11-FEVEREIRO-2002-MARCOS-JURUENA.pdf>. Acesso em outubro de 2016.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. Sustação de atos do Poder Executivo pelo Congresso Nacional com base no artigo 49, inciso V, da Constituição de 1988. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 38, n. 153, jan/mar. 2002. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/765/R153-22.pdf?sequence=4>>. Acesso em outubro de 2016.