



RENATA COLARES VIANA

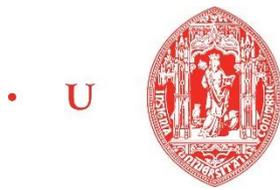
Entre a Legalidade e a Eficiência: Uma reflexão acerca do Poder Normativo das Agências Reguladoras Brasileiras

Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Administrativo

JULHO/2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U

C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

RENATA COLARES VIANA

**Entre a Legalidade e a Eficiência: Uma reflexão acerca do Poder
Normativo das Agências Reguladoras Brasileiras**

**Between Legality and Efficiency: A reflection on the Normative Power of
Brazilian Regulatory Agencies**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, com menção em Direito Administrativo, sob a orientação do Professor Doutor Pedro António Pimenta da Costa Gonçalves, no curso de Mestrado Científico em Direito, com menção em Direito Administrativo.

Coimbra

2017

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus. Pela oportunidade que me concedeu para viver esta jornada, que não se restringiu apenas ao caminho para o conhecimento, pois todo o percurso percorrido até aqui me enriqueceu não só em saberes, mais experiências e maturidade. Concluo esta etapa com a certeza de que saio daqui muito melhor do que entrei, em todos os aspectos.

Com toda a minha alma e coração, à minha família, sobretudo meus amados pais e irmãos, por serem a minha fortaleza a todo momento. Meu equilíbrio, minha razão. Sem o apoio incondicional de vocês eu não chegaria a nenhum lugar, jamais.

Ao meu grande amor, por nunca soltar a minha mão.

Aos meus tios, tias, primos e primas pela torcida e oração de sempre, para que eu me mantivesse forte.

Aos amigos, que tive a honra de conhecer no decorrer do curso, e a minha amiga, amizade antiga que tive a doce e incrível experiência de estreitar os laços por aqui. Sem dúvida que os sorrisos e desesperos compartilhados, a todo instante, me ajudaram a continuar caminhando, a aliviar a saudade quando ela batia forte...

Ao meu orientador, pela sabedoria de dividir e repassar conhecimentos de maneira clara e acessível, provando que a erudição é, antes de tudo, uma expressão singela de nobreza de alma.

À Universidade de Coimbra e, com ela, toda sua comunidade de Professores, Funcionários e Alunos. Esta Universidade é um sonho!

E, por fim, a todos que, de forma direta ou indireta, me ajudaram para que eu vivesse essa incrível experiência, incluindo aqui, Portugal, por me receber na sua simplicidade e magnitude.

Meu mais sincero obrigada!

RESUMO

O presente estudo tem como finalidade apresentar uma reflexão acerca da atribuição de poder normativo às Agências Reguladoras, tendo como pano de fundo o direito brasileiro. Para tanto, utilizam-se abordagens de razão jurídica e abordagens de razão prática, dentro da realidade do Brasil, que justificariam tal concessão. Estas abordagens baseiam-se, principalmente, nos Princípios da Legalidade e da Eficiência.

Palavras-chave: Agências Reguladoras. Poder normativo. Princípio da Legalidade. Princípio da Eficiência. Direito brasileiro.

ABSTRACT

The present study aims to present a reflection on the attribution of normative power to the Regulatory Agencies, having as background the Brazilian law. For this, we use legal reasoning approaches and practical reason approaches, within the Brazilian reality, that would justify such a concession. These approaches are mainly based on the Principles of Legality and Efficiency.

Keywords: Regulatory Agencies. Regulatory power. Principle of Legality. Principle of Efficiency. Brazilian law

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
CAPÍTULO 1: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PODER REGULAMENTAR. ...	8
1.1. A ação administrativa regulamentar: Do poder inerente ao Estado gestor.....	8
1.1.1 Atos Regulamentares do Estado sob a égide da função típica de administrar.....	11
1.1.2 Os Regulamentos.	13
1.1.3. Tipos regulamentares de acordo com o legado constitucional brasileiro.	18
1.2. Regulamentação X Regulação: o modelo regulatório brasileiro..	23
1.2.1. A emergência do Estado Regulador.	26
1.2.2. Agências Reguladoras Brasileiras: Competências e atribuições.	30
CAPÍTULO 2: AGÊNCIAS REGULADORAS, PODER NORMATIVO E PARÂMETROS DE LEGALIDADE.....	41
2.1 A extensão do poder normativo das Agências Reguladoras.....	41
2.2 Previsões legais X Legalidade.	54
2.3 Função Normativa e Princípio da Legalidade.	55
2.3.1 A técnica e a especialidade em evidência.	60
CAPÍTULO 3: PLURALISMO JURÍDICO E EFICIÊNCIA NA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA.	66
3.1 O Pluralismo Jurídico também como fundamento	66
3.2 O princípio da Eficiência como justificativa da ampla normatização.....	68
3.3 Poder normativo para além do Legislativo e sua relação com a Eficiência Administrativa- Estatal.....	71
CONCLUSÃO.....	74
REFERÊNCIAS	77

INTRODUÇÃO

O Estado, que desde os primórdios de sua idealização/construção nos repassa a ideia de centralização de poder, veio, a cada dia, perdendo esta característica.

Dentre os inúmeros fatores que acarretaram essa transformação, como é o caso da globalização e a intensificação do fenômeno de transnacionalização por ela provocado, tanto na área econômico-financeira - principalmente nela-, quanto na área social, onde aqui se engloba, o direito; um aspecto, em especial, ainda nos chama a atenção: a descentralização estatal na figura das Agências Reguladoras.

Em que pese o fenômeno da globalização do Direito e da economia estarem mais do que implantados no seio regional e internacional, ainda se vislumbra a sempre progressiva busca por meios e processos que legitimem tal condição.

Neste contexto, não diferentemente do que acontece com as demais figuras oriundas deste processo, as Agências Reguladoras, e as funções que passam a exercer em virtude de sua atividade, dentre as quais destacamos a função normativa, carecem da mesma necessidade de legitimação. Sobretudo no direito brasileiro, direito ainda bastante assentado nas tradicionais concepções sobre o Princípio da Legalidade e da Separação de Poderes.

Assim, a questão da legitimidade, à luz do direito brasileiro, ainda parece estar fortemente atrelada à Legalidade e esta, por sua vez, confundida com a noção de lei positivada, aquela devidamente originada a partir do processo legislativo.

Neste sentido, observamos o “impasse jurídico” gerado no momento em que se dá a um órgão da administração a “liberdade” de regulamentar o meio no qual atua, como é o caso das Agências Reguladoras.

Ora, duas problemáticas, pelo menos, daí emergem: Primeiro, a questão da norma que regula/regulamenta, mas que não nasce de um processo

de produção legislativa. Segundo, como esta regulação se comporta no que tange ao alcance/extensão do conteúdo que engloba.

O presente trabalho, em vista de discutir essas questões, apresenta uma abordagem teórica que pretende oferecer o esclarecimento sobre a legitimidade desta função normativa, em tudo baseada em fundamentações jurídicas e práticas que emergiram da própria transformação que sofreu o Estado, diante das mudanças perpetradas desde o alastro da globalização.

Com este propósito, no primeiro capítulo, procura-se traçar, inicialmente, o desenvolvimento do protagonismo normativo do Poder Executivo, momento no qual vislumbra-se uma atuação administrativa, e normativa, mais significativa. Posteriormente, ao falar-se do poder regulamentar, representação da competência normativa do Executivo, explica-se sobre o instrumento que o simboliza no seio jurídico, o regulamento. Essa explicação, por sua vez, pretende demonstrar a legitimidade da competência normativa Executiva e as que dela derivam, neste caso, a competência normativa das Agências Reguladoras brasileiras, órgãos da Administração indireta do Estado.

No segundo capítulo, adentra-se na temática principal da pesquisa, a competência normativa das Agências Reguladoras brasileiras. Nesta etapa, procura-se, além de buscar explicitar dentro da Constituição Federal a autorização jurídica para concessão de tal competência, justificar tal atribuição com base na mudança de perspectiva sobre o papel de intervenção do Estado na economia, bem como com a mudança jurídica que isso provoca, principalmente a reinterpretação do Princípio da Legalidade.

O capítulo terceiro, visa, por derradeiro, oferecer o que se entendeu ser a razão prática, e, sucessivamente, também jurídica, mais relevante para a justificação da competência normativa dos entes reguladores. Deste modo, além de falar-se sobre a mudança de concepção sobre o direito que trouxe a pluralidade social, comenta-se, por fim, sobre o Princípio da Eficiência.

CAPÍTULO 1: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PODER REGULAMENTAR.

1.1. A ação administrativa regulamentar: Do poder inerente ao Estado gestor.

Se há uma coisa sobre a qual não há dúvida é a ideia de que gerir algo induz e pressupõe organização, planejamento, instrução. Não há dúvida também que, para a concreta ação destes verbos, requer-se, no mínimo, normatização. A normatização a qual nos referimos compreende, neste sentido, a feitura de regras que promovam a ordenação e disciplina do que se tem sob responsabilidade.

A máquina pública, em suas nuances que comportem a mínima característica de autoridade, naturalmente conta com a prerrogativa de normatizar o que rege, se tratando tal atividade uma tarefa comum, se levado em consideração o dever de gerir. A gestão do Estado, dessa forma, engloba, portanto, ordenar, regular e organizar dada realidade social/jurídica¹.

Nesta condição, para que possamos falar sobre o seu papel de gestão, com o enfoque na atuação do seu Poder Executivo, e derivados a partir dele², propósito desta pesquisa, é essencial mencionar, antes de tudo, a lógica “jurídica” que motivou tal circunstância.

Por isso, em respeito a esta perspectiva gestora do Poder Executivo - que é fielmente representado pela função administrativa-, consideremos como ponto de partida o entendimento sobre a lógica do Estado Social³ e

¹Paulo Otero destaca que o conceito de administrar consubstancia uma atividade humana que, desenvolvida no âmbito de uma organização, envolve a gestão de recursos (humanos, técnicos, financeiros, materiais e imateriais) sendo passível de compreender as seguintes tarefas: planejar, organizar, conformar, controlar, informar. OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo-Volume I*. Reimpressão da ed. novembro 2013. Coimbra: Editora Almedina, 2014, p. 20.

²Dizemos assim porque o poder normativo das Agências Reguladoras tem natureza jurídica regulamentar, tal como o poder conferido ao Executivo.

³Afonso Queiró bem aponta que o Estado Social é um “Estado Administrativo”, entendendo-se tal expressão como referência para o momento em que se verifica a perda da possibilidade de o Parlamento regular “em primeira mão” toda a atividade da Administração, voltando-se a impor a necessidade de se confiar ao Executivo “um mais ou menos amplo poder normativo *praeter legem*”. QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Teoria dos Regulamentos. In *Revista de Direito e de Estudos Sociais*. Coimbra. ISSN 0870-3965. A. 27, nº 1 (1980), p. 1-19, a. p. 12-13.

Intervencionista, posto que, desde este modelo de acepção sobre o papel do Estado, se delineou uma atuação administrativa mais significativa, já que o Estado, nesta condição intervencionista, delegou para Administração Pública, necessariamente, essa função gestora, por assim dizer.

Ora, o modelo de Administração de um Estado Intervencionista possui características que nos permitem este entendimento. Isso porque tal modelo proporcionou, dentre outras coisas: o crescimento da estrutura organizativa e funcional da Administração Pública, com o intuito de responder ao aumento de tarefas as quais foi o Estado convidado a prestar, o que, por sua vez, ensejou a multiplicação do número de entidades, órgãos, serviços e pessoal. Ademais, reforçou o poder administrativo no contexto dos restantes poderes do Estado, falando-se na emergência de um “Estado-administrativo”⁴ em oposição ao clássico e liberal “Estado-legislador”. Desta forma, legitimou-se o protagonismo do executivo e da sua normatividade na regulação da ação administrativa, relegando para segundo plano o parlamento e a sua produção legislativa, viabilizando, por conseguinte, o domínio da ação administrativa por burocratas e pessoal especializado, numa progressiva indiferenciação ou marginalização da componente política, conduzindo a uma crescente burocratização e tecnização administrativas⁵.

Afonso Queiró, a respeito do contorno que ganha a função administrativa nos modelos de Estado Liberal e Social, a exemplo para um oportuno contraponto, aponta que, no Estado Liberal de Direito, a função administrativa revestiu duas facetas diferentes: garantia da ordem e da segurança pública interna e externa e prestação de serviços ao público. Desta forma, a garantia da ordem pública se operava mediante as limitações aos indivíduos na base da lei e também o apoio de uma sustentação financeira, obtida através de limitações ao direito de propriedade. A administração foi, nesta altura, “sobretudo polícia (sob variadas formas) e finanças, actividade policial e actividade financeira”⁶.

⁴Cf. a lição de Rogério Ehrhardt Soares.

⁵Cf. Paulo Otero. OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo- Volume I*. Reimpressão da ed. novembro 2013. Coimbra: Editora Almedina, 2014, p. 281-282.

⁶QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A função Administrativa. *Revista de Direito e de Estudos Sociais* (Separata). Coimbra: [s.n.], Ano XXIV, n.º. 1-2-3 (Jan.-Set. 1977), p. 3.

Quando, porém, o Estado, enquanto Administração, foi gradativamente deixando de ser “quase só um dispensador da ordem e segurança à sociedade”, para passar a ser também, e sobretudo, “uma espécie de grande empresa cuja missão se traduziu na efectivação de realizações práticas as mais variadas e na prestação de serviços ao público os mais diversos”⁷, de um modo geral, “a administração passou a ser, cada vez mais, algo dominado por um princípio de acção progressiva ou criadora”⁸. Logo, o Estado de Direito Social, ao pretender estabelecer a disciplina conformadora da sociedade e de suas necessidades, o faz por meio da via legislativa, em primeiro lugar e, logo após, pela via administrativa. Assim, “o Estado que protege os fracos, que distribui prestações sociais, que vela por que a economia desenvolva a sua capacidade de servir o povo...”, mescla as clássicas modalidades da administração policial e da administração financeira à administração de produção e administração distributiva, que alberga a concretização de certos esquemas de justiça social, institucionalizados a cada momento pelo legislador⁹.

O reforço da função administrativa alcançou, por extensão, o fortalecimento e também o protagonismo do Poder Executivo e, em que pese a gestão estatal a nível do modelo de Estado Social e Intervencionista entender-se um tanto ultrapassada, principalmente porque a sua adoção ao extremo desencadeou a crise estatal, especialmente de cunho financeiro¹⁰; vale a menção visto que, aqui, encontramos uma verídica função gestora que passou a lhe ser inerente e que, ademais, pontue-se, persiste hoje, mesmo ganhando outras proporções, as quais falaremos mais à frente.

Este modelo, portanto, conferiu maiores “poderes normativos” ao Poder Executivo, justo para que o Estado, por meio da Administração Pública, conseguisse melhor disciplinar as atividades que, então mais numerosas, se encontravam sob sua responsabilidade.

⁷QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A função Administrativa. *Revista de Direito e de Estudos Sociais* (Separata). Coimbra: [s.n.], Ano XXIV, n.º. 1-2-3 (Jan.-Set. 1977), p. 3.

⁸Ibid., p. 4.

⁹Ibid., p. 4.

¹⁰OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo- Volume I*. Reimpressão da ed. novembro 2013. Coimbra: Editora Almedina, 2014, p. 291.

Não obstante falarmos de “verídica função gestora” e “protagonismo normativo” neste momento, errado seria não reconhecer que ao Poder Executivo nunca se deixou de atribuir a capacidade de atuar estrategicamente, por exemplo, no bojo do seu “poder de polícia”, poder este que sempre se apresentou como meio pelo qual o Executivo se vale para restringir ou regular atividades particulares, visando a segurança, a moral, a salubridade pública. Bem assim, nunca se deixou de reconhecer a legitimidade de poderes discricionários nesse campo, desvinculando-se a atuação do poder público dos “padrões rígidos fixados pelo Poder Legislativo, através das leis”¹¹.

Ainda assim, vamos nos pautar na lógica permeada para atuação normativa do Executivo a partir do modelo de Estado Intervencionista, pois é aqui que reconhecemos o protagonismo do Poder Executivo na produção normativa. Tendo por base tal contextualização, passemos, adiante, a tratar sobre esta função normativa e as composições que dela aflora.

1.1.1 Atos Regulamentares do Estado sob a égide da função típica de administrar.

A função estatal que melhor representa a tarefa de gerir do Estado é, inquestionavelmente, a função administrativa¹², com maior representação no Poder Executivo. Falamos “maior representação” porque, certamente, qualquer mínima atividade de gestão envolve administração; logo, as demais funções, legislativa e judiciária, também se administram, sendo o contrário similarmente pertinente, pois administrar também engloba normatizar, típica função legislativa, e fiscalizar, típica função judiciária.

¹¹BRUNA, Sérgio Varella. *Agências Reguladoras: Poder Normativo, Consulta Pública, Revisão Judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.71.

¹²Sobre as “funções” do Estado, elucida Queiró: “A atividade administrativa do Estado é costume, na generalidade da doutrina, chamar-se a sua <<função administrativa>>. Isto pressupõe que o Estado realiza não um tipo apenas de atividade, distintas umas das outras. O Estado desenvolve várias funções. Essas funções são a função política ou <<governamental>>, a função legislativa, a função jurisdicional e a função administrativa, falando-se também, noutra formulação, em <<governo>>, legislação, jurisdição e administração”. QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *A função Administrativa. Revista de Direito e de Estudos Sociais* (Separata). Coimbra: [s.n.], Ano XXIV, nº. 1-2-3 (Jan.-Set. 1977), p. 1-2.

Esta observação, aparentemente simples e lógica, carrega, por extensão, uma importante reflexão: a função normativa tem um conteúdo abrangente; dessa maneira, não se esgota na atividade legislativa do Poder Legislativo, pois incorpora, do mesmo modo, as atividades regulamentar e regimental. O “regulamento”, portanto, é o ato normativo editado pelo Poder Executivo e o “regimento” como ato da mesma natureza, editado pelos tribunais. Assim, a designação “lei”, “regulamento” e “regimento” torna-se variante de critério subjetivo, conforme seja o órgão estatal editor do texto normativo.¹³

Neste seguimento, percebemos que a função gestora referida anteriormente está inserida na função normativa, por isso, ao falarmos da gestão emanada do Poder Executivo reportamos que, a mesma, se materializa por meio do poder regulamentar, que, por sua vez, se instrumentaliza na figura do regulamento.

O poder regulamentar, nos esclarece Afonso Queiró, existe com base em pelos menos três principais fundamentos: a) fundamento histórico, b) o fundamento lógico ou prático e c) o fundamento jurídico.

O fundamento histórico remonta da instauração do Estado Constitucional, onde percebeu-se não ser razoável levar até as últimas consequências a distribuição das funções estaduais pelos “poderes”, característica marcante da lógica monárquico-absolutista. Como consequência, ao Poder Executivo também se atribui uma larga parcela da função normativa, a qual, classicamente, era integralmente concedida ao Poder Legislativo.

O fundamento prático, a seu turno, decorre da necessidade de que a legislação provinda do Parlamento precise ser complementada, pois, muitas vezes, essa legislação nasce sem conter a “perfeição” e o “acabamento técnico” necessários para que possa ser executada fielmente. Para isso, ao Executivo é dispensada a edição de uma normação “secundária ou consecutiva”, nas quais se incluam preceitos que “esclareçam o pensamento legislativo, que integrem as lacunas e que forneçam os pormenores técnicos de um regime jurídico indispensáveis a uma boa e uniforme execução da lei”.

¹³Segundo BRUNA, Sérgio Varella. *Agências Reguladoras: Poder Normativo, Consulta Pública, Revisão Judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 78.

O fundamento Jurídico, por sua vez, tem sua base apoiada no sistema normativo que o suporta. Assim, cada Estado possuirá a sua configuração e, a depender da organização constitucional, um ou mais tipos de regulamentos¹⁴.

Segundo Enterría, o poder regulamentar, além de ser o poder em virtude do qual a Administração dita os regulamentos, é aquele que se consubstancia como o mais intenso e grave poder da Administração, posto que implica a participação na formação do Ordenamento¹⁵. Nas palavras do autor, a Administração não é, por este motivo, só um sujeito de direito submetido, como os demais, a um ordenamento que lhe é imposto, pois tem a capacidade de formar, em certa medida, seu próprio ordenamento, e até outros¹⁶.

A explicação de Enterría nos faz perceber que a gestão administrativa, ou o poder normativo regulamentar, comporta mais do que a atividade organizativa banal, o que, até dado ponto, a diferencia das demais formas de gestão. De toda maneira, essa gestão, seja mais ou menos abrangente a depender do que se está a regular, torna-se concreta, de modo geral, por meio do regulamento, o qual falaremos mais adiante.

Partindo, então, da ideia de que a função administrativa em razão de sua natureza eminentemente gerencial, agrega para si a atividade normativa regulamentar, passemos a falar sobre os regulamentos e os desdobramentos a eles imanentes.

1.1.2 Os Regulamentos.

Se o dever de gerir pressupõe a produção de regras, a gerência genuína do Poder Executivo (ou administrativo) se perfaz, naturalmente, por meio do regulamento administrativo, dispositivo responsável por concretizar a disciplina interna da função administrativa do Estado, concebendo-se como fruto da

¹⁴Segundo QUEIRÓ, Afonso. Teoria dos Regulamentos. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*. A.28, nº 1. Coimbra. 1986, p. 5-32.

¹⁵GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás- Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Volume I, 9ª ed. Madrid: Civitas, 1999, p. 174.

¹⁶*Ibid.*, loc. cit.

faculdade de emissão de normas internas intimamente relacionadas com o poder de direção, ou seja, normas regulamentares internas, as quais se refere Raquel Moniz¹⁷.

O regulamento é, efetivamente, conforme Marcello Caetano, um corolário do poder administrativo. É a ferramenta pela qual a Administração se autodisciplina e, bem assim, as normas constitutivas dos regulamentos brotam, segundo o autor, da própria autoridade da Administração para completar, desenvolver e esclarecer os preceitos legais¹⁸.

Para Garcia de Enterría regulamento é toda norma escrita ditada pela Administração¹⁹. Lembra o autor que, há muito tempo, inclusive, vê-se o regulamento como uma lei em sentido material, de acordo com a teoria constituída pelos juristas das monarquias germânicas do século XIX, aplicando-se a esta figura normativa, em consequência, toda a teoria da lei²⁰, ainda que o mesmo não pudesse contradizer as leis estritamente formais²¹.

O regulamento administrativo difere-se de outros tipos de regulamentação porque dimana de uma autoridade administrativa e versa matérias da competência administrativa²². Para o Professor Marcello Caetano, portanto, a qualidade de quem impõe o regulamento, e a matéria sobre qual este versa, o distinguem como norma geral, obrigatória e permanente²³ de outras

¹⁷MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Estudo sobre os Regulamentos Administrativos*. Editora Almedina: Coimbra, 2013, p. 33.

¹⁸ Cf. CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Vol. I. 10ª ed. Revista e atualizada pelo Prof. Dr. Diogo Freitas do Amaral. Editora Almedina: Coimbra, 2015, p. 32.

¹⁹GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás- Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Volume I, 9ª ed. Madrid: Civitas, 1999, p. 173.

²⁰Enterría entende que a teoria da lei é inaplicável ao regulamento, pois, como argumenta, a essência da lei é o seu caráter supremo na criação do direito e, tal qualidade, não se pode reconhecer a uma norma inferior. A lei reveste-se pela incondicionalidade de seu conteúdo e a irresistibilidade de sua eficácia por conta da sua legitimação na vontade da comunidade, e o regulamento, a seu turno, não pode cobrir-se com o “manto” dessa vontade porque a Administração, não é, segundo Enterría, representante da comunidade. É, em verdade, uma organização a serviço da mesma, por isso, o regulamento não expressa uma “vontade geral”, ele se delinea, na realidade, como uma simples regra técnica de expressão dos órgãos administrativos. *Ibid.*, p. 173-174.

²¹*Ibid.*, p. 173.

²²CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Vol. I. 10ª ed. Revista e atualizada pelo Prof. Dr. Diogo Freitas do Amaral. Editora Almedina: Coimbra, 2015, p. 95.

²³ O caráter permanente que tem o regulamento o difere, para Afonso Queiró, dos atos administrativos gerais, por exemplo. Isso porque, segundo o autor, “atos administrativos gerais ‘morrem’ com uma só aplicação”, ou seja, “têm a sua vida confinada a uma só oportunidade”. Do contrário, os regulamentos são de “execução permanente” por possuírem uma pretensão de duração contínua que não se consome na sua primeira aplicação, voltando a aplicar-se sempre

normas por igual gerais, obrigatórias e permanentes²⁴. Deste modo, o regulamento administrativo consubstancia-se como norma jurídica de caráter geral e execução permanente emanada de uma autoridade administrativa sobre matéria própria de sua competência²⁵.

Assim, de acordo com Raquel Moniz, o regulamento configura, em simultâneo, uma forma de atuação administrativa e um instrumento de direção geral, se afirmando, conseqüentemente, como uma norma jurídica emitida no exercício da função administrativa²⁶.

Jorge Manuel Coutinho de Abreu nos explica que os regulamentos configuram normas jurídicas porque permeados pela generalidade e abstração, via de regra (aqui, excluindo-se, segundo o autor, os regulamentos meramente revogatórios, aqueles que visam apenas revogar regulamentos anteriores, sem dispor de novo sobre a mesma matéria²⁷). A generalidade, esclarece, relaciona-se com as pessoas e, a abstração, às situações de fato, aos casos. Assim, um ato jurídico é geral quando tem por destinatários um número indeterminado e indeterminável de pessoas, quer dizer, dirige-se a um círculo de pessoas não individualizadas ou particularizadas, a priori. Já o ato jurídico abstrato é aplicável a um número indeterminado ou indeterminável de casos, voltando-se, portanto, à todas as situações de fato concretas e da mesma espécie que se verifiquem durante sua vigência e que recaiam no seu âmbito de aplicação²⁸.

Marcello Caetano propõe uma classificação aos regulamentos em áreas que compilam a) o domínio da sua aplicação; b) a dependência em relação a determinadas leis; e, por fim, c) o objeto destes regulamentos.

Quanto ao domínio da sua aplicação, explica, há regulamentos gerais e regulamentos locais. Os primeiros emanam do Governo para vigorar em todo

que a situação abstrata por ele prevista se verifique. QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Teoria dos Regulamentos. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*. Coimbra. ISSN 0870-3965. Ano 27, n.º. 1 (1980), p. 3.

²⁴CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Vol. I. 10ª ed. Revista e atualizada pelo Prof. Dr. Diogo Freitas do Amaral. Editora Almedina: Coimbra, 2015, p. 95.

²⁵Ibid., loc. cit.

²⁶MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Estudo sobre os Regulamentos Administrativos*. Editora Almedina: Coimbra, 2013, p. 259.

²⁷ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Sobre os Regulamentos Administrativos e o Princípio da Legalidade*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 38

²⁸Ibid., p. 23.

o território do Estado; os segundos vigoram unicamente numa região ou no território de uma circunscrição administrativa e são produto do Governo ou da autoridade cuja competência é restrita a certa parte do território nacional.

Quanto à sua dependência relativamente a certa lei, os regulamentos podem ser independentes, ou autónomos, e complementares. Os complementares são produzidos em seguimento a uma lei, visando garantir a sua execução pelo desenvolvimento de seus preceitos basilares. O regulamento complementar pode ser espontâneo, emanado pela autoridade administrativa sem a recomendação ou convite do órgão legislativo, meramente para disciplinar a execução da lei; e a convite do legislador, quando a lei contiver disposição que declaradamente estabeleça que tal órgão confeccionará os regulamentos necessários à execução dela. Os regulamentos independentes ou autónomos, por sua vez, não se propõe apenas a assegurar a execução de certa lei, porque são elaborados no exercício de competência própria para desempenhar as atribuições normais e permanentes da autoridade administrativa. Não quer dizer, porém, sinaliza o autor, que estes regulamentos não se submetem ao “espírito geral das leis existentes”; entretanto, o seu intento é prover a ação administrativa; assim, a lei que diretamente executam é a que atribui competência à autoridade que os elabora, sobre a matéria neles contida. São estes regulamentos que, segundo o autor, verdadeiramente assentam no Poder administrativo.

Por fim, quanto ao objeto, aponta, variam conforme a lei regulamentada, sendo a mais importante distinção os regulamentos de organização e os regulamentos de polícia. Os regulamentos de organização têm por objetivo disciplinar as funções dos agentes de um serviço, bem como permitem a fixação das normas do processo de expediente, do serviço ou das suas relações com o público, possibilitam a sistematização interna, seja a respeito das relações da administração com seus agentes quanto as da administração com o público²⁹.

²⁹E continua: “Estes regulamentos ainda se distinguem entre regulamentos processuais e regulamentos internos. Os primeiros contem normas relativas às relações entre os serviços e o público, regulando o modo como os particulares podem fazer valer os seus direitos perante a Administração ou obter desta as prestações que lhe são devidas. Já os regulamentos internos limitam-se a traçar o âmbito de cada sub-unidade dentro de um serviço e as tarefas de cada

Os regulamentos de polícia, para concluir, têm o objetivo de estabelecer restrições à liberdade individual, seja para prevenir ou para evitar que, em consequência de conduta perigosa dos cidadãos, se apercebam danos sociais. Estas restrições também devem ser autorizadas por lei formal, todavia, tradicionalmente, em relação à matéria de polícia a lei atribui larga competência discricionária às autoridades policiais³⁰.

A observação que podemos fazer quando da análise a respeito da classificação dos regulamentos nas doutrinas é a de que os exames mais marcantes recaem sobre a relação entre o regulamento e a lei, pois, como vimos, não há debates quanto a indispensabilidade da função normativa regulamentar no poder administrativo³¹, justo porque o dever de direção geral, do qual é incumbido o Poder Executivo, necessita da prerrogativa regulamentar.

A relação regulamento-lei sugere, antes de tudo, hierarquia. Ora, a lei é o esteio sobre o qual o regulamento deve se fundar e, por essa razão, o regulamento é expressão normativa que eclode em conformidade com o conteúdo da lei e nos limites que esta impuser³². Estar em conformidade e respeitar os limites da lei não quer significar, entretanto, que o regulamento só apresentará validade quando se dispuser a explicitar o objeto, a matéria da lei.

Em verdade, a lei habilita o regulamento, seja para operar sua concretização técnico-jurídica, como faz exemplo os regulamentos de execução, seja para dirigir determinado assunto de forma original, como ocorre com os regulamentos independentes. Em qualquer dos casos, a lei fornecerá a “moldura” legal para a atuação regulamentar, explícita, ou até implicitamente,

agente, e a regular as relações entre agentes, dos agentes com os órgãos de que dependem ou até o funcionamento de um órgão colegial”. Segundo CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Vol. I. 10ª ed. Revista e atualizada pelo Prof. Dr. Diogo Freitas do Amaral. Editora Almedina: Coimbra, 2015.

³⁰Ibid.

³¹Sobre o exercício da função normativa e a elaboração de normas jurídicas, um olhar, para nós, adequado ao assunto, nos é apresentado por Pedro Gonçalves que, ao nos falar da possibilidade de normatização por entidades privadas, muito bem coloca que a edição de normas jurídicas não se assume como uma tarefa ou um conteúdo, mas uma forma ou um instrumento que serve a prossecução de uma dada tarefa. GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 702. (Referência de Kirchhof p. 116.)

³²CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23ª ed. rev., ampl. e atualizada até 31.12.2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 63.

circunstância na qual se exige a obediência ao “bloco de legalidade” que acompanha a lei habilitante e/ou o Ordenamento Jurídico.

Assim, como adverte Ana Raquel Moniz, o fato de o regulamento conter normas inovadoras não lhe retira a natureza regulamentar nem lhe faz sofrer de ilegalidade. A concepção de que apenas a lei criaria direito é ultrapassada e, compreendendo o regulamento uma das fontes de Direito Administrativo, não se pode negar a possibilidade de este diversificar, também, a ordem jurídica. Além do que, continua a autora, impossível contemplar a própria Administração de maneira equivalente ao que ocorria no Estado liberal, um complexo destinado a cumprir as exigências da lei para a atuação efetiva dos fins do Estado.

Neste sentido, resume Ana Raquel Moniz, o regulamento, encarregando-se como um instrumento normativo de disciplina das relações jurídicas e, conseqüentemente, uma fonte de direito, possui sempre um grau de inovação, variando mediante a relação (de maior ou menor proximidade) com a lei. Caberá ao regulamento, no mínimo, esclarecer pormenores cuja orientação não coube ao legislador desenvolver, podendo, inclusive, dedicar-se a aprimoração de regimes. Por conseguinte, explica, o grau de inovação será mínimo nos regulamentos executivos e máximo nos regulamentos independentes³³.

Com base na referência teórica exposta, analisemos, agora, a conformação regulamentar de acordo com o direito brasileiro.

1.1.3. Tipos regulamentares de acordo com o legado constitucional brasileiro.

Antes que comecemos, compreendemos ser importante resumir alguns pontos que nos parecem significativos para entender como o regulamento se assenta no direito brasileiro. Primeiro, de acordo com este Ordenamento

³³MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Estudo sobre os Regulamentos Administrativos*. Editora Almedina: Coimbra, 2013.

Jurídico, especialmente em se tratando do Direito Administrativo e da Administração Pública, ainda persiste a ideia de que a Lei, e esta no seu sentido, geralmente, mais estrito, é o instituto jurídico de maior centralidade e hierarquia para este direito; fonte única, de onde brota toda a vontade administrativa e, bem assim, sendo o principal arrimo para sua ação.

Neste sentido, as leis comportam-se como as únicas espécies normativas hábeis a estabelecer direitos e obrigações e, por conta disso, inicialmente, não é permitido no sistema constitucional/administrativo brasileiro que atos normativos infralegais possam designar direitos e obrigações não previstos em lei. Tal assertiva desvela-se como a melhor forma a ser empregada para cumprir o Princípio da Reserva Legal, preceito constitucional insculpido no art. 5º, II, da Constituição brasileira³⁴ que, com muita clareza, nos fala da imprescindibilidade da lei para obrigar ou desobrigar cidadãos.

Seguindo tal raciocínio e, mais ainda; na tentativa de fazer-se cumprir outro relevante princípio da ordem brasileira, qual seja, o Princípio da Separação dos Poderes, prescrito no art. 2º da Constituição³⁵, estipulou-se a competência exclusiva do Poder Legislativo para editar estas leis, competência, diga-se, absoluta e indelegável. Estes mandamentos, destarte, visam satisfazer a primazia da lei, maior representação do fundamento jurídico-administrativo brasileiro.

Geraldo Ataliba, a respeito da noção que se constrói sobre o Princípio da Separação dos Poderes, pondera que a tripartição encerraria a “fórmula de contenção e disciplina do exercício do poder estatal” e apareceria, desta maneira, como a “expressão funcional do princípio republicano, cujos postulados básicos encontram eficácia nessa formulação”³⁶. Ora, é assim que, em respeito a estes postulados, conferiu-se ao Poder Executivo a autoridade para expedir atos normativos abstratos para regulamentar as leis e, entenda-se regulamentar

³⁴Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (...).

³⁵ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

³⁶ATALIBA, Geraldo. Liberdade e poder regulamentar. *Revista de informação legislativa*. Vol. 17, nº. 66 (abr./jun. 1980), p. 45-74.

como o ato de complementar o seu conteúdo, com a finalidade de que possam ser fielmente cumpridas.

Por isso, em regra, não podem os regulamentos, em respeito ao Princípio da Reserva Legal e do Princípio da Separação dos Poderes, sobretudo no direito brasileiro, inovar no Ordenamento Jurídico de modo a criar ou extinguir obrigações e/ou direitos, tal qual as leis. Ainda nas palavras de Geraldo Ataliba, não tolera a Constituição brasileira que o Executivo, portanto, exerça “nenhum tipo de competência normativa inaugural, nem mesmo em matéria administrativa”, pois, “essa seara foi categoricamente reservada aos órgãos da representação popular” sendo essa sistemática cerrada e inflexível. Logo, finaliza, se o intérprete não chegar a esta conclusão pela leitura das disposições que delineiam a competência regulamentar, quase certamente chocará no Princípio da Legalidade tal como formulado, “ninguém, nenhuma pessoa, nenhum sujeito de direito poderá ser constrangido por norma que não emane do legislador”³⁷.

O poder regulamentar no Brasil se concretiza, portanto, na forma de decretos e regulamentos, conforme a lição do art. 84, IV³⁸, da Constituição Federal. Decretos e regulamentos nascem com o propósito de executar as leis de modo fiel, conforme a descrição literal do referido dispositivo. A opção por adotar o termo “fiel” parece mesmo absorver um sentido de absoluta restrição a qualquer grau de inovação do ato normativo regulamentar, sobretudo quando se examina esta opção em consonância com o contexto de super valoração dos Princípios da Reserva Legal e da Separação dos Poderes, de acordo com os filtros do direito administrativo brasileiro.

De fato, como pontua Geraldo Ataliba, os textos constitucionais brasileiros tradicionalmente deram à atividade regulamentar do Executivo uma estrita disciplina; derivada, e em extrema atenção, a uma rígida concepção da Separação dos Poderes, sempre presente como uma forma de reação aos abusos do arbítrio e onerosos erros cometidos nos períodos discricionários

³⁷Ibid., loc. cit.

³⁸ 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 (...). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

marcados na história das instituições brasileiras³⁹. Por isso, para o autor, estudar o regulamento é estudar os limites à ação executiva em confronto com a liberdade, posto que, simbolicamente, a própria construção histórica do pensamento de limitação do poder estatal reflete a tentativa de contenção dos poderes arbitrários do executivo.

Neste cenário, surge para nós a questão: qual a real importância jurídica deste instituto? Sem dúvida, parece-nos claro que a figura do regulamento recebe importância secundária e de pouco prestígio neste ordenamento. Isso se comprova claramente quando verificamos a falta de regras a respeito de um processo regulamentar e, de igual modo, o raro tratamento da temática por doutrinadores brasileiros, muito embora existirem diversas obras sobre os limites do poder regulamentar. A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito federal, a exemplo, não apresenta praticamente nenhuma referência a produção de normas⁴⁰.

Em verdade, para Alexandre Moreira, o processo regulamentar no Brasil não é uma questão de grande valor prático pois, além da ausência quase completa de regras relativas ao processo de regulamentação, há ausência de discussão desse problema na doutrina e nos tribunais brasileiros. Em contrapartida, afirma o autor, qualquer comparação entre o número e a extensão das leis e dos regulamentos editados no país indica que o processo de regulamentação chega a ser em alguns casos mais importante que o processo legislativo para as pessoas diretamente afetadas e para a ordem social em geral⁴¹.

De todo modo, com base nesses fatores distinguimos no direito brasileiro duas espécies de regulamento. O primeiro, o chamado regulamento de execução, como facilmente se pode depreender de sua nomenclatura, tem a

³⁹Cf. Geraldo Ataliba. E continua: “Tanto isso é exato que toda constituinte democrática restaura o esquema, na sua pureza. E a deterioração do regime constitucional sempre se manifesta por desequilíbrios neste setor”. ATALIBA, Geraldo. Liberdade e poder regulamentar. *Revista de informação legislativa*. Vol. 17, nº. 66 (abr./jun. 1980), p. 45-74.

⁴⁰MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. Como e por que tornar efetivo o invisível processo regulamentar brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público-RBDP*. Belo Horizonte. Vol. 13, nº. 48 (jan/mar 2015), p. 129,130.

⁴¹MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. Como e por que tornar efetivo o invisível processo regulamentar brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público-RBDP*. Belo Horizonte. Vol. 13, nº. 48 (jan/mar 2015), p. 130.

missão de complementar a lei para garantir a sua fiel execução. É a lição literal do já mencionado artigo art. 84, IV, da Constituição Federal brasileira. Deste tipo desaponta, claramente, a assertiva de que o regulamento não pode inovar a ordem jurídica, assim, trata, conseqüentemente, de estabelecer como os cidadãos, ou a própria Administração, poderá cumprir o que está previsto em lei.

O segundo, o chamado regulamento independente ou autônomo, confere maior abertura no quesito de inovação da ordem jurídica. Esta espécie de regulamento é, mormente, inadmitida pelo sistema constitucional brasileiro, justo para atender o Princípio da Reserva Legal. Neste sentido, a aludida “função inovadora” se realiza diante de matérias não regidas por lei.

Este tipo regulamentar passou, entretanto, a existir após a Emenda Constitucional nº 32 de 2001, a qual criou duas hipóteses de regulamento autônomo. De acordo com ela, o Presidente da República pode dispor, diretamente, sobre a organização e o funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos; ou, extinguir funções ou cargos públicos, quando vagos, conforme arranja o art. 84, VI, da Constituição⁴².

Ora, como facilmente se absorve do teor da alínea do referido artigo, o poder regulamentar do Executivo é tradicionalmente restrito e limitado no direito brasileiro, posto que o regulamento é considerado um instrumento normativo secundário que encontra validade por amparar-se na lei estrita.

A conclusão preliminar que brota das análises feitas até aqui sobre a força do poder regulamentar e do regulamento no direito brasileiro está diretamente associada ao antigo descrédito em relação ao Poder Executivo. É como se, nas palavras de Anna Acker, a transferência de tarefas normativas ao Executivo fosse sempre vista “como fruto de uma ‘vontade’ maquiavelicamente posta a serviço da revitalização de um centralismo absolutista” empobrecendo o potencial de um instrumento que também pode ser apreciado muitas vezes “como uma tentativa, ainda que reformista, de atender à pressão popular por um

⁴²(...) VI – dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; (...).

dinamismo legislativo que a mecânica dos órgãos parlamentares não consegue realizar”⁴³.

De fato, a atividade normativa regulamentar oferece ao Ordenamento Jurídico a dinamicidade e o movimento que a lei não oferecerá no mesmo lapso temporal, entretanto, essas e outras questões correlatas serão tratadas em tópico específico. Por hora, concentremo-nos nos aspectos da regulamentação que envolve a ação reguladora do Estado, para, por derradeiro, discorreremos acerca da questão central desta pesquisa.

1.2. Regulamentação X Regulação: o modelo regulatório brasileiro.

Ao promover neste tópico um diálogo entre a regulamentação e a regulação, conceitos que adotamos como diferentes perspectivas para análise da função normativa exercida pelo Poder Executivo, procuramos fornecer a ligação e, ao mesmo tempo, a diferenciação, entre o que já dissemos e o que ainda vamos dizer sobre esta função.

De acordo com o já registrado, vimos que a faculdade normativa do Poder Executivo é legítima por dois principais motivos: 1) porque toda organização, para se instruir, necessita de regramentos e, por isso, para concretizar sua disciplina interna o Executivo, assim como os demais poderes, conta com esta prerrogativa e 2) porque a própria Constituição Federal brasileira concede ao Poder Executivo esse privilégio para complementar o sentido das leis.

Nesta toada, consideremos que o ato de regulamentar engloba, de maneira geral, a ação de normatizar. Ao Poder Executivo, portanto, é atribuído o poder regulamentar pela Constituição Federal brasileira para que, com esta prerrogativa, seja possível o cumprimento do dever do Estado de gerir e regular o que rege.

⁴³ACKER, Anna Britto da Rocha. *Poder Normativo e Regime Democrático*. São Paulo: LTR, 1986, p. 20.

A regulação, assim, se apresenta como um braço da regulamentação estatal e, por consequência, a ação de normatizar se insere no contexto da regulação de forma natural, ainda que de maneira derivada e reduzida. Portanto, a regulação torna possível que a regulamentação, típica do Estado, ganhe um outro espectro.

Nas palavras de Vital Moreira, o termo “regulação” é essencialmente ambivalente: pode designar “um estado de equilíbrio e de regularidade no funcionamento de um sistema ou mecanismo” e também o “estabelecimento de regras (regulamentos) a serem observadas num determinado comportamento ou situação, tendo precisamente como objectivo garantir ou repor o equilíbrio e/ou regularidade do seu funcionamento”⁴⁴.

A regulação, com efeito, é a porção de gestão do Estado mais caracteristicamente ligada à economia, deste modo, é através da regulação econômica que “as mãos” do Estado dirigem alguns aspectos do mercado, com o intuito de manter-se o equilíbrio e o respeito ao interesse público. O conceito de Vital Moreira, a exemplo, bem expõe o objetivo da regulação ao correlacioná-la com o equilíbrio de um sistema ou mecanismo.

A concepção econômica diz muito sobre o contorno que ganha a regulação estatal. Na vigência do liberalismo prevalecia a lógica de uma economia “não regulada”, isso, entretanto, nos explica Vital Moreira, não quer significar um funcionamento desregulado, mas que o funcionamento regulado do mercado não carecia de hetero regulação, ou seja, a regulação brotava do próprio sistema naturalmente, não precisando ser regulado de fora.

No final do século XIX, todavia, a concepção muda quando, nos Estados Unidos, a regulação exterior se instaura com o intuito de prevenir e restaurar o funcionamento da concorrência contra as distorções que a liberdade do mercado tinha produzido. O capitalismo evoluído não suportava mais a representação liberal da auto regulação, por isso, uma economia artificialmente regulada por via estatal, ou por seu impulso, havia se tornado condição do seu

⁴⁴MOREIRA, Vital. *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 21.

funcionamento. O mercado, assim, passava de regulador para instituição regulada.

O papel do Estado na economia transitou de um período abstencionista no século XIX, para intervencionista no século XX. O Estado liberal mantinha uma atividade reguladora reduzida às tarefas gerais da polícia administrativa, promoção de infraestruturas e a prestação de escassos serviços públicos. De modo distinto, o Estado social, que se elevou em meados do século XX, absorveu uma política mais ativa, tanto econômica quanto social, culminado com sua participação direta na produção e prestação de bens e serviços e com a regulação da atividade econômica⁴⁵.

Notoriamente, esta intervenção estatal, que se se iniciou com a I Guerra Mundial, acentuou-se depois da crise de 1929. Durante os anos trinta, então, se multiplicaram as Agências Reguladoras nos Estados Unidos, em atenção a política do *New Deal*, os *offices* intervencionistas na França e os organismos reguladores das economias fortemente dirigidas da Alemanha, Itália e Portugal⁴⁶.

O movimento no mercado impulsionou a atividade regulatória do Estado na economia; todavia, antes deste momento de intensificação da participação estatal no referido setor, já tivemos a oportunidade de dizer, assistimos um Estado cada vez mais atuante no quesito regulamentação, posto que suas responsabilidades, então crescentes devido a emergência do Estado Social, assim exigiam para melhor serem conduzidas.

Regulamentação e Regulação, por derradeiro, são nuances da atividade normativa que acabam ganhando contornos diferenciados devido ao objeto sob comando. No sentido em questão, teremos, conseqüentemente, a regulação como a via de normatização do Estado para o domínio econômico.

Passemos, assim, a falar um pouco mais sobre a atividade de regular do Estado para que possamos adentrar no campo das Agências Reguladoras.

⁴⁵MOREIRA, Vital. *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 22-24.

⁴⁶*Ibid.*, p. 23,24.

1.2.1. A emergência do Estado Regulador.

Embora seja comum referir-se à “emergência” de um Estado Regulador, nos termos antes mencionados, não se pode deixar de considerar que, de alguma forma, a participação estatal no meio econômico sempre existiu. Assim, a atividade regulatória, nesta lógica, é uma constante entre as atribuições do Estado.

Em geral, explica Verônica Cruz, a performance regulatória do Estado se realiza mediante dois modos: diretamente, via fornecimento de bens e serviços públicos pelo próprio Estado, por meio das empresas estatais que atuam em setores de monopólios naturais ou não; ou a partir de sua estrutura tradicional, como ministérios ou órgãos a eles subordinados. Até o início dos anos 1990 predominou na Europa e na América Latina a primeira opção⁴⁷.

Mas, para falarmos de um Estado Regulador em emergência, importante é reconhecer que este fenômeno tenha se dado em momentos econômicos diferentes, quando tomamos por base a experiência norte-americana, europeia⁴⁸ e latino-americana. Um ponto de convergência entre essas experiências, no entanto, é incontestável: a regulação surge no período em que se assistiu a (indispensável) reestruturação do papel do Estado frente as perspectivas econômicas.

A experiência norte-americana decorre da crise do liberalismo econômico que em 1929 chegou ao seu ápice, provando que o mercado não conseguia “caminhar sozinho” diante de um capitalismo livre de regras. A

⁴⁷CRUZ, Verônica. Estado e Regulação: fundamentos teóricos. In RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Organizador). *Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: Anvisa, 2009, p. 54.

⁴⁸João Nuno Calvão ao explicar que “o papel dominante na cena sócio-econômica americana é primordialmente assumido pelos indivíduos, pela sociedade e não pelas autoridades públicas, pelo Estado” destaca a figura das *corporations* sociais que substituem “o papel central da autoridade política de aparelhos estatais centralizados”. Neste sentido, conclui: “Deste modo, as *independente regulatory agencies* surgem como uma tentativa de o Poder Público controlar os excessos das *corporations* e, sobretudo, de limitar os efeitos perversos da concorrência selvagem. Na verdade, ao contrário do que sucedeu na Europa, onde as ARI surgiram num contexto de dismantelamento das barreiras estatais ao livre funcionamento do mercado, na gênese das *independent agencies* americanas está a razão inversa: a necessidade de conter os efeitos nefastos derivados da livre concorrência”. SILVA, João Nuno Calvão. *Mercado e Estado: Serviços de interesse econômico geral*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 130-131.

situação, conseqüentemente, induziu a reformulação do papel do Estado, e este, portanto, passou a ser imprescindível para a gerência do mercado.

A realidade europeia e dos demais países, diferentemente, refletiu outra perspectiva. Um cenário de privatizações e liberalizações econômicas, que ocorreu por volta dos anos 70 do século XX, fez surgir a necessidade de um Estado Regulador nestas realidades. O Estado, nestes contextos, é “despido das vestes de prestador para passar a desenvolver sobretudo tarefas de regulador”⁴⁹, provocando a alteração das relações entre o Estado e a economia numa ótica inversa.

Para as realidades econômicas que conviveram com o período do Estado Social, marcado pela intervenção do Estado na economia como produtor de bens e serviços, a regulação passa a sintetizar uma atividade de gerenciamento e supervisão sobre estes serviços, que agora são prestados pela iniciativa privada, em decorrência do movimento de privatizações. No caso europeu, em verdade, além da própria crise do capitalismo, dois fatores contribuíram para o processo de privatização das empresas públicas: os efeitos da expansão do Estado Social e o surgimento do direito comunitário⁵⁰.

Neste sentido, bem explica Pedro Gonçalves, na Europa e nos demais sistemas onde a ideia “matriarcal de serviço público” prevaleceu, o conceito de Estado Regulador denota, portanto, “a retracção, o ‘rolling back’, da acção pública na esfera social”, acção caracteristicamente marcada pelo fornecimento de bens e prestação de serviços econômicos. De maneira oposta sucedeu na experiência americana pois, desde o fim do século XIX, vislumbrou-se um alargamento da intervenção pública. Sendo assim, são “opostos os percursos e a ratio da ‘regulation’ no direito norte-americano e no direito europeu”.⁵¹

⁴⁹ SILVA, João Nuno Calvão. *Mercado e Estado: Serviços de interesse económico geral*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 119.

⁵⁰DASSO JÚNIOR, Aragon Érico. *Estado regulador, regulação e agências reguladoras: uma contribuição teórica a partir do caso brasileiro*. Disponível em: <http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_economia/revista/febrero_2012/Estado_regulador_Aragon_Dasso_Junior.pdf>.

⁵¹GONÇALVES, Pedro. Direito Administrativo da Regulação. In *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano* (Separata). Coimbra: Editora Coimbra, 2006, p. 539.

No Brasil, vislumbramos reflexos de um Estado interventor na economia no primeiro governo de Getúlio Vargas (1930-1945)⁵², permanecendo no período do governo militar (1964-1985) com o “Estado desenvolvimentista”⁵³. Entre as décadas de 1930 e meados de 1970, portanto, o modelo econômico brasileiro ficou conhecido como “substituição de importações”⁵⁴, modelo sinalado pela forte industrialização brasileira a partir do incentivo e intervenção do Estado na economia, que procurava, com tal posicionamento, sobreviver aos reflexos das crises no comércio internacional iniciadas com a crise de 1929. Segundo Aragon, a intervenção do Estado na economia, no Brasil, não tinha como objetivo diminuir as desigualdades sociais existentes e nem garantir serviços públicos universais, como se atribui às “funções” do Estado de bem-estar social europeu⁵⁵.

O início da década de 1980, após o “segundo choque do petróleo”, e o alastro do fenômeno da globalização, marca grandes alterações no papel dos Estados que, neste caminhar, assimilam a desregulamentação da economia, privatizações das empresas públicas e a abertura comercial.

O Brasil acompanhará a tendência mediante a tentativa de investida na harmonização da economia nacional à economia globalizada, momento no qual se visualiza a abertura à concorrência, a introdução de formas empresariais de gestão e direção nas atividades que continuaram sob responsabilidade governamental e, também, pela reforma monetária e da administração pública, que procurou desonerar a administração direta por meio de órgãos descentralizados⁵⁶.

⁵²Para maiores informações ver MOURÃO, Rafael Pacheco. Desenvolvimento, industrialização e ordenamento político: uma discussão sobre os Estados em Getúlio Vargas e Juscelino Kubitschek-dois Estados, uma Ordem. *Revista História em Curso*. Revista Eletrônica do Departamento de História da PUC Minas, ISSN: 2178-1044.

⁵³FIORI, José Luís. Para repensar o papel do Estado sem ser um neoliberal. *Revista de Economia Política*. Vol. 12, n.º. 1 (45) (janeiro-março/1992).

⁵⁴Para maiores informações MATTEI, Lauro; DOS SANTOS JÚNIOR, José Aldoril. Industrialização e substituição de importações no Brasil e na Argentina: Uma análise histórica comparada. *Revista de Economia*. Editora UFPR. Vol. 35, n.º. 1 (ano 33) (jan./abr. 2009), p. 93-115.

⁵⁵DASSO JÚNIOR, Aragon Érico. *Estado regulador, regulação e agências reguladoras: uma contribuição teórica a partir do caso brasileiro*. Disponível em: <http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_economia/revista/febrero_2012/Estado_regulador_Aragon_Dasso_Junior.pdf>.

⁵⁶FARIA, José Eduardo. Introdução. IN FARIA, José Eduardo. (Organizador). *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo. 2002. p. 7-8.

Finalmente, tem força a partir da década de 1990 o Estado Regulador no Brasil com a adoção do modelo de Agências Reguladoras Autônomas. Tal modelo estabelece uma nova dinâmica política para a ação regulatória estatal que, até então, estava habituada ao modelo regulatório interventor, autoritário e centralizador implementado na era Vargas, com alguma abertura à descentralização administrativa no período militar⁵⁷. A adoção do modelo, neste sentido, proporcionou que a formulação de políticas setoriais, antes restrita aos gabinetes ministeriais, aos conselhos institucionalizados no interior da Administração direta, passassem a ser formuladas por técnicos especializados, desvinculando o Presidente da República das decisões políticas e do “jogo de barganhas” políticas com o Congresso⁵⁸.

Em todo caso, independente da característica que o Estado Regulador desenvolva, respeitando as peculiaridades do sistema jurídico-institucional que o adote, podemos dizer que a atuação reguladora, segundo Pedro Gonçalves, será capaz de “conhecer um sentido conformador, dirigista, disciplinador ou simplesmente controlador” traduzindo “uma acção de ‘alguém que está de fora’, que comporta como agente exterior à atividade regulada” portanto, “o Estado regulador situa-se na posição de um ‘estranho’ ao exercício efectivo da atividade regulada; interfere, intromete-se apenas para definir as regras de desenvolvimento da atividade, bem como para implementar e fiscalizar a verificação de tais regras”⁵⁹.

Com o Estado desenvolvendo sua regulação na economia revestido da perspectiva de “Regulador”, as instituições que passam a ganhar destaque nessa dinâmica são, portanto, as Agências Reguladoras. Delas nos ocuparemos agora.

⁵⁷Para mais informações sobre o modelo estatal dos períodos em questão, com uma análise abrangente abarcando o caminho da Administração Pública nestes momentos ver PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Do Estado Patrimonial ao Gerencial. In PINHEIRO, Paulo Sérgio; WILHEIN, Jorge; SACHS, Ignacy (Organizadores). *Brasil: Um século de transformações*. São Paulo: Cia. das Letras, 2001. p. 222-259.

⁵⁸ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulação econômica e social e participação pública no Brasil. *IX Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*. Madrid, Espanha, 2-5 de nov. 2004. Disponível em: <https://ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/mattos_regulacao%20economica%20.pdf>.

⁵⁹GONÇALVES, Pedro. Direito Administrativo da Regulação. In *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano* (Separata). Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

1.2.2. Agências Reguladoras Brasileiras: Competências e atribuições.

O fenômeno da regulação, com a aparição das primeiras instituições regulatórias, ocorre ainda por volta do século XIX na Inglaterra e nos Estados Unidos.

É a partir de 1834, na Inglaterra, que florescem os primeiros entes autônomos, criados pelo Parlamento com a função de concretizar medidas previstas em lei e decidir controvérsias oriundas dos respectivos textos legais. Neste contexto, para cada lei que disciplinasse um assunto de relevância, criava-se um ente para conduzir essa tarefa.

Os Estados Unidos em 1887, com base na influência Inglesa, dá início à criação de Agências para regulação de atividades, deveres e imposição de sanções. O nascimento deste modelo de regulação surge pela necessidade de se oferecer uma resposta às disputas ocorridas entre empresas de transporte ferroviário e fazendeiros do Oeste que, na época, estavam insatisfeitos com a política tarifária destas empresas. Como retorno às reivindicações e conflitos, criou-se então a *ICC- Interstate Commerce Commission* e, mais tarde, a *FTC- Federal Trade Commission*, destinadas a controlar condutas anticompetitivas de empresas e corporações monopolistas⁶⁰.

Foi a crise de 1929, entretanto, que estimulou a criação e propagação de várias Agências Administrativas nos Estados Unidos, com o objetivo de reestruturar a economia americana até então exclusivamente respaldada no pensamento liberal e a mínima intervenção estatal.

No Brasil, as Agências Reguladoras Independentes emergem durante o regime de desestatização⁶¹, regime que consagrou um novo modelo

⁶⁰GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. *Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico - REDAE*. Salvador, Bahia, Brasil. n.º. 6 (mai./jun./jul. 2006).

⁶¹Dinorá Grotti aponta que de longa data no direito brasileiro existe uma série de órgãos e entidades reguladoras, embora não com a denominação de agências, tais como o Comissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café-IBC (1923), o Instituto do Alcool e do Açúcar-IAA (1933), o Instituto Nacional do Mate (1938), o Instituto Nacional do Sal (1940), O Instituto Nacional do Pinho (1941). GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. *Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico - REDAE*. Salvador, Bahia, Brasil. n.º. 6 (mai./jun./jul. 2006).

organizacional do Estado brasileiro no momento em que a economia do país se apoiava na liberalização do mercado com o processo de privatizações.

Ora, o contexto econômico brasileiro propulsor do fenômeno de desestatização e agencificação sofreu, na verdade, grande influência do movimento internacional de modernização do Estado que ocorreu a partir dos anos 80⁶², modernização esta impulsionada pela crise financeira do Estado de bem-estar social e burocrático. O Estado de bem-estar social, por construir-se com base em uma relação paternalista com a sociedade, prestando e fornecendo bens e serviços, afundou-se em dívidas; além do que, por comportar excessiva burocratização, mostrava-se cada vez mais ineficiente. O sistema capitalista, por sua vez, não era capaz de suportar um Estado pesado e pouco ágil para o fomento do mercado, por isso, teve ele que sofrer uma modernização que o elevou ao grau de regulador, como já tivemos a oportunidade de falar, assumindo como tarefa a potencialização do mercado através de uma postura gerencial e de garantia⁶³.

As Agências Reguladoras Independentes brasileiras, similares as *Independent Regulatory Commission* do modelo de regulação norte americano, elevam-se, portanto, pela necessidade do Estado brasileiro de modernizar seu papel de gestor perante o mercado, delegando e descentralizando tarefas para

⁶²Das palavras de José Matias Pereira extraímos que a modernização do Estado, tendo como parâmetro a administração pública e admitindo-se a década de 1980 como um divisor em que o mundo caminhou de uma administração pública comparada clássica ou tradicional para uma nova administração pública, apoiada na denominada *middle-range theory*, foi estimulada pela necessidade de se encontrar respostas para problemas como eficiência, eficácia, efetividade, legitimidade democrática, impacto das tecnologias da informação na administração, entre outros, e por avanços em uma série de disciplinas ligadas à teoria organizacional, ciência política e economia (neo-institucionalismo e *public choice*). PEREIRA, José Matias. Administração pública comparada: uma avaliação das reformas administrativas do Brasil, EUA e União Européia. *Revista de Administração Pública - RAP*. ISSN 0034-7612. Rio de Janeiro. 2008.

⁶³Pedro Gonçalves define o Estado de Garantia como sistema ou estrutura de realização do bem comum que se situa “a meio caminho, num ponto intermédio, entre dois modelos extremados – o modelo de Mercado e o modelo de Estado” traduzindo-se como “o resultado de uma interação e de uma partilha otimizada de tarefas e de responsabilidades entre as duas polaridades, rejeitando a tendência totalitária e excludente em que se centram os dois primeiros modelos”. Neste contexto, “o Estado pretende protagonizar um envolvimento mais ambicioso no espaço social, assumindo, além do mais, um dever institucional de assegurar ou de garantir a obtenção de determinados resultados e a realização de certas finalidades de interesse público. O interesse público mantém-se, pois, como critério orientador da state action, mesmo quando, em concreto, a produção das utilidades que satisfazem esse interesse se encontra em mãos de particulares”. GONÇALVES, Pedro Costa. Estado de Garantia e Mercado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Vol. VII (especial: Comunicações do I Triênio dos Encontros de Professores de Direito Público) (2010), p. 97-128.

promover eficácia e eficiência nos serviços de natureza pública. É nesta conjuntura que, segundo Ricardo Duarte Júnior, o ente político dá início à criação de entidades descentralizadas e especializadas com autonomia decisória, em relação à administração direta, autonomia funcional, financeira e orçamentária, “(teoricamente) imune a ingerências político-partidárias”, imbuídas de funções técnicas e poderes normativos, “para atender a sua nova forma de atuação como agente regulador da atividade econômica (em sentido amplo), com base e finalidade no interesse público e na eficiência da prestação daquela atividade”⁶⁴.

Com fundamento neste propósito, o ano de 1990 foi o marco jurídico para concretização do projeto de novo papel a ser desempenhado pelo Estado, primeiramente com a propositura da Medida Provisória nº 155/90, adiante convertida na Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, instituindo o “Programa Nacional de Desestatização”. Posteriormente, a Lei nº 9.491 de 9 de setembro de 1997 revogou o antigo diploma, alterando procedimentos e estipulando outras providências. Neste cenário, de acordo com Caio Tácito, o direito público passa a exprimir duas vertentes especiais: a política de privatização e a de desburocratização da máquina estatal, com o fortalecimento da associação entre o serviço público e a iniciativa privada, bem como a ingressão do capital estrangeiro⁶⁵.

A Constituição Federal brasileira de 1988 absorve a proposta de reforma do Estado a partir das Emendas Constitucionais nº 5 e nº 8, de 15 de agosto de 1995, que modificaram, respectivamente, os artigos 25, parágrafo 2º e 21, inciso XI e inciso XII, alínea “a”, declarando a abertura para prestação de alguns serviços públicos à iniciativa privada via autorização, permissão e concessão, e, no mesmo passo, a EC nº 9, de 9 de novembro de 1995 alterando o artigo 177, extinguindo o monopólio estatal de exploração de petróleo e admitindo o acesso de empresas privadas.

⁶⁴DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira. *Agência reguladora, poder normativo e democracia participativa: uma questão de legitimidade*. Juruá: Curitiba, 2014, p. 120.

⁶⁵TÁCITO, Caio. Agências Reguladoras da Administração. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. e-ISSN 2238-5177. Vol. 221 (jul/set. 2000), p.1-5.

Este salto no entendimento sobre expandir a responsabilidade pública, dividindo as tarefas com a iniciativa privada no sentido econômico como viemos explorando, não poderia vir sem um suporte. Por isso, é importante assinalar que essas Emendas, conforme Caio Tácito, ao mesmo tempo que abriram portas ao capital privado, determinaram, de modo expresso, a criação, em lei, de um órgão público regulador da atividade privada, tornando tal evento o caminho da instituição legal das Agências Reguladoras da atividade econômica⁶⁶.

Com o Decreto nº 2.487, de 2 de fevereiro de 1998, nascem as Agências Executivas, instituições que figuraram como o primeiro modelo da transformação administrativa para a reforma do Estado⁶⁷. Tais agências representaram relevante passo para o processo de desconcentração estatal, como entes autônomos voltados para dentro da Administração Pública, impulsionando com vigor a busca pela Administração Pública gerencial (que no cenário internacional ficou conhecida como *new public management*). As Agências Executivas⁶⁸ simbolizaram, sob um ângulo, a relativa autonomia frente à Administração Pública central e, não obstante ainda se caracterizarem como

⁶⁶TÁCITO, Caio. Agências Reguladoras da Administração. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. e-ISSN 2238-5177. Vol. 221 (jul/set. 2000), p.1-5.

⁶⁸As Agências Executivas são instituições que nascem a partir da qualificação de uma autarquia ou fundação pública pelo Poder Executivo, por meio de um contrato de gestão, conforme o art. 51 da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios. O contrato de gestão é o instrumento que contém contornos de planejamento estratégico, resultados de eficiência, eficácia e efetividade, com cronogramas e respectivos indicadores de desempenho. (cf. SANTANA, Ângela. Agências executivas e agências reguladoras – o processo de agencificação: pressupostos do modelo brasileiro e balanço da experiência. In Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Balanço da reforma do Estado no Brasil: a nova gestão pública. Disponível em: <http://www.cedec.org.br/files_pdf/balancodareformadoestadonobrasil.pdf>). Segundo José dos Santos Carvalho Filho estas agências se distinguem das agências reguladoras pela circunstância de não terem como função precípua exercer o controle sobre particulares prestadores de serviços públicos. Tais entidades destinam-se a exercer atividade estatal que, para melhor desenvoltura, deve ser descentralizada. A base de sua atuação é a operacionalidade, diversamente da função de controle, alvo primordial das agências reguladoras. O autor entende que as agências executivas não apresentam qualquer peculiaridade que possa distingui-las das clássicas autarquias, salvo a criação da então desconhecida nomenclatura de agência. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23ª ed. rev., ampl. e atualizada até 31.12.2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 533, 534.

órgãos públicos, não mais sofriam o controle direto do Ministério ao qual eram vinculadas⁶⁹.

Com efeito, o pulo para a reforma estatal, iniciado pelas Agências Executivas, seguiu com as Agências Reguladoras, outro modelo advindo e adotado pelo Plano Diretor da Reforma do Estado, documento orientador deste processo de remodelação.

Desta forma, definem-se as Agências Reguladoras no Brasil como entes oriundos da reforma do Estado, que por meio da política de privatizações transferiu atividades antes exercidas pelo poder público para iniciativa privada, ficando tais entes responsáveis pelo controle e fiscalização destas atividades. O objetivo, portanto, era garantir a competição entre as empresas em benefício da sociedade, com a prestação de serviços públicos com qualidade e segurança aos menores custos possíveis, bem como garantir adequada remuneração dos investimentos realizados pelo mercado⁷⁰.

As Agências Reguladoras brasileiras⁷¹, em acordo com o Ordenamento do país, possuem natureza jurídica de Autarquia⁷² e são portadoras de peculiaridades que as fazem partícipes de uma categoria especial destes entes, comumente referido como autarquias em regime especial. Isso porque, segundo Ricardo Duarte, atuam com poderes típicos de Estado para limitar as atividades desenvolvidas por particulares, mas possuem certo grau de

⁶⁹Conforme TÁCITO, Caio. Agências Reguladoras da Administração. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. e-ISSN 2238-5177. Vol. 221 (jul/set. 2000), p.1-5.

⁷⁰SANTANA, Ângela. Agências executivas e agências reguladoras – o processo de agencificação: pressupostos do modelo brasileiro e balanço da experiência. In Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Balanço da reforma do Estado no Brasil: a nova gestão pública*. Disponível em: <http://www.cedec.org.br/files_pdf/balancodareformadoestadonobrasil.pdf>.

⁷¹ Para alguns autores como Celso Antônio Bandeira de Mello, as “autarquias com funções reguladoras”, como denomina, a rigor, não constituem novidade. “O termo com que ora foram batizadas é que é novo no Brasil. Apareceu ao ensejo da tal ‘Reforma Administrativa’, provavelmente para dar sabor de novidade ao que é muito antigo atribuindo-lhe, ademais, o suposto prestígio de ostentar uma terminologia norte-americana (‘agência’)”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29 ed. rev. e atual. até a emenda Constitucional 68 de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 176.

⁷²No direito brasileiro, de acordo com o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, Autarquia é o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

autonomia política. Logo, não poderiam se conformar na estrutura da administração direta⁷³.

Odete Medauar esclarece, entretanto, que as legislações que abraçam os entes autárquicos não estabelecem claramente a diferença geral entre as autarquias comuns e as autarquias de regime especial, assim, as características das últimas decorrem da lei que as institui. Neste sentido, por vezes, a diferença de regime está no modo de escolha ou nomeação do dirigente, por vezes está na existência de mandato do dirigente, insuscetível de extinção por ato do poder executivo, por vezes no tocante à gestão financeira⁷⁴.

Embora o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado tivesse trazido já a necessidade de regulação dos mercados, o modelo de Agências Reguladoras só será contemplado, enquanto proposta, em 1996⁷⁵, em virtude da Recomendação nº 31, de maio de 1996, do Conselho de Reforma do Estado, conselho instituído no âmbito do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado para proceder debates e oferecer sugestões à Câmara da Reforma do Estado nos assuntos relativos à reforma do aparelho do Estado. As orientações do Conselho na referida recomendação eram para o assunto “construção do marco legal dos entes reguladores” que procurava direcionar a elaboração de leis para os entes reguladores⁷⁶.

Podem ser identificadas três gerações de Agências Reguladoras na experiência brasileira⁷⁷ conforme Ângela Santana. A primeira geração está

⁷³Conforme DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira. *Agência reguladora, poder normativo e democracia participativa: uma questão de legitimidade*. Juruá: Curitiba, 2014, p. 120.

⁷⁴MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 19. ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 92.

⁷⁵RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. *A Gramática Política das Agências Reguladoras: comparação entre Brasil e EUA*. Brasília: Universidade de Brasília. 2007. Tese de Doutorado.

⁷⁶MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO. *O Conselho de Reforma do Estado*. Brasília: Cadernos MARE da Reforma do Estado, 1997.

⁷⁷No modelo atual de Administração Pública brasileira, existem as seguintes agências federais e leis criadoras: Lei 9.427, de 26.12.96, instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL; Lei 9.472, de 16.7.97, criou a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL; Lei 9.478/97, criou a ANP - Agência Nacional do Petróleo; Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVS (Lei 9.782, de 26.1.99); depois criou-se a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS (Lei 9.961, de 28.1.2000); finalmente, a Agência Nacional de Águas - ANA (Lei 9.984, de 17.7.2000); A Lei 10.233, de 5.6.2001, criou o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transportes e instituiu duas agências reguladoras: a Agência Nacional de Transportes Terrestres e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 339.

relacionada com a quebra do monopólio do Estado, no setor de telecomunicações, elétrico, de gás e petróleo, com a criação, respectivamente, da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e Agência Nacional do Petróleo (ANP). Essas agências reguladoras tiveram, inicialmente, a missão de inspecionar a qualidade dos serviços e o cumprimento das metas explicitadas nos contratos com as prestadoras quanto a execução desses serviços, como também de estabelecer, em um mercado até então monopolista, preços referenciais e tarifas como se houvesse um mercado competitivo. Essas agências foram criadas com um determinado padrão de estruturação, amparando uma série de flexibilidades de gestão, além de carreira e cargos comissionados específicos. A segunda geração ocorre no período 1999/2000, com a criação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Esse grupo de agências, apesar de também fiscalizar padrões de oferta e qualidade de serviços pelos entes regulados e monitorar preços, já opera em mercados competitivos. Finalmente, a terceira geração, constituída pela Agência Nacional de Águas (ANA), Agência Nacional do Cinema (ANCINE), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), surgem no período 2000/2002. Com esse grupo perde-se completamente o referencial original de regulação de mercados monopolistas na sua transição para mercados mais competitivos⁷⁸.

Várias são as razões normalmente apontadas para atribuição da atividade reguladora a autoridades relativamente independentes do Governo e, para João Nuno Calvão da Silva, são elas: a neutralização política; o grau elevado de especialização atingido em áreas diversas; a tutela dos consumidores, do ambiente e de outros interesses especiais; a preocupação em distinguir as funções de prestador e de regulador, procurando assim se garantir a igualdade entre operadores do Estado e operadores privados; a necessidade de assegurar o acesso à rede a todos os operadores em condições iguais,

⁷⁸SANTANA, Ângela. Agências executivas e agências reguladoras – o processo de agencificação: pressupostos do modelo brasileiro e balanço da experiência. In MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. *Balanço da reforma do Estado no Brasil: a nova gestão pública*. Disponível em: <http://www.cedec.org.br/files_pdf/balancodareformadoestadonobrasil.pdf>.

quando se tratarem de indústrias de rede, e a necessidade de aumentar a participação dos cidadãos⁷⁹.

Por conseguinte, para consecução destas razões as Agências Reguladoras foram, à nascença, talhadas com características que, ao menos em tese, impulsionam e facilitam o seu trabalho. Essas razões, a seu turno, explicam, portanto, a forma que assumem e o modo pelo qual operam.

Em sua origem, tomando como referência as Agências Reguladoras americanas, verifica-se a adoção de um modelo de regulação que atribuiu a estes entes poderes com competência para emitir normas e decidir conflitos nas relações econômicas, poderes assim definidos como “quase legislativos” e “quase judiciais”⁸⁰. Na realidade, no direito norte-americano, o próprio direito administrativo se confunde com a atuação das Agências Reguladoras, em decorrência do aspecto jurídico típico da *commom law*. Por isso essas entidades ganharam poderes significativos na realidade dos EUA. Diferentemente, na realidade brasileira, bem como nos países de tradição *civil law*, o aporte jurídico está previamente definido e positivado em leis, códigos e Constituição, talvez por isso as Agências ganhem aqui poderes com uma importância mais secundária⁸¹.

A despeito do arcabouço jurídico em que se encaixam, a qualidade mais marcante destes entes é, sem dúvida, a independência. Pedro Costa Gonçalves e Licínio Lopes Martins esclarecem a respeito desta independência no âmbito da Lei-Quadro 67/2013, de 28 de Agosto, destacando como seus fatores constitutivos: a independência orgânica, funcional e técnica⁸². Assim, no comentário sobre os atributos das entidades reguladoras independentes no

⁷⁹SILVA, João Nuno Calvão. *Mercado e Estado: Serviços de interesse econômico geral*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 119-120.

⁸⁰OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O Modelo Norte-Americano de Agências Reguladoras e sua recepção pelo Direito Brasileiro. *Revista da EMERJ*. Vol. 12, n°. 47 (2009).

⁸¹Celso Antônio Bandeira de Mello, sobre os poderes das agências reguladoras versus a matriz jurídica do direito brasileiro, chega a argumentar: “Fundadas na titulação que lhes foi atribuída, irão supor-se (...) investidas dos mesmos poderes que as agências norte-americanas possuem, o que seria descabido em face do Direito brasileiro, cuja estrutura e índole são radicalmente diversas do Direito norte-americano”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29 ed. rev. e atual. até a emenda Constitucional 68 de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 177.

⁸²GONÇALVES, Pedro Costa; MARTINS, Licínio Lopes. Nótulas sobre o novo regime das entidades independentes de Regulação da atividade económica. In GONÇALVES, Pedro Costa (Organizador). *Estudos de Regulação Pública-II*. Coimbra: Editora Coimbra, 2015. p. 341.

âmbito da referida lei, reconhecem a independência orgânica como aquela relacionada com a independência pessoal dos dirigentes das entidades reguladoras, quer perante o poder político, quer perante o mercado que regulam. A independência funcional, por sua vez, comporta um sentido institucional, ligado aos critérios, as prioridades e o modo de desenvolvimento das funções das entidades reguladoras, traduzindo-se, como afirmam, na ausência de submissão a orientações ou instruções do poder político. A independência técnica, por fim, conhece o sentido de “autonomia técnica” no exercício das funções específicas de regulação e refere-se às decisões e opções de caráter técnico e operativo⁸³.

As Agências Reguladoras brasileiras possuem como características mais acentuadas, portanto, a independência administrativa, a autonomia financeira, a ausência de vinculação hierárquica -subordinação- ao Ministério supervisor e a estabilidade e mandato fixo dos dirigentes. Segundo Pedro Ivo Sebba Martins, somente a última característica, entretanto, é que pode configurar-se como distintiva das Agências Reguladoras, pois, as demais, em maior ou menor grau, são encontradas em qualquer outra Autarquia da Administração Pública brasileira⁸⁴.

Não obstante a particularidade que assumam, a depender, como já dito, na realidade brasileira, da determinação da lei de criação da Agência Reguladora, estes entes são dotados de competências para que possam realizar suas respectivas funções.

É por esta razão que as competências conferidas aos entes regulatórios apresentam peculiaridades quanto à sua natureza e à sua extensão. São a eles conferidos, portanto, atribuições administrativas, relacionadas à fiscalização dos serviços e ao cumprimento das condições ditadas pelos contratos de concessão, englobando desde o controle sobre a fixação de tarifas até as sanções de natureza disciplinar, além das que tem por finalidade a instituição de condutas competitivas como instrumento de estímulo

⁸³Ibid., p. 341-342.

⁸⁴RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. Regulação e agências reguladoras: reforma regulatória da década de 1990 e desenho institucional das agências no Brasil. In RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Organizador). *Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: Anvisa, 2009. p. 125-159.

à eficiência e forma de evitar abusos do poder econômico, e atribuições de poderes regulamentares, tanto em matéria de segurança e de procedimentos técnicos, medição e faturamento dos consumos, controle e uso de medidores, acesso a imóveis de terceiros e qualidade dos serviços prestados, quanto em matéria de aplicação de sanções⁸⁵.

Defendendo a ideia de que as Agências Reguladoras se configuram como “um novo poder entre os poderes” Edson Nunes proferi, ainda em 2001, que a relação deste “mini, sub, supra” Estado com o outro Estado que lhe dá origem ainda demandaria enorme trabalho de ajuste, principalmente porque, quando o legislativo delegou essas funções complexas, o fez com contornos imprecisos. Mesmo que o autor reconheça a dificuldade de estabelecer tais contornos, sobretudo quando se assimila a complexidade das atividades que regulam, explicava a necessidade de as próprias agências fundarem mais completamente os poderes decorrentes deste mandato genérico, buscando formas práticas de *reinforcement* de seus comandos, gerando e mantendo a legitimidade de sua atuação, bem como determinando e garantindo suas fronteiras jurisdicionais”⁸⁶. Hoje, a observação feita há mais de quinze anos parece não ter surtido muitos efeitos práticos e concretos.

Para Ângela Santana, em análise realizada em 2002, três questões emergiam, à época, do processo de criação e funcionamento de Agências Reguladoras no Brasil: a) ausência de marco legal da função regulatória; b) ausência de controles democráticos; c) dificuldades na gestão. O marco legal da função regulatória, explicou, é fundamental para ordenar o entendimento sobre o que é e o que regular no modelo de gestão, bem como definir a abrangência da atuação da Agência Reguladora e, mais ainda, definir para quem essa organização deve prestar contas. Não há dúvidas de que o processo de criação de Agências Reguladoras atendeu a demandas internas do Governo, que passava a ter como referencial as funções do estado moderno em sociedades democráticas e complexas num contexto de globalização econômica, contudo,

⁸⁵WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de. Agências Reguladoras. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. ISSN 0034-835x. Ano 36, n°. 141 (Trimestral Jan-mar. 1999), p. 143-171.

⁸⁶NUNES, Edson. O Quarto Poder: Gênese, Contexto, Perspectivas e Controle das Agências Regulatórias. Paper submetido ao *II Seminário Internacional sobre Agências Reguladoras de Serviços Públicos*. Instituto Hélio Beltrão, Brasília, 25 de Setembro de 2001. Disponível em: <https://www.ancine.gov.br/sites/default/files/artigos/QUARTO_PODER.pdf>.

ponderou a autora, sem uma análise sistêmica do setor e definição de seus macroprocessos. Com relação à independência e autonomia de gestão, advertiu, pode acarretar o insulamento burocrático⁸⁷ na ausência de controles democráticos, principalmente por conta da tradição da sociedade brasileira de pouca participação no controle da esfera do Estado⁸⁸.

O que fica de lição depois desses estudos é que a regulação estatal por meio das Agências Reguladoras nasceu para cumprir um especial propósito, sem, no entanto, possuir, desde sua origem no Brasil, grandes incentivos, a começar pela pouca dedicação com as delimitações do exercício de suas competências. É que claro que muitas questões críticas surgem a partir da adoção deste modelo de regulação, inclusive, nos EUA, onde o desenvolvimento das Agências nunca caminhou sem severas críticas quanto a sua existência e forma⁸⁹.

Para este trabalho elegemos falar sobre a atribuição da competência regulamentadora destes entes. Sobre esta competência, muito conhecida sob a nomenclatura de “poder normativo”, traçaremos alguns comentários.

⁸⁷Podemos compreender o insulamento burocrático como a tendência de centralizar a autonomia decisória nas mãos de elites especializadas, isolando destas decisões o aspecto político e afastando desta seara o Legislativo. Segundo Eli Diniz, a adoção desta tendência se deu pela busca do Estado por alternativas para enfrentar sua crise, sobretudo para promover a eficiência da atuação estatal. Define a autora: “A busca de maior eficácia e rapidez na administração da crise foi recorrentemente interpretada mediante o recurso ao estilo tecnocrático de gestão e enclausuramento burocrático das decisões, reforçando a centralização regulatória do Estado e acentuando o divórcio entre o Executivo e o sistema de representação.” Porém, ao final, adverte: “O enfrentamento da crise requer um Estado eficiente. Entretanto, a concepção dominante de eficiência estatal e a percepção dos meios para garantir a almejada eficácia recriam os antigos vícios da marginalização da política e da primazia dos governos tecnocráticos controlados por círculos de especialistas. Tal modalidade de gestão pública, por sua vez, tende a produzir o isolamento do Executivo, comprometendo a racionalidade governativa.” DINIZ, Eli. Governabilidade, democracia e reforma do Estado: os desafios da construção de uma nova ordem no Brasil dos anos 90. In SZWAKO, José; MOURA, Rafael; D’AVILA FILHO, Paulo (Organizadores). *Estado e Sociedade no Brasil: a obra de Renato Boschi e Eli Diniz*. Rio de Janeiro: CNPq, FARERJ, INCT, PPED, Ideia D, 2016, p. 49.)

⁸⁸SANTANA, Ângela. Agências executivas e agências reguladoras – o processo de agencificação: pressupostos do modelo brasileiro e balanço da experiência. In MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. *Balanço da reforma do Estado no Brasil: a nova gestão pública*. Disponível em: <http://www.cedec.org.br/files_pdf/balancodareformadoestadonobrasil.pdf>.

⁸⁹Segundo Pedro Ivo Sebba Ramalho a atividade regulatória das agências nos Estados Unidos “nunca foi imune ao debate político e acadêmico sobre sua legitimidade, seus limites de atuação e desenho institucional.” RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. Insulamento burocrático, *accountability* e transparência: dez anos de regulação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Revista do Serviço Público de Brasília-RSP*. Vol. 60, n°. 4. (Out/Dez 2009), p. 337-364.

2.1 A extensão do poder normativo das Agências Reguladoras.

Quando escrevemos sobre as Agências Reguladoras vimos que tais entes são dotados de atribuições e competências para que possam exercer a função de regular o setor ao qual se vinculam. A atribuição dada às Agências Reguladoras para elaborar normas de caráter geral, abstrato e impessoal, com o condão de conduzir a atividade e a prestação do serviço no setor de sua especialidade, consiste, portanto, no que chamamos de “poder normativo”.

Para falarmos sobre a extensão do poder normativo das Agências Reguladoras brasileiras imprescindível é, primeiramente, reconhecer que este poder normativo tem, de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, natureza de poder regulamentar, uma vez que este atributo é peculiarmente concedido à Administração Pública. As Agências brasileiras, como vimos, conformam-se como entes da Administração indireta, ainda que possuindo natureza especial.

Por se exteriorizar, assim, na forma de regulamentos, este poder normativo já nasce com as limitações que são tradicionalmente inerentes ao Poder Regulamentar. Como já tivemos a oportunidade de dizer, a Constituição brasileira, por exemplo, em seu artigo 84, IV, dispõe que ao Presidente da República, personificação do poder administrativo, cabe a competência de, além de sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, a tarefa de expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução. A expressão legal nos ensina que estes regulamentos, cuja função é executar de modo fiel a lei, devem se ater a formulações que proporcionem o seu cumprimento, por isso, em geral, devem explicar, completar, conferir melhor sentido. Não podem, assim, criar nada além do já previsto em lei.

O poder normativo regulamentar das Agências Reguladoras, deste modo, é um tema em que muito se debruça a doutrina, uma vez que a normação resultante de sua atividade comporta um caráter técnico, em tese, original e inovador, que a princípio não se assenta na realidade jurídica brasileira. Por isso, tentar justificar e dar sentido a esta atribuição é uma tarefa comum no direito,

principalmente porque esta concessão carrega, desde a origem, um peso histórico, já que usualmente se relaciona com o descumprimento do Princípio da Separação de Poderes e da Legalidade, bem como um peso antidemocrático, por atribuir-se a esta condição um déficit de legitimidade.

O desafio de encaixar esta competência no aporte jurídico de realidades que tradicionalmente se fundaram nos alicerces dos Princípios da Separação de Poderes e da Legalidade é que se mostra a tarefa mais árdua deste tipo de discussão. Assim, normalmente, observamos que muitas das abordagens sobre o tema exploram tal competência geralmente sob um espectro que se preocupa em focar nos limites deste tal poder, sempre, para tanto, usando como peneira as questões acima referidas e, no caso brasileiro, principalmente o Princípio da Legalidade, por ser ele o esteio do direito administrativo do Brasil.

Para entendermos o alcance da extensão deste poder, deixando de lado, neste momento, as interpretações que apenas focam nos limites da referida competência, partamos, inicialmente, da própria dedução sobre o que é a regulação, já que é a partir dela que tomamos maior contato com estas entidades reguladoras.

Pedro Gonçalves infere que a regulação constitui uma tarefa pública que se desdobra em fases ou momentos de intervenção legislativa e administrativa, uma vez que consiste no estabelecimento de regras jurídicas, atividade que provém do legislador (atos legislativos) ou da Administração (regulamentos)⁹⁰.

Ora, este “poder” exercido pelas Agências provém, assim, de forma natural, do singular universo da atividade que exercem (regulação), mas, provém também, e principalmente, da autonomia a elas dispensada. O exercício de suas competências é pressuposto para que se caracterizem como independentes, e a independência, por sua vez, autoriza a “natureza normativa” destes entes⁹¹. A

⁹⁰GONÇALVES, Pedro. Direito Administrativo da Regulação. In *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano* (Separata). Coimbra: Editora Coimbra, 2006, p. 544-545

⁹¹Segundo ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 370.

essência complexa de suas funções, por si só, pede um modelo especial de forma e estrutura para que suas atividades sejam realizadas concretamente.

É neste propósito que, no direito norte-americano, onde estes entes têm origem, as Agências Reguladoras são autorizadas a elaborar algumas regras jurídicas e aplica-las a casos concretos, detêm poderes para fiscalizar, investigar, punir e decidir controvérsias. Possuem, como já vimos, poderes amplos para emitir normas e decidir litígios, denominados de poderes “quase-legislativo” e “quase judicial”⁹².

O poder das Agências Reguladoras norte americanas deriva da delegação legislativa do Congresso⁹³. A adoção deste mecanismo de transferência de poder legislativo sobre algumas matérias para estas entidades é feita por lei, que deve conter de maneira expressa o alcance do poder concedido. Foi esta a solução adotada pelo direito norte-americano para tornar legítima a atuação normativa destes entes, atuação que também possui um passado cheio de críticas, mesmo nesta realidade jurídica.

A atividade normativa das Agências americanas, a partir desta concessão, se desenvolve com fundamento na orientação da Lei de Processo Administrativo (*Administrative Procedure Act-APA*), lei redigida pelo Congresso

⁹²CUÉLLAR, Leila. Poder Normativo das Agências Reguladoras Norte-Americanas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. Vol. 229 (jul./set. 2002), p. 153-176.

⁹³Sobre a delegação pelo Congresso deste poder, nos explica Leila Cuéllar que, inicialmente, os tribunais norte-americanos entendiam que o poder legislativo delegado ao Congresso pela Constituição não poderia ser delegado, consagrando o princípio da não delegação (*non-delegatio*), segundo a qual qualquer delegação de poder normativo pelo poder legislativo seria inconstitucional. A doutrina da não delegação, entretanto, não perdurou por questões práticas, pois além da necessidade que tinham as agências de editar normas para implementar as políticas públicas, o poder legislativo não possuía condições para legislar sobre todas as matérias relativas às agências, precipuamente em face ao volume e à especialidade das mesmas. Aos poucos o poder Judiciário foi admitindo a delegação de poderes legislativos e também foi ampliando as hipóteses em que era permitida. A partir da decisão prolatada no caso *United States v. Curtiss- Wright Export Co.*, de 1936, os tribunais opinaram em favor da delegação de poderes por parte do Congresso norte-americano, desde que este fixasse “standards” com significado determinável (*meaningful standards*) para guiar os administradores. Trata-se da teoria denominada de “*intelligible principle*” (para esta doutrina admitem-se amplas cessões de poder por parte do Congresso sempre que ele tenha predeterminado o alcance do poder que transfere, assinalando uma diretriz legislativa suficientemente clara e concreta, para que a agência atue segundo a vontade do legislador, com a mínima discricionariedade. CUÉLLAR, Leila. Poder Normativo das Agências Reguladoras Norte-Americanas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. Vol. 229 (jul./set. 2002), p. 153-176.

americano para trazer regularidade e base aos processos de tomada de decisão das entidades governamentais⁹⁴.

As normas resultantes das Agências americanas com base nesta Lei também se instrumentalizam em forma de regulamentos (*rule* ou *regulation*)⁹⁵. Entretanto, somente alguns destes regulamentos é que representam concretamente a mencionada delegação de poderes legislativos, posto que tem força de lei, criam direitos e deveres que não existem antes de sua aprovação, modificando a situação jurídica dos cidadãos, e são aprovados por uma Agência em acordo com autorização legislativa almejando implementar lei (são eles os regulamentos substantivos ou legislativos - *legislative rules*).

Em razão desta configuração é que o peso que um regulamento deste tem no direito norte-americano não será o mesmo que tem para o direito brasileiro. E isso, já dissemos, deriva, em parte, das raízes diferenciadas sobre o sistema de direito adotado nestas duas realidades (*commom law* e *civil law*).

O direito norte-americano, todavia, encontrou um meio para atenuar os efeitos desta delegação de poderes legislativos. Assim, os regulamentos podem criar direitos, como as leis, em tudo observado um verdadeiro “processo legislativo” contido na Lei de Procedimentos Administrativos. A lei investe no procedimento de criação desses regulamentos, assim, a valoração do regulamento será medida com base no procedimento que lhe deu origem.

⁹⁴KERWIN, Cornelius M. *Normatização: como entidades governamentais escrevem leis e fazem políticas*. Tradução de Menara Magalhães. Rio de Janeiro: Nórdica, 1996, p. 15.

⁹⁵De acordo com o direito norte-americano distinguem-se três categorias principais de regulamentos: 1) procedimentais (*procedural rules*); 2) substantivos ou legislativos (*legislative rules*); 3) interpretativos (*interpretative rules*). Regulamentos procedimentais referem-se à organização da agência, suas regras de funcionamento (procedimentos) e suas práticas, tendo relevância meramente interna. Por isso, não dependem de delegação expressa de poder normativo por parte do legislativo, assim as agências possuem poder implícito para fixar as normas acerca de seu funcionamento. Já os regulamentos legislativos são aqueles aprovados por uma agência em acordo com autorização legislativa e almejando implementar lei. Criam direitos e deveres que não existem antes de sua aprovação, modificando a situação jurídica dos cidadãos. Por conta disso, tem força de lei, vinculando a agência, os particulares e os tribunais e devem ser editados em consonância com os procedimentos determinados pelo APA. Os regulamentos interpretativos têm o intuito de comunicar o público o entendimento em relação a leis e regulamentos de sua competência, portanto, explicam e esclarecem o sentido de determinada lei e dos regulamentos substantivos da própria agência, mostrando como se aplicam. Não são lei em sentido material, não possuindo efeito vinculante. CUÉLLAR, Leila. Poder Normativo das Agências Reguladoras Norte-Americanas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. Vol. 229 (jul./set. 2002), p. 153-176.

A Lei de Procedimentos Administrativos prevê a estrutura básica dos procedimentos normativos a serem seguidos pelas Agências federais norte-americanas admitindo três modalidades de procedimentos normativos: formal (*trial-like hearing rule-making*), informal (*notice and comment rule-making*) e negociado (*new rule-making approach* ou *negotiated rule-making*)⁹⁶ que vem a diferir um do outro, basicamente, pelo grau de participação pública para elaboração do regulamento. De acordo com Leila Cuéllar as principais características dos procedimentos normativos desenvolvidos pelas Agências norte-americanas podem ser encarnadas em três princípios que intentam conferir maior legitimidade à atuação destes entes: o Princípio da Informação, da Participação e da Responsabilidade⁹⁷.

⁹⁶O modelo informal (regulado na seção 553 do APA) baseia-se no dever de comunicação pública sobre a intenção de elaborar um regulamento e na oportunidade para comentários garantido aos particulares. O propósito deste procedimento é fornecer mais subsídios para as agências desempenharem suas funções através da participação popular. O procedimento formal deve ser adotado quando a lei o exigir. Semelhante ao procedimento informal necessita das fases de publicação da proposta e da norma final, a diferença, entretanto dá-se pela fundamental participação dos cidadãos, nos direitos que lhes são reconhecidos e nos critérios que a agência deve considerar para a aprovação do regulamento. A Lei de Procedimentos Administrativos impõe a adoção de grande parte das formalidades procedimentais requeridas para o processo decisório (*adjudication*) para este procedimento, assim são necessárias a celebração de uma audiência contraditória e formal na qual é facultado às partes apresentar alegações e provas, além de formalização de um expediente administrativo que fundamente a redação final do regulamento. Há também os regulamentos que não dependem da tramitação de um procedimento normativo formal ou informal, e, por isso, alguns deles não estão sujeitos a requisitos procedimentais, outros, no entanto, se submetem a uma pluralidade de procedimentos híbridos previstos nas normas que regulamentam cada agência. Os procedimentos híbridos, embora não sejam formais, incorporam requisitos suplementares para o trâmite informal com o fim de restringir a discricionariedade da agência na adoção de regulamentos. CUÉLLAR, Leila. Poder Normativo das Agências Reguladoras Norte-Americanas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. Vol. 229 (jul./set. 2002), p. 153-176.

⁹⁷O princípio da informação se desdobra em duas faces distintas. A primeira se relaciona com as informações que as agências obtêm, desenvolvem e consideram no processo normativo, a segunda, reveste-se no que as agências estão obrigadas a divulgar ao público durante e após a elaboração de um regulamento. O aspecto mais relevante deste princípio, nos explica Leila Cuéllar, está ligado à divulgação efetuada pelas agências justo porque conecta-se com outro princípio democrático, o da participação dos cidadãos no processo de elaboração dos regulamentos. O princípio da participação tem importante papel ao viabilizar o controle social das atividades desenvolvidas pelas agências reguladoras, ademais permite que as pessoas interessadas tomem parte ativa no processo legislativo, apresentem informações e sugestões à criação, emenda ou revogação de um regulamento. A participação pública não se restringe apenas a legitimação do processo normativo, uma vez que sua contribuição é igualmente valiosa para determinação do conteúdo do regulamento. O princípio da responsabilidade (*accountability*) está relacionado com o controle sobre o produto de atuação das agências. O direito norte-americano idealizou diversos mecanismos de controle, direto e indireto, para dar conta desta questão. Os agentes normativos são, portanto, responsáveis perante os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Entre os mecanismos de controle, com destaque para o veto legislativo, rodeado por críticas embasadas em argumentos como o desrespeito ao procedimento bicameral de aprovação das leis e a violação do princípio da participação dos particulares; a indireta influência política do Congresso por ocasião da nomeação ou destituição de membros de cargos

A doutrina brasileira analisa a questão da conferência de poder normativo às Agências adotando os mais variados posicionamentos⁹⁸. Vamos eleger falar sobre a delegação de poderes, para seguir o raciocínio do direito norte-americano e por considerar que esta versão é a que melhor abriga as problemáticas já referidas (o descumprimento dos princípios da Separação de Poderes, Legalidade e Democrático).

Inicialmente, como bem reconhece Tércio Sampaio, a doutrina administrativa constitucional pátria de pronto verificou o “obstáculo” a esta concessão em virtude da Reserva Legal adstrita ao poder regulamentar das Agências, neste sentido, a necessidade de buscar a construção de seu fundamento constitucional, bem como a identificação de balizas claras para o seu exercício⁹⁹.

A Constituição Federal brasileira de 1988, ainda que reconheça em seu artigo 174¹⁰⁰ ser o Estado um “agente normativo e regulador da atividade econômica”, esta descrição cinge-se, na forma da lei, às “funções de fiscalização, incentivo e planejamento”. Isso dado que, por meio do artigo 25 dos

de direção das agências; a atuação direta no procedimento de nomeação ou destituição dos diretores das agências e a intervenção no procedimento normativo com controle e supervisão por intermédio de medidas previstas em ordens executivas (*executive orders*); o APA também prevê a revisão jurisdicional da atividade normativa e decisória das agências como a medida principal de controle de sua atuação. CUÉLLAR, Leila. Poder Normativo das Agências Reguladoras Norte-Americanas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. Vol. 229 (jul./set. 2002), p. 153-176.

⁹⁸Maria Sylvia Zanella Di Pietro bem resume que a base das fundamentações giram, basicamente, em torno das seguintes justificativas: as agências exercem função normativa por delegação legislativa; pela deslegalização ou delegação de matérias (que consistiria na retirada de certa matéria do domínio da lei para passá-la ao domínio dos regulamentos); em razão do princípio da eficiência; pela produção de regulamentos autônomos; pelo poder regulamentar delegado por lei; por se considerar a crise do princípio da legalidade e o surgimento de outras formas de produção normativa (neste sentido a regulação envolveria um novo tipo de direito que foge ao tradicional princípio da legalidade); apela-se também para uma distinção pensada no direito alemão, que fala das relações jurídicas gerais (as relações gerais da Administração com o cidadão geridas por regulamentos jurídicos) e as relações jurídicas especiais (relações que envolvem sujeições especiais, geridas por regulamentos administrativos, como por exemplo o regime jurídico do servidor e o regime jurídico dos contratos administrativos); argumenta-se, também, com a ideia de crescimento do Estado e mudanças na economia; e complexidade dos temas a serem normatizados. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade. In *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 41-42.

⁹⁹FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Poder Normativo das Agências Reguladoras à luz do Princípio da Eficiência. In ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coordenador). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 277-280.

¹⁰⁰“Art. 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.”

Atos das Disposições Constitucionais Transitórias¹⁰¹, fica evidente a vedação da delegação com abdicação legislativa, ou melhor, a delegação do poder-dever de legislar “que importe em renúncia do âmago intransferível dessa competência política”. A questão, para Tércio Sampaio está em determinar em que se constitui este âmago¹⁰².

Para o autor, um limite definidor deste âmago está nos casos de expressa exigência constitucional de Reserva de Lei. Assim, admitida a Legalidade como Princípio geral da atividade administrativa, o problema maior está nos limites determinados pelo princípio da Reserva Legal em face de outros, como o da Eficiência, na definição deste âmago¹⁰³. (Reflexões que se falarão mais à frente).

A noção parece indicada na percepção trazida por Sotirios Barber¹⁰⁴, citado pelo autor, para quem entende a validade de delegações instrumentais a órgãos independentes, em termos de teoria constitucional sobre o âmago da competência do Congresso, “na presunção de que tenha havido decisão prévia do Congresso sobre destacados pontos de dúvida política referentes à questão”. Tais delegações, completa Tércio Sampaio, “enquanto autênticas delegações complementares¹⁰⁵, nessas condições”, não feririam o Princípio da

¹⁰¹“**Art. 25.** Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I - ação normativa; (...)”

¹⁰²FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Agências Reguladoras: legalidade e constitucionalidade. Revista Tributária e de Finanças Públicas*. Ano 8, n.º. 35 (Nov/Dez de 2000).

¹⁰³FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Agências Reguladoras: legalidade e constitucionalidade. Revista Tributária e de Finanças Públicas*. Ano 8, n.º. 35 (Nov/Dez de 2000).

¹⁰⁴BARBER, Sotirios. *The Constitution and the Delegation of Congressional Power*. Chicago, 1975.

¹⁰⁵A chamada delegação de complementação, para Tércio Sampaio, não passaria de um problema de discricionariedade administrativa, mas não de delegação propriamente dita. Entende autor que, de forma genérica, em acordo com o princípio de que o poder de legislar é uma competência constitucional que, nos sistemas contemporâneos, pode ser conferido também ao Executivo (instrumentalizado por decreto-lei, medida provisória, lei delegada), o primeiro critério para determinar limites entre lei e regulamento de complementação estaria na verificação daquilo que, pela Constituição, é considerado reserva de lei ou, admitindo-se uma competência do Executivo para editar normas com força de lei, qual o seu alcance. Assim, no caso da reserva de lei, estará proibido tudo que caracterizar uma delegação abdicatória, ou melhor, tudo que signifique uma renúncia ao poder-dever do Legislativo de exercer sua competência Constitucional (bem asseverada pelo art. 25 dos Atos das disposições constitucionais transitórias). No caso do Poder Executivo, sempre que estiver autorizado pela Constituição a emanar normas com força de lei (decreto-lei, medida provisória) excluída estará a sua competência regulamentar inominada, pois, admitida a competência para editar normas com força de lei sobre certas matérias, o Executivo não pode regulamentá-las por delegação

irrenunciabilidade do poder-dever de legislar, se for possível encontrar-lhes um fundamento na Constituição brasileira, “até porque, no plano dos fatos, emergem da necessidade de lidar com a complexidade social e econômica em termos de técnicas e saberes especializados”.¹⁰⁶

Nesta toada, Tércio Sampaio, sobre o poder normativo conferido às Agências por via de delegação, entende que a solução consistiria em interpretar o poder regulamentar como uma forma de delegação inominada, que não teria o sentido de delegação legislativa por não se tratar, propriamente, da abdicação pelo legislador de sua competência. Isto porque, do ponto de vista da tripartição de poderes, a faculdade regulamentar já é uma competência própria inerente ao exercício da atividade administrativa, que requer certa margem de discricionariedade, sempre, para tanto, balizada pela ordem legal. A questão para a normação das Agências, portanto, está ligada à função de estabelecer normas de implementação ou complementação que contenham princípios e diretrizes gerais, assim, nas palavras do autor, “simplesmente o uso de conceitos indeterminados pelo legislador confere uma margem de discricionariedade à Agência na interpretação, aplicação e regulamentação complementar das leis às quais a Agência se submete”¹⁰⁷.

Leila Cuéllar aponta que parte da doutrina brasileira, desta maneira, tende a acrescentar ao conceito de poder regulamentar a necessidade de sua vinculação a lei prévia. No entanto, muitos defendem existirem no Brasil somente regulamentos executivos, logo, a atribuição regulamentar envolve o exercício de uma função normativa subordinada – a produção de normas para o atendimento

inominada, só cabendo regulamento de execução (regulamentação para fiel execução da lei, privativa do chefe do Executivo) nos limites do dispositivo legal. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Poder Normativo das Agências Reguladoras à luz do Princípio da Eficiência. In ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coordenador). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 277-280.

¹⁰⁶FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Agências Reguladoras: legalidade e constitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. Ano 8, n°. 35 (Nov/Dez de 2000).

¹⁰⁷FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Poder Normativo das Agências Reguladoras à luz do Princípio da Eficiência. In ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coordenador). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 277-280.

a uma norma prévia e certa. Ou seja, é obediente a uma previsão normativa anterior¹⁰⁸.

De toda forma, como bem nota Renata Porto, o problema da atribuição de competência normativa aos entes reguladores envereda a busca de novas formas de interpretação do Ordenamento Jurídico vigente que compatibilizem esta função normativa com os princípios constitucionais e os postulados de outros ramos do Direito, de maneira a possibilitar que exerçam plenamente a função reguladora que lhes foi atribuída. Afinal, como aduz, “Qual seria a razão lógico-jurídica de se prescrever essa regulação ou normatização atribuída à Agência Reguladora, no âmbito constitucional, se ela estivesse adstrita ao poder regulamentar conferido, privativamente, ao Chefe do Poder Executivo, pelo artigo 84, IV da Constituição Federal brasileira de 1988, que enseja a *fidel execução da lei*, não podendo ser expedido regulamento ou decreto executivo que estabeleça normas *contra legem* ou *ultra legem*, ou seja, que inove na ordem jurídica?”¹⁰⁹

Ao que tudo indica, um grande obstáculo para concessão desta competência parece, também, ainda se basear na questão ideológica por detrás do termo “poder”. Suposto até que tal designação signifique uma atuação ilimitada, incontrolável e indisponível. Talvez por isso soe tão mal aos ouvidos falar-se sobre um “poder normativo para Agências Reguladoras”.

Porém, para além da problemática sobre o encaixe desta competência na ordem constitucional brasileira, ainda se tem o delicado empecilho sobre o tal descumprimento dos Princípios da Separação de Poderes, da Legalidade e o Estado Democrático de Direito quando esta concessão é autorizada a estes entes.

Entendemos que, tal como argumenta Renata Porto, para estas análises uma mudança de percepção interpretativa fornece um caminho mais

¹⁰⁸CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 42-43.

¹⁰⁹ROSA, Renata Porto Adri de. Reflexões sobre a Função Reguladora das Agências Estatais. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. Vol. 226, (Out/Dez de 2001), p. 243-250.

razoável sobre a aceitação deste atributo do que simplesmente inabilitá-lo ou desmerece-lo. Para tanto, necessário reinterpretar estes três principais tripés.

Primeiramente, a alusão ao descumprimento do Princípio da Separação de Poderes, neste quesito do poder normativo, nos parece já superada desde o momento em que reconhecemos a faculdade normativa regulamentar como uma necessidade da própria função administrativa. Ademias, já tivemos a oportunidade também de demonstrar, até aqui, o quanto a função normativa não se esgota, e nem pode se esgotar, nas atribuições do Poder Legislativo¹¹⁰. Alexandre Aragão nos lembra, inclusive, que se retirarmos o caráter “dogmático” e “sacramental” impingido a este Princípio ele poderá ser colocado em seus devidos termos, que, segundo o autor, “configuram como mera divisão das atribuições do Estado entre órgãos distintos, ensejando uma salutar divisão de trabalho e um empecilho à, geralmente perigosa, concentração das funções estatais”. O Princípio da Separação dos Poderes não enseja, assim, a única assertiva de que cada um dos respectivos órgãos exercerá apenas uma das três funções tradicionalmente consagradas – legislativa, executiva e judicial. Somado a isso, também não se pode inferir deste Princípio que todas as funções do Estado devam, sempre, se subsumir a uma dessas espécies classificatórias¹¹¹. Logo, nos resta claro, não parece descumprimento e/ou desrespeito ao referido Princípio a concessão de poderes normativos às Agências Reguladoras.

Adiante esbarramos, todavia, no legado que a evolução constitucional nos impôs: a submissão da Administração ao direito tem um fundamento mais amplo que a concepção tradicional do primado da lei, qual seja, a concepção de que não há segurança para o indivíduo quando a Administração não está

¹¹⁰Ora, conforme Jean Rivero, reconhece-se que, sem dúvida, a vinculação da atividade da Administração Pública ao direito é pressuposto que, historicamente, se manifesta pela adoção da lógica da Separação de Poderes e a concepção da lei como expressão da vontade geral. Neste sentido, uma vez fixada a lei, fica a cargo da autoridade pública assegurar a sua “tradução na realidade”, sendo este o papel do Executivo. A Administração é uma função essencialmente executiva e encontra na lei o fundamento e o limite de sua atividade. Isso, todavia, bem explica o autor, não exclui a faculdade de estabelecer, tal como o legislador, regras gerais, na proporção para certificar as condições de execução das leis. Conforme RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. (Tradução por Doutor Rogério Ehrhardt Soares). Coimbra: Almedina, 1981.

¹¹¹ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. Ano 37, n°. 148 (out./dez. 2000), p. 275-299.

vinculada por uma regra jurídica, seja qual for a sua natureza¹¹². Aqui, certamente, deparamos com o Princípio da Legalidade. A seu respeito dedicaremos um tópico a seguir, especialmente por ele denotar, no direito brasileiro, o “entrave jurídico” de maior especulação sobre a outorga desta competência às Agências Reguladoras.

Sobra, por hora, verificar o peso desta “permissão normativa” à luz do Princípio Democrático. Para esta análise precisamos evocar, antes de tudo, os próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito em relação à função administrativa.

Paulo Otero nos esclarece que o modelo administrativo subjacente ao Estado de Direito democrático, reflete as seguintes características: a) Trata-se de uma Administração que se organiza, funciona e relaciona de perto com a Constituição, podendo falar-se em Administração amiga da Constituição; b) Trata-se de uma Administração com preocupações sociais, observando-se a existência de uma cláusula constitucional de bem-estar que encontra no Estado o seu garante; c) Trata-se de uma Administração vinculada ao Direito, isto no sentido de não estar apenas subordinada ao ordenamento que expressa a vontade do poder, mas também a uma juridicidade heterolimitativa do próprio poder; d) Trata-se de uma Administração politicamente democrática, aplicando normas que são a expressão da vontade geral, tendo titulares de órgãos (direta ou indiretamente) legitimados e responsáveis perante a coletividade¹¹³.

Ora, o modelo de Agências Reguladoras, é bem verdade, não reflete o melhor exemplo de cumprimento do Princípio Democrático. Em muitos pontos da estruturação deste modelo vislumbramos o sacrifício de algumas características primordiais do sistema de Democracia, entretanto, estes sacrifícios procuram ser compensados por outros meios.

No que tange à competência normativa, em particular, o que sobrecarrega tal competência à luz deste Princípio, seria, por um lado, a falta de representatividade do público interessado na regulação para feitura destas

¹¹²Conforme RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. (Tradução por Doutor Rogério Ehrhardt Soares). Coimbra: Almedina, 1981, p. 20.

¹¹³OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo - Volume I*. Reimpressão da ed. novembro 2013. Coimbra: Almedina, 2014, p. 285.

normas, e, por outro, a “insegurança jurídica” gerada a partir da formulação de normas que não necessariamente encontram o teor do conteúdo que precisam explorar expressamente fundamentado em sede Constitucional.

Vimos que a opção adotada pelo modelo norte-americano, para neutralizar os efeitos do *déficit democrático* neste quesito, foi buscar a legitimidade a partir do investimento sobre o procedimento na produção da normatização das Agências. A eleição da procedimentalização, em tudo orientada pela Lei de Procedimentos Administrativos, privilegia a participação pública da comunidade interessada no processo de elaboração da norma da Agência.

No direito brasileiro, indubitavelmente, tem-se uma carência neste aspecto. A lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, já mencionada, não traz praticamente nenhuma referência para o processo administrativo de produção de normas, como já dito. O escopo desta lei é restrito, pois, a única espécie de processo administrativo previsto é o processo adjudicatório, destinado a aplicação da lei (e subsidiariamente, as normas administrativas) a determinado caso concreto¹¹⁴. A falta de previsão sobre uma produção normativa na referida lei compromete, também, a produção normativa das Agências Reguladoras, já que a lei poderia funcionar como um esteio de validade, orientação e legitimidade para esta atividade.

Na falta de uma orientação geral, a solução é contar com a colaboração dos órgãos normatizadores para regularem a produção normativa, observando as diretrizes e princípios gerais do direito administrativo insculpidos na Constituição Federal e na própria Lei nº 9.784/99 e, também, respeitando a participação, transparência e o controle social nos seus processos normativos e decisórios.

O modelo de regulação no Brasil procurou assegurar mecanismos de transparência e controle social instituindo espaços para o exercício destes requisitos por meio de audiências e consultas públicas, ouvidorias, conselhos e

¹¹⁴ Conforme MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. Como e por que tornar efetivo o invisível processo regulamentar brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público-RBDP*. Belo Horizonte. Vol. 13, nº. 48 (jan/mar 2015), p. 129-160.

outras instâncias de participação. Por certo, a ausência de definição de critérios mínimos para o seu atendimento provocou (e ainda provoca¹¹⁵) uma grande distorção no processo de consolidação deste modelo, ocasionando, eventualmente, graves problemas, sobretudo aos cidadãos. Ainda que conceitualmente o processo regulatório esteja aberto à participação dos agentes por ele impactados, na prática, a inserção desses atores é completamente desbalanceada¹¹⁶.

A Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), por meio da Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013 (Regimento Interno da ANATEL) conta com regras internas sobre o processo de regulamentação. Essas regras preveem, de forma resumida: a competência exclusiva do Conselho Diretor para promulgação de resoluções; a necessidade de análise de impacto regulatório; consulta pública obrigatória; procedimentos para análise da proposta de resolução; regras básicas sobre a elaboração de resoluções e a necessidade de um parecer jurídico antes da aprovação da resolução¹¹⁷.

Em meio a tantas distorções, não se deve deixar de reconhecer que, bem aplicados os meios garantes da participação pública e de *accountability*, o modelo de Agências pode, absolutamente, dar conta da atividade normativa sem prejuízos ou perdas para o Estado Democrático de Direito.

Para finalizar estes embates principiológicos, tendo em vista sua relação com a competência normativa, Alexandre Aragão, bem afirma que as competências complexas das quais são dotadas as Agências Reguladoras, em verdade, fortalecem o Estado de Direito, pois retiram do “emaranhado das lutas

¹¹⁵Sobre isso pondera Teresa Liporace: “Decorridos mais de dez anos desde a criação das primeiras agências reguladoras no país, podemos afirmar que a existência de previsão legal dos mecanismos de participação social no processo regulatório não foi suficiente para o bom funcionamento do modelo. Não há dúvidas que, até o momento, nem o cidadão individualmente, nem as organizações que o representam conseguiram exercer de forma efetiva o seu papel junto aos reguladores. Os obstáculos são diversos e vão muito além da complexidade técnica comumente alegada. Há, por exemplo, o risco constante de se limitar a participação a assuntos periféricos quando o saber técnico e a atividade de monitoramento do setor em questão não existem”. LIPORACE, Teresa Donato. *Perspectivas e desafios à Participação Social na Regulação*. In PROENÇA, Jadir Dias; PRADO, Carlos Eduardo (Organizadores). *Melhoria da Regulação no Brasil: o papel da participação e do controle social*. Brasília: Presidência da República, 2011, p. 193-212.

¹¹⁶Ibid., loc.cit.

¹¹⁷MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. Como e por que tornar efetivo o invisível processo regulamentar brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público-RBDP*. Belo Horizonte. Vol. 13, nº. 48 (jan/mar 2015), p. 129-160.

políticas a regulação de importantes atividades sociais e econômicas, atenuando a concentração de poderes na Administração Pública central". Assim, de acordo com o autor, alcança-se, com melhor proveito, o escopo maior da Separação de Poderes: garantir de maneira eficaz a segurança jurídica, a proteção da coletividade e dos indivíduos empreendedores de tais atividades ou por elas atingidos¹¹⁸.

Passemos, agora, à discussão que mais acalora o debate teórico da concessão de competência normativa às Agências Reguladoras, a correlação desta função normativa com o Princípio da Legalidade.

2.2 Previsões legais X Legalidade.

O exame sobre a Legalidade, em acordo com a moderna concepção de Direito Público, jamais pode ser desacompanhado da ideia de que a Legalidade compreende a amplitude de regras, princípios e normas contidos no arcabouço jurídico de determinado Ordenamento, e que este Ordenamento, por sua vez, não consegue, e nem poderia, se limitar a uma homogênea e centralizadora Constituição, ou qualquer outra codificação.

Para captar os modernos contornos dessa Legalidade necessário é assimilar, antes de tudo, a desconstrução que este importante Princípio sofreu diante da evolução do direito constitucional e administrativo, em decorrência da própria reorganização do Estado impulsionada por fenômenos como a globalização, a exemplo.

Não podemos deixar de reconhecer que, no entanto, o maior embaraço enfrentado por esta moderna acepção ainda é a atitude de alguns juristas diante das mudanças dos paradigmas de Direito Público. Isso porque a questão é geralmente encarada sob duas perspectivas, por vezes extremadas: negar ou aceitar incondicionalmente tais mudanças. Os mais tradicionais enxergam as inovações como um grave atentado à democracia, moralidade

¹¹⁸ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 376.

pública, garantias e direitos de liberdade dos indivíduos. É que, para os mais tradicionais, nas palavras de Alexandre Aragão, há uma tendência a dogmatizar e mitificar concepções jurídicas oitocentistas “de maneira não imaginada sequer por seus próprios formuladores”. De outra banda, a aceitação incondicional estimula formulações muitas vezes desprovidas de caráter propriamente jurídico, com a evocação de imperativos econômicos, por exemplo, sem muita atenção ao Direito Positivo e à elaboração científica realizada ao longo dos tempos¹¹⁹.

Em que pese a resistência ou a empolgação que sempre vai existir sobre o “novo”, a primeira, e inconfundível, lição tirada desta evolução atinge, exatamente, a percepção de que as previsões legais, aqui entendidas como as regras efetivamente positivadas, não esgotam um rol de normas e interpretações que podem emergir de um determinado arcabouço jurídico, respeitadas, claro é, as suas balizas.

É, assim, com base neste entendimento, que vamos pautar nossa análise perante a função normativa conferida às Agências Reguladoras diante do Princípio da Legalidade. Somente a moderna acepção deste Princípio pode melhor explicar a detenção de poder normativo por parte das Agências, principalmente no direito brasileiro, onde tradicionalmente prevalece a interpretação rígida dos Princípios da Separação de Poderes e da Legalidade.

2.3 Função Normativa e Princípio da Legalidade.

Quando pensamos no Princípio da Legalidade, de pronto, desaponta à cabeça a “porção instrumental” dele resultante: a lei. Este instrumento sempre carregou uma bagagem teórica e ideológica que o fizeram ser, reconhecidamente, a única, e justa, fonte de direito. Esta lógica ganha importância, principalmente, em um tempo pós-revolucionário liberal, responsável pelo desenvolvimento da compreensão de que o direito só poderia traduzir-se nas leis, de modo que lei e direito comportavam-se como a

¹¹⁹ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. Ano 37, n°. 148 (out./dez. 2000), p. 275-299.

identificação íntima um do outro. A lei, por sua vez, carregava um único sentido, o mais estrito, fonte-fruto da vontade geral, revelada apenas pelo parlamento¹²⁰.

O alicerce político sobre o qual se estabeleceu o Princípio da Legalidade no Estado Liberal, nos explica Paulo Otero, privilegiava o modelo de equilíbrio de poderes formulado por Montesquieu que, por sua vez, reconhecia a vinculação do Executivo à lei, ainda que conferindo ao chefe do próprio Executivo uma intervenção constitutiva sobre o exercício do Poder Legislativo. Uma vertente progressista do liberalismo enquadrava, assim, a Legalidade Administrativa em um contexto de supremacia do Poder Legislativo, onde a subordinação do Executivo refletia a Legitimidade Democrática, já que a lei do Parlamento expressava a vontade popular. A melhor consumação destas premissas notava-se, portanto, pela total marginalização ou esvaziamento da intervenção do Executivo no procedimento de feitura das leis¹²¹.

Neste sentido, a identificação do Princípio da Legalidade se revelava pela conjugação lei e Poder Legislativo. Rogério Soares nos fala sobre o sentido político da função legislativa quando delineada por Montesquieu, ou pelo menos, como escreve o autor “àquilo que foi a tradição de compreensão de Montesquieu”. Segundo o autor, Montesquieu procurou realizar uma obra “restauracionista”, pois sua preocupação era fazer funcionar uma sociedade em que o fenômeno político estava repartido por três estados: um autocrático, um aristocrático e outro democrático. Montesquieu atribuiu a função de legislar ao estado popular (pretendente democrático), a função de executar, ao rei (pretendente autocrático) e a função de julgar à nobreza (pretendente aristocrático)¹²².

As ideias de Montesquieu, entretanto, vão embalar os revolucionários do fim do século XVIII e do século XIX que, por sua vez, interpretam a sua construção amputando dela, de acordo com Rogério Soares, o seu sentido

¹²⁰ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Sobre os Regulamentos Administrativos e o Princípio da Legalidade*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 132.

¹²¹OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Reimpressão da edição de Maio de 2003. Coimbra: Almedina, 2007, p. 91.

¹²²SOARES, Rogério Ehrhardt. Sentido e limites da função legislativa no Estado contemporâneo. In CAUPERS, João; ALMEIDA, Marta Tavares de; GUIBENTIF, Pierre. *A Feitura das Leis: Portugal e a Europa* (Separata). Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2014, p. 432, 433.

essencial, para mistura-la com a ideia “pré-romântica nacionalista, em grande parte, apoiada nos ensinamentos de Rousseau”. Esta interpretação é a que entra pelas Constituições do século XIX e XX consagrando a soberania como a força que reside na nação, ou seja, a crença de que a soberania tem um único titular¹²³.

Este pensamento implica diretamente na concepção de que o Legislativo continua a ser o “verdadeiro representante da nação” encarnando não um poder, senão o poder. Logo, o receio em face do Executivo parte da clássica noção de ligação com a representação do autocrata das monarquias absolutas¹²⁴.

É com base nesta tradicional convicção que o Princípio da Legalidade se torna, desta forma, como coloca Jorge Coutinho, um tema eterno do direito administrativo, quase sempre tratado por todos os administrativistas. Assim, há muito tempo que a sua análise recai em duas dimensões fundamentais: o Princípio da primazia (ou prevalência ou supremacia) da Lei e o Princípio da Reserva Legal. O Princípio da primazia da lei expressa, basicamente, que os atos da administração não podem contrariar a lei, já o Princípio da Reserva Legal, por sua vez, implica o sentido de que tais atos devem, portanto, basear-se ou fundar-se nas leis¹²⁵.

Neste caso, o Princípio da Legalidade, se interpretado for na sua tradicional concepção de intimidade com a lei em seu sentido estrito, constitui o maior empecilho para concessão da competência normativa às Agências Reguladoras, por dois principais motivos: a consideração de que a Legalidade brota diretamente da lei estrita, produto do protagonismo do Poder Legislativo; e a ideia de que somente a lei estrita reveste a validade do direito. Transportando estas concepções, e as alocando no seio do direito administrativo-constitucional, temos, na prática, o desdobramento de que à produção normativa só se conferirá validade se estiver ela em completa harmonia com a lei constitucionalmente positivada.

¹²³ SOARES, Rogério Ehrhardt. Sentido e limites da função legislativa no Estado contemporâneo. In CAUPERS, João; ALMEIDA, Marta Tavares de; GUIBENTIF, Pierre. *A Feitura das Leis: Portugal e a Europa* (Separata). Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2014, p. 433.

¹²⁴Ibid., p. 434.

¹²⁵ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Sobre os Regulamentos Administrativos e o Princípio da Legalidade*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 131,132.

Sabemos, entretanto, que o sentido originário do Princípio da Legalidade foi superado. Hodiernamente, nos explica Jorge Coutinho, o direito não se identifica com a lei, posto que as próprias leis têm agora fontes diversificadas. No seio do direito deve-se contar, assim, com a Constituição, os princípios jurídicos, as normas e princípios de direito internacional, os atos legislativos e os regulamentos. Neste sentido, assinala o autor, quando se diz que a atividade administrativa está sujeita ao Princípio da Legalidade, quer-se expressar o seu condicionamento às regras jurídico-administrativas, às normas e princípios de direito¹²⁶.

O direito brasileiro, todavia, fundado que é na rígida e tradicional aplicação do Princípio da Legalidade e, bem também, do Princípio da Separação de Poderes, tem dificuldade de assimilar, na prática, os modernos contornos sobre o Princípio da Legalidade e isso se reflete na consideração sobre a competência normativa ditada às Agências.

Tércio Sampaio alerta ser importante entender a mutação constitucional do Princípio da Legalidade dos atos administrativos para que possa estar justificada, ou juridicamente fundamentada, a atuação normativa das Agências Reguladoras, pois, do contrário, sequer poderia ser admitida a imposição de normas de conduta por qualquer órgão do Poder Executivo, a não ser por delegação prevista expressamente na Constituição¹²⁷.

Por este ângulo, então, a melhor interpretação do direito brasileiro para esta ocorrência reflete a grande questão da matéria do poder regulamentar da Administração Pública. Modernamente, entretanto, segundo Alexandre Aragão, a dificuldade não é a de se determinar a sua extensão, mas sim definir qual é a densidade normativa mínima que a sua base legal deve ter para que seja apropriada ao Estado Democrático de Direito e a natureza subordinada do poder regulamentar¹²⁸.

¹²⁶ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Sobre os Regulamentos Administrativos e o Princípio da Legalidade*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 133.

¹²⁷FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Poder Normativo das Agências Reguladoras à luz do Princípio da Eficiência. In ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coordenador). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 277-280.

¹²⁸ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 16, n.º. 65 (2008), p. 7-21.

No direito administrativo, sobretudo o brasileiro, é comum referirmos que a legitimidade normativa de um ato administrativo ocorre exatamente pela existência prévia de lei que o defina, por isso, se não houver ordem normativa precedente “que construa a conduta devida pelo administrador, ainda que se trate de ato jurídico, não é considerado como ato de função estatal”¹²⁹. Se aceitamos que o regulamento constitui um ato administrativo gerador de norma jurídica de alcance geral e abstrato, portanto, surgirá sempre a questão da primazia da Lei neste sentido.

O poder normativo, desta feita, sem dúvida, surge do necessário “arrefecimento da legalidade como um parâmetro imutável da atuação administrativa” conferindo-se ao administrador a capacidade de produzir normas que instruem e executem os atos de administração pública¹³⁰. É por isso que vamos entender que a evolução sobre a essência do Princípio da Legalidade comporta a consideração da vinculação da Administração Pública não apenas à lei, mas a toda juridicidade de um Ordenamento, ou, em outras palavras, a “todo um bloco de legalidade que incorpora os valores, princípios e objetivos jurídicos maiores da sociedade”¹³¹. Se assim não fosse, cometeríamos o erro de permitir que a lei estrita efetivamente retraísse a dinâmica da atuação estatal.

Todavia, ao relacionarmos estas premissas com a atribuição conferida às Agências Reguladoras, teremos, na ótica brasileira, a grande questão da necessidade de lei prévia habilitante que destine à produção normativa o legado de “executar de modo fiel”, tal qual os regulamentos de execução do Poder Executivo, o seu preceito.

¹²⁹GUERRA, Glauco Martins. Princípio da Legalidade e Poder Normativo: Dilemas da autonomia Regulamentar. In ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coordenador). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 93.

¹³⁰GUERRA, Glauco Martins. Princípio da Legalidade e Poder Normativo: Dilemas da autonomia Regulamentar. In ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coordenador). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 94.

¹³¹Para usar a expressão encontrada em ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 16, n°. 65 (2008), p. 7-21. O autor ainda complementa tal ideia nos dizendo que Constituições como a alemã e a espanhola, por exemplo, passaram a submeter a Administração Pública expressamente à “lei e ao direito”. Tal postulado também se infere implicitamente, segundo Aragão, da Constituição brasileira, além do que é expressamente ditada na Lei de Processo Administrativo Federal (art. 2º, parágrafo único, I, da Lei 9.784/1999).

Para solver esta questão, respeitando em tudo o Estado Democrático de Direito, entendemos que a resposta seja considerar que basta a habilitação legal dos poderes da Administração Pública, sem que a lei habilitante precise entrar na matéria a ser regulada pela Administração Pública¹³², aqui personificada nas Agências Reguladoras. Contudo, como aduz Alexandre Aragão, é preciso que a lei estabeleça princípios, finalidades, políticas públicas ou *standards* que oportunizem o controle do regulamento (*intelligible principles doctrine*), uma vez que a atribuição de poder normativo sem que se indiquem alguns parâmetros para o seu exercício, lesaria o Estado Democrático de Direito, que pressupõe a possibilidade de controle de todos os atos estatais¹³³.

Ademias, ainda que contornos neste sentido não sejam expressamente, e integralmente, delineados em lei habilitante, não se pode deixar de reconhecer que a Legalidade se resgatará, sempre, de um Ordenamento Jurídico como um todo, posto que não se pode mais ser representada a Legalidade só pela lei em seu sentido estrito, pois ela é também princípios, diretrizes, *standards*.

2.3.1 A técnica e a especialidade em evidência.

Até o momento procuramos demonstrar, na maior parte deste texto, o fundamento jurídico que motivou a atribuição normativa às Agências Reguladoras brasileiras. A partir de agora, vamos buscar demonstrar a razão prática, por assim dizer, impulsionadora desta concessão.

A reformulação do papel do Estado, para que pudesse intervir na economia, aliada à condição complexa da atividade de regulação que então emergia, corroborou, como vimos, com a necessidade de que órgãos

¹³²ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 16, n°. 65 (2008), p. 7-21.

¹³³Ibid., loc. cit.

especializados¹³⁴, dotados de atribuições e competências peculiares, entrassem no cenário econômico para que a sua regulação fosse prestada da melhor forma.

O modelo das Agências Reguladoras norte-americanas, modelo que inspirou a criação destes órgãos reguladores para o resto dos países, constituiu como pilares destes entes a ideia de especialização, neutralidade e descentralização técnica.

Neste sentido, a ideia de especialização, nos explica Maria Sylvia di Pietro, revelou-se na tradição do continente europeu através desta releitura sobre o papel do Estado. A ampla intervenção do poder público na ordem econômica e social, derivada do novo padrão de Estado, que passava a ser de Bem-estar, de Providência ou Social, fez culminar o crescimento de suas atividades, que, por sua vez, cumulavam funções cada vez mais múltiplas e complexas, e sobre temas variados. Por isso, passou a ser necessidade contar com entes, cada vez mais especializados, para executar as funções então assumidas¹³⁵.

Seguindo tal lógica, os entes especializados detêm, com maior destreza, a habilidade para regular o setor ao qual se vinculam. A qualidade de ente especializado transparece, assim, no plano prático, através da competência normativa, posto que a normação derivada desta competência carrega um espectro técnico que, por sua vez, confirma, no plano teórico, a especialidade da Agência Reguladora.

Por isso, para Alexandre Aragão a descentralização normativa é a razão de ser das entidades reguladoras independentes, justamente por conta

¹³⁴Para Arnaldo Wald e Luíza Rangel é “viável admitir que a especialização da agência reguladora traz o maior aperfeiçoamento das suas atividades, a exemplo do que se observa em outros países – EUA, Reino Unido e Argentina, entre outros. Como vimos, no Brasil as agências federais são especializadas. Por outro lado, observa-se, em alguns estados brasileiros, a opção por agências reguladoras que reúnem as funções inerentes à regulação e à fiscalização de todos os serviços públicos cuja prestação for delegada à iniciativa privada, por meio de concessões e permissões. No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, foi criada, por lei, uma entidade reguladora única- a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro, ASEP/RJ-, para a regulação, o controle e a fiscalização dos serviços públicos estaduais”. WALD, Arnaldo; MORAES, Luíza Rangel de. *Agências Reguladoras. Revista de Informação Legislativa*. Brasília. ISSN 0034-835x. Ano 36, n°. 141 (Trimestral Jan-mar. 1999), p. 143-171.

¹³⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. n°. 9 (fevereiro/março/abril, 2007).

desta natureza técnica de sua atividade normativa, acrescentando o autor, que a competência normativa, abstrata ou concreta, integra o próprio conceito de regulação¹³⁶.

A norma resultante da produção das Agências se diferencia por possuir, deste modo, um conteúdo técnico. A “norma técnica” distingue-se da “norma jurídica”, para Pedro Gonçalves, na verdade, por uma questão de competência. A competência a qual alude o autor está ligada ao sentido jurídico, ou não, alcançado pela norma. Por isso, aduz o autor, a “norma técnica” figura como uma norma que não exerce, de fato, uma “competência de regulação jurídica”, mas uma “competência de mera regulação técnica”. A competência de regulação jurídica produz preceitos com eficácia jurídica vinculativa, já a competência de mera regulação técnica produz formulações de normas ou regras de conduta, de conteúdo técnico que não obrigam juridicamente¹³⁷. Destarte, um conceito de norma técnica se revela não só por sua dimensão material específica (conteúdo técnico) ou suas características formais (onde se contemplam aspectos como os relacionados com o documento que a suporta, o procedimento que a serve e, sobretudo, o tipo de competência que a sua edição pressupõe), pois se a formulação do conceito se limita a destacar o conteúdo técnico da norma, pode-se concluir que uma norma jurídica é capaz de constituir uma norma técnica, ou melhor, consegue compor uma “norma jurídica de conteúdo técnico”¹³⁸. Isto posto, a correta definição de norma técnica deve considerar sua natureza extra-jurídica, o seu conteúdo, que, de modo característico, será fornecido pela “ciência, tecnologia ou pela experiência”, e a competência envolvida em sua elaboração, que não implica uma competência jurídica, como dito, mas uma competência de mera regulação técnica, uma competência que engloba a “capacidade (científica) para a formulação de regras

¹³⁶ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 380.

¹³⁷GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 722.

¹³⁸GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 722.

de conduta que impõe uma referência a critérios técnicos e empíricos e não jurídicos”¹³⁹.

Ainda que aborde um conteúdo indiscutivelmente técnico e seja fruto de uma competência não propriamente jurídica, nos termos explicados por Pedro Gonçalves, a normação das Agências Reguladoras ainda reflete, no direito, uma inconstância. Isso porque a questão técnica envolvida na produção normativa ainda busca ser explicada. Alguns autores, para isso, a envolvem sob o manto da discricionariedade técnica¹⁴⁰ para que reste justificada a sua atuação.

A expressão discricionariedade técnica foi empregada, pela primeira vez, em 1864, por Bernatzik, um dos autores da Escola de Viena. O termo foi utilizado para enquadrar todo tipo de decisões que deveriam, por conta de sua alta complexidade técnica, ser retiradas do controle jurisdicional, justamente por comportarem conteúdo do qual, supostamente, apenas entendiam os administradores, dada a experiência e contato direto com a realidade do dia-a-dia. Os juízes, dotados de outra preparação, e distantes da realidade da vida administrativa, não poderiam, em vista disso, opinar nestas questões¹⁴¹.

A discricionariedade administrativa, por sua vez, desvela-se, segundo Sérgio Guerra, na margem de liberdade que possui a administração quando a sua atividade não está plenamente definida em lei. A discricionariedade decorre, assim, “da eleição feita pelo Poder Legislativo de permitir ao Poder Executivo uma contribuição no processo de determinação do interesse geral, a partir da ponderação de interesses particulares e coletivos”¹⁴².

¹³⁹GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 722-723.

¹⁴⁰ Neste sentido, explica Di Pitero: “No direito norte-americano, embora o tema envolva também o aspecto dos limites do controle jurisdicional, na realidade a chamada discricionariedade técnica constitui um dos pilares em que se baseou a tese da função normativa das agências reguladoras. Com efeito, no direito norte-americano o tema da discricionariedade técnica teve importância fundamental na delimitação da competência das agências reguladoras, seja para definir os limites de sua função normativa, seja para estabelecer os limites do controle jurisdicional.” PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. n.º. 9 (fevereiro/março/abril, 2007).

¹⁴¹PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. n.º. 9 (fevereiro/março/abril, 2007).

¹⁴²GUERRA, Sérgio. Discricionariedade Técnica e Agências Reguladoras. *Revista da AGERGS*. Porto Alegre. n.º. 8. (Março2005).

Para Maria Sylvia di Pietro, existe discricionariedade quando a lei dá à Administração a oportunidade de decidir no caso concreto entre duas ou mais alternativas, todas válidas perante o direito. Essa escolha, para tanto, se faz mediante critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, razoabilidade e interesse público, condensados no mérito do ato administrativo. A diferença entre discricionariedade administrativa e discricionariedade técnica, segundo a autora, está, portanto, em que, na discricionariedade administrativa, a escolha entre duas ou mais alternativas válidas perante o direito faz-se consoante critérios de oportunidade ou conveniência (mérito) e, na discricionariedade técnica, não existe, propriamente, uma liberdade de opção, pois, a Administração deve procurar a solução correta segundo critérios técnicos¹⁴³.

Eros Roberto Grau, todavia, entende ser a tese da discricionariedade técnica insustentável. Para o autor, se a decisão se baliza por uma questão técnica, evidentemente, haverão, para isso, *standards* muito precisos, porque baseados em critérios técnicos, sobre os quais não há margem para dúvidas, a serem atendidos por quem toma a decisão¹⁴⁴.

Sob este ângulo depreende-se que a discricionariedade técnica foi o mais adequado termo e/ou instrumento utilizado para justificar a competência normativa das Agências Reguladoras, principalmente por associar-se a esta competência a autonomia. Ora, a falta de propriedade do judiciário para controlar decisões advindas deste “tipo” discricionário explicaria, pois, a autonomia desta competência.

Hoje, no entanto, nem a ideia da discricionariedade técnica sustentaria uma atuação normativa completamente desvinculada do direito, nem tão pouco afastada do controle judicial sobre seus atos.

Neste passo, sempre é prudente reforçar que, ainda considerados o conhecimento técnico e a especialidade destes entes, eles, como órgãos administrativos que são, não têm competência para atuar fora das normas que

¹⁴³PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. op. cit.

¹⁴⁴GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7ª ed. rev. e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 214, 215.

definem as suas atribuições, em geral já baseadas em sua especialidade, conferidas, assim, em razão do segmento específico em que atuam¹⁴⁵.

¹⁴⁵Cf. WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de. Agências Reguladoras. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. ISSN 0034-835x. Ano 36, n°. 141 (Trimestral Jan-mar. 1999), p. 143-171.

CAPÍTULO 3: PLURALISMO JURÍDICO E EFICIÊNCIA NA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA.

3.1 O Pluralismo Jurídico também como fundamento

Em que pese a ideia de pluralismo jurídico estar diretamente ligada a tendência, principalmente global, para o reconhecimento de que o Estado não pode mais centralizar a elaboração normativa, tendo em vista a reconhecida autoregulação de alguns setores institucionalizados da sociedade, a organização da sociedade civil, o direito comunitário, entre outros centros de produção normativa¹⁴⁶, queremos aqui utilizar a aplicação prática deste fenômeno para tentar justificar, mais uma vez, a imperiosa necessidade em reconhecer como válida a normação fruto da atividade normativa das Agências Reguladoras.

Para que seja possível o reconhecimento de ordens normativas para além do Estado é imprescindível, em primeiro lugar, assentir, mais uma vez, que a ideia de Legalidade importa uma nova interpretação sobre o direito e sobre o que seja legitimidade.

Conceber o que seja legítimo em uma sociedade de constante mudança significa, para Antonio Wolkmer, explorar as possibilidades de constituir uma nova legitimidade. Neste sentido, a legitimidade que sustentará a efetivação do direito em um cenário jurídico pluralista, democrático e insurgente, em verdade, atinge a percepção de que as formas de legitimação são reinventadas, horizontalmente, a partir do aparecimento de novos sujeitos políticos e de suas lutas em prol da satisfação justa de suas reais necessidades¹⁴⁷.

¹⁴⁶Para o melhor assentamento dessas e outras ideias sobre o fenômeno do pluralismo jurídico ver: ROCHA, Leonel Severo; ATZ, Ana Paula. Do pluralismo jurídico ao diálogo inter-sistêmico das fontes na sociedade mundial. In PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio; SANTOS, Dagoberto Machado dos. *Relações de consumo: Globalização*. Caxias do Sul: Educs, 2010, p. 107- 132.

¹⁴⁷WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo, justiça e legitimidade dos novos direitos. *Revista Sequência*. n.º. 54 (Jul. 2007), p. 95-106.

Ora, a ineficácia das instâncias legislativa e jurisdicional favorece, segundo o autor, a expansão de práticas normativas não estatais e procedimentos extrajudiciais. Logo, “os centros geradores de direito” não se restringem mais às “instituições oficiais e órgãos de representação do monopólio do Estado Moderno”. O direito passa a emergir de diversos centros de produção normativa, “num permanente e dialético processo de descentralização e de recriação de direitos”¹⁴⁸. Isso, entretanto, não desmerece o direito estatal. O pluralismo apenas pretende defender que o direito estatal é uma das muitas formas jurídicas que podem existir na sociedade¹⁴⁹.

O pluralismo, assim, se explica, neste momento, “como a principal estratégia do novo ciclo do Capitalismo mundial” assentando a descentralização administrativa, a integração de mercados, a globalização e acumulação flexível do capital, bem como sustentando a formação de blocos econômicos, a política de privatização, a informalização dirigida de serviços, regulação social reflexiva e supranacional, etc”¹⁵⁰.

Neste sentido, mais do que reconhecido este desenho de constelações jurídicas que, de maneira particular, reexplicam o direito e confirmam a sua pluralidade, impossível não se desprender, enfim, das “amarras clássicas” sobre o sentido tradicional da Legalidade e legitimidade. Assim, por esta forma, mais uma vez, tentamos demonstrar a autenticidade da concessão de uma competência normativa aos órgãos reguladores.

Não podemos diante desta averiguação esquecer, contudo, que os órgãos aos quais nos referimos fazem parte, no direito brasileiro, do próprio Estado. E, ainda que não fossem, o limite para qualquer atuação descentralizada terá como parâmetro a Constituição, ou o que seja o núcleo que abriga os valores

¹⁴⁸Segundo WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo, justiça e legitimidade dos novos direitos. *Revista Sequência*. n.º 54 (Jul. 2007), p. 95-106.

¹⁴⁹Para Wolkmer “(...)o pluralismo legal cobre não só práticas independentes e semi-autônomas, com relação ao poder estatal, como também práticas normativas oficiais/formais e práticas não-oficiais/informais. A pluralidade envolve a coexistência de ordens jurídicas distintas que define ou não relações entre si. O pluralismo pode ter como meta práticas normativas autônomas e autênticas geradas por diferentes forças sociais ou manifestações legais plurais e complementares reconhecidas, incorporadas e controladas pelo Estado” WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico: Novo marco emancipatório na historicidade Latino-Americana. *Revista do Saju*. Porto Alegre: UFRGS. n.º 1 (1998), p. 151-164.

¹⁵⁰Conforme *ibid.*, loc. cit.

e princípios de uma sociedade e sua realidade jurídica. Como aponta Canotilho, ao falar do estudo das fontes de direito no ordenamento jurídico português, a Constituição figura como a “fonte de conhecimento”, da qual deriva as formas de revelação, definição e valor das normas de direito positivo¹⁵¹.

3.2 O princípio da Eficiência como justificativa da ampla normatização.

Dentre tudo que já dissemos sobre o que podíamos considerar como “autorização jurídica” e “necessidade prática” para atribuição de competência normativa às Agências Reguladoras deixamos, por último, a questão da eficiência administrativa, por entendermos que este argumento pende para os dois lados, servindo tanto como uma imposição prática quanto jurídica.

Na prática, observamos que a centralização das atividades públicas pelo Estado, com o tempo, se revelou onerosa e insuficiente. Nesta condição, a melhor alternativa encontrada foi buscar meios para descentralizar as funções do Estado, almejando, com isso, a eficiência na prestação dos serviços públicos e a otimização da economia. O crescimento do papel do Estado nas sociedades de nossos dias, como coloca Paulo Modesto, convive, portanto, com a diminuição do aparelho do Estado, decorrente, entre outros fatores, dos sucessivos processos de privatização¹⁵², como foi o caso brasileiro.

No direito, a realidade do Estado incompetente traduziu a necessidade de se perseguir uma atuação pública mais ágil, agora comprometida com a nova configuração gerencial que se propunha para o

¹⁵¹Canotilho faz esta análise para justificar o valor da Constituição mesmo diante da realidade jurídica plural que se estabelece em Portugal em virtude das diversas normatividades oriundas do contexto da União Europeia. Por isso expressa o autor: “(...) A relevância da constituição como fonte de conhecimento das normas de direito positivo estende-se às próprias normas de direito internacional e de direito comunitário. A existência de vários ordenamentos superiores-constitucional, internacional e comunitário- obriga, hoje, a uma articulação mais complexa do que a requerida por uma estrutura de ordem jurídica centrada no direito interno do Estado. De qualquer modo, mesmo aqui, a definição do cosmos normativo terá de ser feita a partir da própria constituição.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 693.

¹⁵²MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. n. 10. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. Maio/junho/julho de 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>.

Estado. Desta feita, consagra-se a eficiência como um princípio de direito norteador da performance administrativa.

Para consecução dos “novos” fins, tributa-se no direito brasileiro, em sede constitucional, o Princípio da Eficiência, no *caput* do artigo 37 da Carta Magna¹⁵³, por advento da Emenda Constitucional n.º 19, de 1998¹⁵⁴.

A noção de eficiência, no direito administrativo não é recente. No direito brasileiro, esta ideia já vem consagrada em forma legal desde o Decreto-Lei 200/67, que reestruturou a Administração Pública Federal. O que aparece com caráter de novidade, entretanto, é o espírito que ganha este princípio a partir das ideias trabalhadas para reforma do Estado, que alinha o sentido de eficiência à experiência do setor privado, trazendo uma compreensão de eficiência gerencial no desempenho das atividades estatais, tudo com o objetivo de inserir o Estado brasileiro na economia globalizada¹⁵⁵.

Neste propósito, a nova configuração estatal exige celeridade e simplicidade, efetividade e eficiência na obtenção de utilidades para o cidadão (que passa a ser uma importante peça nas novas relações do Estado com o setor privado, pautada nas relações de consumo), na regulação da conduta pública e privada, na vigilância ao abuso de mercado, no manejo dos recursos públicos¹⁵⁶.

Assim, o Princípio da Eficiência, segundo Tércio Sampaio, tem por característica a disciplina da atividade administrativa nos seus resultados e não apenas na sua consistência interna. Por isso, segundo o autor, funciona como

¹⁵³Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)

¹⁵⁴Nos explicita Cibele Muniz: “No texto original da Constituição de 1988, o princípio da eficiência, em relação à Administração pública, encontrava-se em vários dispositivos. O artigo 74, II, prevê um sistema de controle interno integrado dos três poderes, para verificar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial, nos órgãos e entidades da administração federal, além da aplicação de recursos públicos. O artigo 175 do referido diploma prescreve a exigência de qualidade na prestação dos serviços públicos (...)” dentre outros exemplos que nos fazem perceber que a eficiência é uma constante que, contudo, ganha um novo desenho a partir da nova lógica empregada para o papel do Estado. (MUNIZ, Cibele Cristina Baldassa. *O Princípio da Eficiência na Administração Pública brasileira*. São Paulo: Prisma Jurídico. n.6. 2007. p. 85-100. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/934/93400606.pdf>>

¹⁵⁵Ibid., loc. cit.

¹⁵⁶MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. n. 10. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. Maio/junho/julho de 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>.

um princípio “para fora e não para dentro”. É, portanto, um princípio fim e não um princípio condição, como o é a Legalidade, por exemplo. Desta forma, a sua expressão não impõe apenas limites (condição formal de competência) mais impõe resultados (condição material de atuação)¹⁵⁷.

Em acordo com a nova conjuntura estatal, e tendo em vista o mercado, o Princípio da Eficiência, na verdade, exige que a Administração seja dotada de competências reguladoras, de natureza técnica e especializada, sob pena de paralisia. Isso porque, como bem afirma ainda Tércio Sampaio, é impossível exigir eficiência da Administração sem lhe dar competência para “alocar fins específicos e encontrar meios correspondentes”. A especialização técnica, para o autor, é exigência da eficiência¹⁵⁸.

Como relacionar e conciliar então a condição deste princípio com a indispensável tecnicidade que requer o Direito Público contemporâneo?

Para Alexandre Aragão a resposta para esta questão está, não no menosprezo da lei, mas na valorização de seus elementos finalísticos. As regras legais devem, deste modo, ser interpretadas e aplicadas de maneira eficiente para buscar a realização dos objetivos fixados pelo ordenamento jurídico. Por esta perspectiva, o Princípio da Eficiência visa embeber a Legalidade com uma nova lógica, promovendo a insurgência de uma Legalidade finalística e material, e não mais uma Legalidade formal e abstrata¹⁵⁹.

O resultado da relação entre essas questões para com a Eficiência gera, como consequência, a ampla normatização. O Estado, sem dúvida, atinge com maior satisfação a regulação a partir destas normações técnicas que provém de órgãos com especialidade, como é o caso das Agências Reguladoras. Órgãos estes que derivam, fundamentalmente, do movimento de

¹⁵⁷FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Poder Normativo das Agências Reguladoras à luz do Princípio da Eficiência. In ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coordenador). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

¹⁵⁸FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Poder Normativo das Agências Reguladoras à luz do Princípio da Eficiência. In ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coordenador). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

¹⁵⁹ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Princípio da Eficiência. *Revista de Direito Administrativo*. 237. Rio de Janeiro. Jul/Set de 2004. p. 1-6. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/44361/44784>>

descentralização que precisou sofrer o Estado em prol do mercado e, também, em prol da Eficiência.

Nesta senda, conclui-se, como Tércio Sampaio, com o entendimento de que o Princípio da Eficiência não só justifica como, igualmente, limita o papel normativo, pois o Princípio, além de oferecer a razão prática para concretização deste processo, oferece uma reinterpretação do Princípio da Legalidade, que deve passar a ser entendido como uma Legalidade finalística. Os atos administrativos tornam-se, em vista disso, legítimos desde que alcancem os objetivos estabelecidos em lei de forma proporcional¹⁶⁰.

3.3 Poder normativo para além do Legislativo e sua relação com a Eficiência Administrativa- Estatal.

Ao reconhecermos a mudança de sentido sobre o Princípio da Legalidade, conjuntamente reconhecemos que, entre a lei e sua aplicação prática na sociedade, existem “normatividades” outras que coexistem para, junto com ela, formar um Ordenamento Jurídico. Este diagnóstico nos possibilitou, ainda, um outro reconhecimento: o de que o poder normativo não se restringe à produção do Poder Legislativo.

Dentre tudo que já pudemos comentar até aqui, já não é novidade a identificação de que a ideia sobre uma Administração Pública limitada por regras jurídicas, de maneira a assumir uma postura integralmente subordinada a um Poder Legislativo, em tese representativo de um conjunto homogêneo de cidadãos e de interesses, conforma-se num modelo de Estado soberano, fechado, prestacional e garantístico da liberdade que corresponde, nas palavras de Paulo Otero, a um “verdadeiro mito histórico dos séculos XIX e XX”¹⁶¹.

Mesmo por isso, a atribuição de poderes normativos à Administração também serve para descongestionar os órgãos legislativos. A transferência de

¹⁶⁰FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Poder Normativo das Agências Reguladoras à luz do Princípio da Eficiência. In ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coordenador). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006

¹⁶¹Segundo a observação de OTERO, Paulo. **Manual de Direito Administrativo- Volume I** (Reimpressão da ed. novembro 2013). Coimbra, Editora Almedina, 2014. p. 128.

uma competência mais ou menos ampla de normação jurídica para os órgãos executivos e administrativos corresponde, ensina Canotilho, ao que chamamos de desconcentração normativa¹⁶².

Essa desconcentração normativa, por sua vez, reflete o próprio pluralismo e a complexidade social da contemporaneidade, pois, para o atendimento do número cada vez maior de atividades dotadas de grandes particularidades, principalmente as de caráter técnico que viemos debatendo, torna-se inviável a conformação do Estado sob o ideal liberal oitocentista, que se assentava ao abrigo de um Ordenamento monocêntrico e uniforme, em regra racional e fortemente igualitário, concebido de maneira geral e abstrata¹⁶³.

Por esta razão, o legislador vai remeter à Administração a tarefa de “individualizar o direito”, posto que a ela cabe “o contacto com a vida vivida e não só com a vida pensada”¹⁶⁴.

Ora, para perseguir os interesses pluralistas envolvidos na sociedade, especificamente quando nos referimos à seara econômica, é forçoso admitir que a lei não consegue regular o direito nos detalhes que a solução dos problemas cotidianos exige. Daí porque há necessidade de que o Poder Executivo tenha, em muitas situações, de atuar sem uma conduta totalmente pré-determinada por uma norma, no entanto, sempre, porém, balizado por certos limites jurídicos¹⁶⁵.

¹⁶²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 703.

¹⁶³ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*. 37a. n. 148. Brasília: out./dez. 2000. p. 275-299.

¹⁶⁴De acordo com a lição de SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Interesse Público, Legalidade e Mérito*. Coimbra: Atlântida, 1955. p. 82, 83. O autor neste sentido completa: “(...)Dessa maneira o que se perde em certeza ganha-se em justiça; sacrifica-se a perfeição formal à adequação substancial. Isto, porém, só se torna possível mediante uma mais extensa vinculação do administrador. Não se pretende voltar aos esquemas do Estado de polícia, com a sua administração praeter-jurídica, gozando uma liberdade puramente natural. Agora, inteiramente ao contrário, toda a atividade administrativa é uma manifestação no domínio jurídico, toda a Administração actua segundo o direito. Desaparecem, pois, totalmente os últimos e já raros vestígios de Administração livre ou da Administração qual poder autônomo, para ficar, mesmo nos casos em que a determinação da lei se reduz ao mínimo, uma Administração subordinada à lei. Fala-se agora num Estado de Direito em sentido-formal, isto é, do Estado que age sempre na via do direito. O direito não é agora concebido como um limite externo à atividade da Administração, mas como a única forma possível de manifestação dessa atividade.”

¹⁶⁵GUERRA, Sérgio. Discricionariedade Técnica e Agências Reguladoras. *Revista da AGERGS*. Porto Alegre. n°. 8. (Março2005). Disponível em: <<http://www.agergs.rs.gov.br/upload/publicacao15.pdf#page=61>>

É por conta deste panorama que o poder normativo das Agências Reguladoras, com seu dinamismo, independência, especialização técnica, deve ser valorizado como um importante instrumento de intercomunicação do sistema jurídico com os demais subsistemas sociais. As Agências Reguladoras independentes constituem cada vez mais, na expressão de Alexandre Aragão, “um importante mecanismo de diálogo entre o Direito, que não pode abrir mão do seu caráter normativo, e a economia, que não cessa de aumentar a capacidade de impor a sua própria lógica”¹⁶⁶.

¹⁶⁶Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*. 37a. n. 148. Brasília: out./dez. 2000. p. 275-299.

CONCLUSÃO.

Após a investigação e o estudo procedido, algumas questões são arrematadas com as seguintes observações, que passamos a explicar.

Inicialmente, quando tivemos a oportunidade de falar sobre o poder regulamentar, concluímos que a capacidade normativa deste poder, antes de tudo, deriva da própria necessidade que tem o Poder Executivo de gerir o que tem sob controle. Isso, por si só, para nós, já conforma motivo suficiente para legitimar a atuação normativa deste poder.

Notamos, entretanto, que o poder regulamentar carece de legitimação, principalmente quando a regulação que ele concretiza não tem a base, constitucional ou legal, previamente, e integralmente, fixada.

Aqui, portanto, vimos nascer o principal embate jurídico para a concessão de competência normativa às Agências Reguladoras, de acordo com o direito brasileiro.

Diante desta situação, à procura de um fundamento que nos ajudasse a assentar e legitimar esta atuação normativa, encontramos, no próprio Ordenamento Jurídico, a resposta para a necessidade do reconhecimento e, por que não, da valorização, da competência normativa dos os entes reguladores.

Ora, para este fim, precisamos traçar um curso sobre as razões práticas, e também jurídicas, como nomeamos, que inevitavelmente pediam uma atribuição neste sentido a órgãos que, dotados de técnica e especialidade, pudessem proferir a regulação do setor econômico, complexo e plural como o é.

Para dar conta desta tarefa, então, tivemos que partir da própria transformação sobre o papel do Estado frente a economia, e, com ela, ver surgir a ideia sobre uma atuação estatal que precisava ser eficiente, consagrando, para tanto, a Eficiência como Princípio a ser sempre perseguido no desempenho estatal e, bem assim, a transformação que sofreu o Princípio da Legalidade, para acomodar-se com a dinâmica social e jurídica em constante movimento.

Sobre as perspectivas destes princípios acreditamos fornecer não só um fundamento, mas a própria legitimação da atuação normativa das Agências Reguladoras brasileiras.

Depois deste passo, caímos, entretanto, em uma nova problemática: reconhecida e legitimada a atuação normativa qual é a sua extensão?

Com a pretensão de utilizar a palavra “extensão” com foco no alcance e dimensão deste poder, e não só com o foco em seus limites, buscamos demonstrar que o próprio aparato jurídico conduz a concreta execução da atividade normativa, todavia, ele precisa ser interpretado sem tantos reducionismos, porque isso, no fundo, geraria a inoperância desta concessão. Neste sentido, a imperiosa libertação sobre a visão antiga do direito administrativo, especialmente o brasileiro.

O que, então, garante uma atuação normativa pelos entes reguladores sem uma autoridade desmedida? O próprio Estado, por meio do Poder Legislativo, tem a função de produzir a normação que contenha os propósitos e objetivos a serem alcançados em prol do interesse coletivo e da segurança jurídica, os tais *standards*. Isso, conseqüentemente, possibilita que as normatizações daí derivadas não padeçam da falta de habilitação legal e, também, “parâmetro jurídico legítimo”, por assim dizer.

Ademais, por tudo que falamos sobre a reinterpretação do Princípio da Legalidade ao longo do texto, e como ela proporciona o entendimento de que a Legalidade passa a ser representada não só na lei, mas pelo direito, perfazendo a ideia de que um Ordenamento Jurídico é composto por regras, normas e princípios, não poderemos mais dizer que qualquer atuação normativa desses entes possa estar desvinculada a nenhum momento, se essa for a maior preocupação resultante do aceite de uma atuação normativa pelos entes reguladores, principalmente quando não estritamente norteada pela lei positivada.

Por tudo, assim, concluímos que o poder de normativo das Agências Reguladoras brasileiras é legítimo, real e deve ser valorizado pela relevância prática e jurídica que compreende. E, além disso, por derivar, antes que qualquer

coisa, do próprio poder-dever de gestão que gozam tais Agências, haja vista a principal tarefa destas entidades ser gerir determinado setor especializado.

Outrossim, não se pode esquecer, as normatizações oriundas das Agências Reguladoras são, em sua maioria, de natureza técnica. Por conseguinte, são fruto de um conhecimento especializado e técnico que jamais poderá se encontrar descrito em uma lei ou em uma Constituição.

Isso, contudo, não tornaria também ilegítima a atuação normativa. Pois, como já dissemos, a regulamentação neste sentido deverá respeitar, a todo momento, os parâmetros e princípios gerais instituídos na lei, e na falta dela, as regras e princípios estabelecidos e fixados no Ordenamento Jurídico. Além disso, as Agências Reguladoras devem executar, sabemos, as políticas públicas do Estado destinadas aos setores em que atuam. Estas políticas, por sua vez, coadunam-se não só com leis, princípios e com a Constituição, mas, sobretudo, com a persecução do Interesse Público e Coletivo.

Por derradeiro, para finalizar todo o pensamento elaborado no presente trabalho, citemos o mestre Rogério Ehrhardt Soares:

“É já hoje um lugar comum a superação do positivismo jurídico, fruto sazonado do pensamento do Estado Liberal. Por toda a parte se proclama a estreiteza duma vinculação exclusivamente legislativa da Administração. Em todas as bocas anda a queixa contra o direito limitado à positividade. Mas está ainda por encontrar a fórmula que, substituindo-se aos esquemas clássicos, permita a tradução deste novo facies da vida estadual, com que, de bom ou um grado, o homem moderno tem inevitavelmente que contar.”¹⁶⁷

Considerarmos que, em pese os muitos avanços dados nessa área, a busca de fórmulas para substituir “esquemas clássicos” ainda é uma constante a ser perseguida.

¹⁶⁷SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. **Interesse Público, Legalidade e Mérito**. Coimbra: [s.n.], 1955 (Of. da Atlântida). p. 85, 86.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Sobre os Regulamentos Administrativos e o Princípio da Legalidade*. Coimbra: Almedina, 1987.

ATALIBA, Geraldo. Liberdade e poder regulamentar. *Revista de informação legislativa*. Vol. 17, n°. 66 (abr./jun. 1980), p. 45-74. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181212>>.

ACKER, Anna Britto da Rocha. *Poder Normativo e Regime Democrático*. São Paulo: LTR, 1986.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. Ano 37, n°. 148 (out./dez. 2000), p. 275-299.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 16, n°. 65 (2008), p. 7-21.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Princípio da Eficiência. *Revista de Direito Administrativo*. 237. Rio de Janeiro. Jul/Set de 2004. p. 1-6. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/44361/44784>>

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal. 1988. 292 p.

BRASIL. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

BRASIL. *Lei nº 9.491 de 9 de setembro de 1997*. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências.

BRASIL. Constituição (1988). *Emenda constitucional nº 5, de 15 de agosto de 1995*. Altera o § 2º do art. 25 da Constituição Federal.

BRASIL. Constituição (1988). *Emenda constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995*. Altera o inciso XI e a alínea “a” do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal.

BRASIL. Constituição (1988). *Emenda constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995*. Dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos.

BRASIL. *Decreto nº 2.487, de 2 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre a qualificação de autarquias e fundações como Agências Executivas, estabelece critérios e procedimentos para a elaboração, acompanhamento e avaliação dos contratos de gestão e dos planos estratégicos de reestruturação e de desenvolvimento institucional das entidades qualificadas e dá outras providências.

BRASIL, Presidência da República. *Plano Diretor da Reforma do aparelho do Estado*. Brasília: Câmara da Reforma do Estado, 1995.

BRUNA, Sérgio Varella. *Agências Reguladoras: Poder Normativo, Consulta Pública, Revisão Judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Vol. I. 10ª ed. rev. e atual pelo Prof. Dr. Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Almedina, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23ª ed. rev., ampl. e atualizada até 31.12.2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

CUÉLLAR, Leila. Poder Normativo das Agências Reguladoras Norte-Americanas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. Vol. 229 (jul./set. 2002), p. 153-176.

CRUZ, Verônica. Estado e Regulação: fundamentos teóricos. In RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Organizador). *Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: Anvisa, 2009.

DASSO JÚNIOR, Aragon Érico. *Estado regulador, regulação e agências reguladoras: uma contribuição teórica a partir do caso brasileiro*. Disponível em: <http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_economia/revista/febrero_2012/Estado_regulador_Aragon_Dasso_Junior.pdf>

DINIZ, Eli. Governabilidade, democracia e reforma do Estado: os desafios da construção de uma nova ordem no Brasil dos anos 90. In SZWAKO, José; MOURA, Rafael; D'AVILA FILHO, Paulo (Organizadores). *Estado e Sociedade no Brasil: a obra de Renato Boschi e Eli Diniz*. Rio de Janeiro: CNPq, FAPERJ, INCT, PPED, Ideia D, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade. In *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira. *Agência reguladora, poder normativo e democracia participativa: uma questão de legitimidade*. Juruá: Curitiba, 2014.

FARIA, José Eduardo. Introdução. IN FARIA, José Eduardo. (Organizador). *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo. 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Agências Reguladoras: legalidade e constitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. Ano 8, n°. 35 (Nov/Dez de 2000).

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Poder Normativo das Agências Reguladoras à luz do Princípio da Eficiência. In ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coordenador). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FIORI, José Luís. Para repensar o papel do Estado sem ser um neoliberal. *Revista de Economia Política*. Vol. 12, n°. 1 (45) (janeiro-março/1992). Disponível em: <<http://www.rep.org.br/PDF/45-6.PDF>>.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás- Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Volume I. 9ª ed. Madrid: Civitas, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7ª ed. rev. e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008.

GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*. Coimbra: Almedina, 2008.

GONÇALVES, Pedro. Direito Administrativo da Regulação. In *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano* (Separata). Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

GONÇALVES, Pedro Costa. Estado de Garantia e Mercado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Vol. VII (especial: Comunicações do I Triênio dos Encontros de Professores de Direito Público) (2010), p. 97-128. Disponível em: <http://www.pedrocostagoncalves.eu/PDF/estado_garantia_mercado.pdf>

GONÇALVES, Pedro Costa; MARTINS, Licínio Lopes. Nótulas sobre o novo regime das entidades independentes de Regulação da atividade económica. In GONÇALVES, Pedro Costa (Organizador). *Estudos de Regulação Pública-II*. Coimbra: Editora Coimbra, 2015.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. *Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico - REDAE*. Salvador, Bahia, Brasil. n°. 6 (mai./jun./jul. 2006). Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-6-maio-2006-dinora.pdf>>.

GUERRA, Glauco Martins. Princípio da Legalidade e Poder Normativo: Dilemas da autonomia Regulamentar. In ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coordenador). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GUERRA, Sérgio. Discricionariedade Técnica e Agências Reguladoras. *Revista da AGERGS*. Porto Alegre. n°. 8. (Março2005). Disponível em: <<http://www.agergs.rs.gov.br/upload/publicacao15.pdf#page=61>>

KERWIN, Cornelius M. *Normatização: como entidades governamentais escrevem leis e fazem políticas*. Tradução de Menara Magalhães. Rio de Janeiro: Nórdica, 1996.

LIPORACE, Teresa Donato. Perspectivas e desafios à Participação Social na Regulação. In PROENÇA, Jadir Dias; PRADO, Carlos Eduardo (Organizadores). *Melhoria da Regulação no Brasil: o papel da participação e do controle social*. Brasília: Presidência da República, 2011. p. 193-212.

MATTEI, Lauro; DOS SANTOS JÚNIOR, José Aldoril. Industrialização e substituição de importações no Brasil e na Argentina: Uma análise histórica comparada. *Revista de Economia*. Editora UFPR. Vol. 35, n°. 1 (ano 33) (jan./abr. 2009), p. 93-115. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/economia/article/view/17054/11249>>.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulação econômica e social e participação pública no Brasil. *IX Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administracion Pública*. Madrid, Espanha, 2-5 de nov. 2004. Disponível em: <https://ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/mattos_regulacao%20economica%20.pdf>

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 19. ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29 ed. rev. e atual. até a emenda Constitucional 68 de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012.

MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO. *O Conselho de Reforma do Estado*. Brasília: Cadernos MARE da Reforma do Estado, 1997.

MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. n. 10. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. Maio/junho/julho de 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Estudo sobre os Regulamentos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 2013.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. Os Princípios Normativos são parâmetro de vinculação dos Regulamentos?. In *Estudo sobre os Regulamentos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 2013.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. Como e por que tornar efetivo o invisível processo regulamentar brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público-RBDP*. Belo Horizonte. Vol. 13, nº. 48 (jan/mar 2015), p. 129-160.

MOREIRA, Vital. *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

MOURÃO, Rafael Pacheco. Desenvolvimento, industrialização e ordenamento político: uma discussão sobre os Estados em Getúlio Vargas e Juscelino Kubitschek-dois Estados, uma Ordem. *Revista História em Curso*. Revista Eletrônica do Departamento de História da PUC Minas, ISSN: 2178-1044. Disponível em: <<http://200.229.32.55/index.php/historiaemcurso/article/view/1866/pdf>>.

MUNIZ, Cibele Cristina Baldassa. O Princípio da Eficiência na Administração Pública brasileira. São Paulo: *Prisma Jurídico*. n.6. 2007. p. 85-100. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/934/93400606.pdf>>

NUNES, Edson. O Quarto Poder: Gênese, Contexto, Perspectivas e Controle das Agências Regulatórias. Paper submetido ao *II Seminário Internacional sobre Agências Reguladoras de Serviços Públicos*. Instituto Hélio Beltrão, Brasília, 25 de Setembro de 2001. Disponível em: <https://www.ancine.gov.br/sites/default/files/artigos/QUARTO_PODER.pdf>

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Reimpressão da edição de Maio de 2003. Coimbra: Almedina, 2007.

OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo - Volume I*. Reimpressão da ed. novembro 2013. Coimbra: Almedina, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O Modelo Norte-Americano de Agências Reguladoras e sua recepção pelo Direito Brasileiro. *Revista da EMERJ*. Vol. 12, nº. 47 (2009). Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista47/Revista47_157.pdf>

PEREIRA, José Matias. Administração pública comparada: uma avaliação das reformas administrativas do Brasil, EUA e União Européia. *Revista de Administração Pública - RAP*. ISSN 0034-7612. Rio de Janeiro. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v42n1/a04v42n1>>

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Do Estado Patrimonial ao Gerencial. In PINHEIRO, Paulo Sérgio; WILHEIN, Jorge; SACHS, Ignacy (Organizadores). *Brasil: Um século de transformações*. São Paulo: Cia. das Letras, 2001. p. 222-259. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/2000/00-73estadopatrimonial-gerencial.pdf>>

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Discricionarietà Técnica e Discricionarietà Administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. nº. 9

(fevereiro/março/abril, 2007). Disponível em:
<<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A função Administrativa. *Revista de Direito e de Estudos Sociais* (Separata). Ano XXIV, nº. 1-2-3. Coimbra. Jan.-Set. 1977).

QUEIRÓ, Afonso. Teoria dos Regulamentos. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*. A.28, nº 1. Coimbra. 1986. p. 5-32

RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. *A Gramática Política das Agências Reguladoras: comparação entre Brasil e EUA*. Brasília: Universidade de Brasília. 2007. Tese de Doutorado.

RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. Insulamento burocrático, *accountability* e transparência: dez anos de regulação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Revista do Serviço Público de Brasília-RSP*. Vol. 60, nº. 4. (Out/Dez 2009), p. 337-364. Disponível em:
<<http://repositorio.enap.gov.br/bitstream/handle/1/1615/Insulamento%20burocr%20a%20accountability%20e%20transpar%20ancia%20dez%20anos%20de%20regula%20a%20da%20Ag%20Nacional%20de%20Vigil%20ancia%20Sanit%20ria.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.

RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. Regulação e agências reguladoras: reforma regulatória da década de 1990 e desenho institucional das agências no Brasil. In RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Organizador). *Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: Anvisa, 2009. p. 125-159.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo* (Tradução por Doutor Rogério Ehrhardt Soares). Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Leonel Severo; ATZ, Ana Paula. Do pluralismo jurídico ao diálogo inter-sistêmico das fontes na sociedade mundial. In PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio; SANTOS, Dagoberto Machado dos. *Relações de consumo: Globalização*. Caxias do Sul: Educs, 2010. p. 107- 132.

ROSA, Renata Porto Adri de. Reflexões sobre a Função Reguladora das Agências Estatais. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. Vol. 226, (Out/Dez de 2001), p. 243-250.

SANTANA, Ângela. Agências executivas e agências reguladoras – o processo de agencificação: pressupostos do modelo brasileiro e balanço da experiência. In MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. *Balanço da reforma do Estado no Brasil: a nova gestão pública*. Disponível em:
<http://www.cedec.org.br/files_pdf/balancodareformadoestadonobrasil.pdf>.

SILVA, João Nuno Calvão. *Mercado e Estado: Serviços de interesse econômico geral*. Coimbra: Almedina, 2008.

SOARES, Rogério Ehrhardt. Sentido e limites da função legislativa no Estado contemporâneo. In CAUPERS, João; ALMEIDA, Marta Tavares de; GUIBENTIF, Pierre. *A Feitura das Leis: Portugal e a Europa* (Separata). Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2014.

SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Interesse Público, Legalidade e Mérito*. Coimbra: Atlântida, 1955.

TÁCITO, Caio. Agências Reguladoras da Administração. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. e-ISSN 2238-5177. Vol. 221 (jul/set. 2000), p.1-5. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47553/45158>>.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de. Agências Reguladoras. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. ISSN 0034-835x. Ano 36, n°. 141 (Trimestral Jan-mar. 1999), p. 143-171. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/457>>.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico: Novo marco emancipatório na historicidade Latino-Americana. *Revista do Saju*. Porto Alegre: UFRGS. n°. 1 (1998), p. 151-164. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/717/250>>

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo, justiça e legitimidade dos novos direitos. *Revista Sequência*. n°. 54 (Jul. 2007), p. 95-106. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15069/13736>>.