

Paulo André Espirito Santo Bonfadini

# **O PODER NORMATIVO AUTÔNOMO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**



Critérios e controles

EDITORA LUMEN JURIS

RIO DE JANEIRO

2021

Copyright © 2021 by Paulo André Espirito Santo Bonfadini

Categoria: Direito Administrativo

PRODUÇÃO EDITORIAL  
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Rômulo Lentini

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.  
não se responsabiliza pelas opiniões  
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer  
meio ou processo, inclusive quanto às características  
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais  
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,  
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e  
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à  
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil  
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

---

B713p

Bonfadini, Paulo André Espirito Santo

O poder normativo autônomo das agências reguladoras : Critérios e  
controles / Paulo André Espirito Santo Bonfadini. – Rio de Janeiro : Lu-  
men Juris, 2021.

488 p. ; 23 cm.

Bibliografia: p. 419-467

ISBN 978-65-5510-664-0

1. Direito administrativo. 2. Administração pública. 3. Agências regu-  
ladoras de atividades privadas. 4. Controle judicial de atos administrati-  
vos. 5. Legalidade (Direito). I. Título.

CDD 342.06

Ficha catalográfica elaborada por Roge Cavalcante da Silva CRB-8/010483

## Sumário

Capítulo 1 – Introdução .....	1
Capítulo 2 – A Atividade Econômica, a Regulação e a Normatização.....	9
2.1 A atividade econômica e a atuação do Estado .....	21
2.1.1 Livre-iniciativa e concorrência: dois valores a serem protegidos na regulação .....	27
2.1.2 A livre iniciativa no âmbito legislativo.....	33
2.2 A Regulação. Elementos caracterizadores da atividade regulatória ....	35
2.2.1 A influência norte-americana.....	39
2.2.2 O movimento regulatório brasileiro nos anos 90 do século XX ...	46
2.2.3 As Agências Reguladoras enquanto entidades autárquicas autônomas. Tipologia. ....	49
2.2.4 Evolução rápida da economia e da tecnologia e a necessidade da eficiente intervenção do Estado Regulador .....	57
2.3 Normatização como elemento essencial da Regulação .....	63
2.3.1 A regulação e suas teorias .....	63
2.3.2. As teorias em si.....	69
2.3.3. A normatização como elemento essencial da Regulação .....	76
Capítulo 3 – Arcabouço Jurídico do Princípio da Legalidade e da Normatização Administrativa .....	93
3.1 Princípio da legalidade e seus consectários .....	97
3.1.1 O princípio da legalidade e o início de sua mutação .....	105
3.1.2 O abuso do poder regulamentar em tempos não tão remotos.....	111
3.1.3 A legalidade no pós-Segunda Guerra .....	118
3.1.4 A doutrina do <i>rulemaking</i> das agências reguladoras.....	130

3.1.5 Reserva legal e “preferência da lei”. Os argumentos contrários e favoráveis aos atos normativos autônomos do Poder Executivo e de seus órgãos administrativos .....	134
3.1.5.1 A doutrina contrária à edição de atos normativos autônomos pelos órgãos da Administração (a indelegabilidade) .....	139
3.1.5.2 A reserva legal e a “preferência da lei” .....	146
3.2 “Separação dos Poderes” e o poder normativo da Administração ....	156
3.2.1 O alcance do princípio da legalidade para a Administração e a questão da delegação legislativa .....	171
3.2.2 A juridicidade .....	179
3.2.3 O poder normativo do Executivo sem delegação legislativa .....	186
3.2.3.1 A chamada “reserva de administração” .....	187
3.2.3.2 Alguns julgados específicos sobre a reserva da administração .....	195
3.3 Argumentos para a admissão dos atos normativos autônomos da Administração.....	201
3.3.1 A (Re) interpretação da legalidade .....	204
3.3.2 A mutação constitucional do art. 25, inciso I, do ADCT .....	213
3.3.3 A interpretação da expressão “todas as matérias” do art. 48 da CF/88 .....	222
3.3.4 Argumentos a favor da delegabilidade normativa e do regulamento autônomo no direito brasileiro .....	225
3.3.5 Fechamento do capítulo .....	232
Capítulo 4 – A Importância da Normatização Autônoma para a Regulação. Seus Critérios e Controles.....	237
4.1 Economia, Volatilidade e Necessidade de Rápida Normatização Administrativa .....	237
4.2 A Necessidade de Alguns Critérios e Controles .....	245

4.2.1 Observância às normas constitucionais e à juridicidade .....	245
4.2.2 Observância aos princípios da Ordem Econômica Constitucional .....	250
4.2.3 Tecnicidade das normas editadas pelas agências reguladoras .....	252
4.2.4 Democracia na confecção das normas .....	252
4.2.5 Controles .....	253
4.3 A tecnicidade das normas autônomas das agências como mais um critério .....	254
4.4 O processo democrático (e Efetivo) da confecção das normas dos órgãos reguladores. A procedimentalização das normas: como evitar o abuso ou o excesso .....	264
4.4.1 As consultas e as audiências públicas como mecanismos democráticos no processo de confecção dos atos normativos regulatórios .....	273
4.4.2 Participação dos interessados nas consultas/audiências públicas...	282
4.4.3 A consideração expressa dos argumentos dos interessados e não apenas a sua oitiva .....	294
4.4.3.1 Participação popular possibilitada ou efetivada? .....	299
4.4.3.2 Os argumentos dos interessados vinculam a agência? Em que nível? .....	304
4.4.4 As chamadas “LINDB” (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro) e “lei-quadro das agências” (Lei nº 13.848/2019) .....	307
4.4.4.1 A Lei nº 13.655/2018 .....	307
4.4.4.2 A Lei nº 13.848/2019 .....	309
4.4.4.3 A Lei nº 13.874/2019 .....	319
4.5 Controle das normas no Poder Executivo .....	321
4.5.1 Supervisão ministerial .....	321
4.5.2 Controle via justiça administrativa .....	330

4.6 Controle das normas pelo Poder Legislativo.....	331
4.7 Controle das normas pelo Poder Judiciário .....	335
4.7.1 A Justiça Administrativa e o seu papel no controle da normatização autônoma das agências.....	337
4.7.1.1 O CADE, a normatização e sua atuação judicante .....	356
4.7.1.2 A justiça administrativa como forma de atingimento da eficiência .....	357
4.7.2 A Deferência Judicial.....	361
4.7.2.1 Alguns casos concretos de deferência no âmbito dos órgãos judiciários estrangeiros.....	365
4.7.2.2 Alguns casos concretos de deferência no âmbito dos órgãos judiciários nacionais .....	377
4.7.3 O Controle dos atos normativos das agências pelo Poder Judiciário .....	386
4.8 Formulação de critérios, limites e controle dos atos normativos autônomos .....	398
Capítulo 5 – Conclusão .....	403
Referências .....	419