



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS – FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

O Poder Normativo das Agências Reguladoras: deslegalização, legitimidade democrática e controle

ARTUR CARNAUBA GUERRA SANGREMAN LIMA

MACEIÓ
2016

ARTUR CARNAUBA GUERRA SANGREMAN LIMA

O Poder Normativo das Agências Reguladoras: deslegalização, legitimidade democrática e controle

Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Lins de Lessa Carvalho

MACEIÓ
2016

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecário Responsável: Valter dos Santos Andrade

L732p

Lima, Artur Carnauba Guerra Sangreman.

O poder normativo das agências reguladoras: deslegalização, legitimidade democrática e controle / Artur Carnauba Guerra Sangreman Lima. – 2016.
146 f. : il.

Orientador: Fábio Lins de Lessa Carvalho.

Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2016.

Bibliografia: f. 139-146.

1. Agências reguladoras de atividades privadas. 2. Poder normativo.
3. Legalidade (Direito). 4. Juridicidade. 5. Deslegalização. 6. Legitimidade democrática. 7. Controle. I. Título.

CDU: 342.97



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO



ARTUR CARNAUBA GUERRA SANGREMAN LIMA

“O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: deslegalização, legitimidade democrática e controle”

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. FÁBIO LINS DE LESSA CARVALHO

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Marcos Ehrhardt Júnior (UFAL)

Julgamento: APROVADO (8,5) Assinatura: 

Prof. Dr. José Barros Correia Júnior (UFAL)

Julgamento: APROVADO (8,5) Assinatura: 

Prof. Dr. Filipe Lôbo Gomes

Julgamento: APROVADO (8,5) Assinatura: 

Maceió, 17 de maio de 2016.

Aos meus amados pais.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Kleber e Vera, os quais me ensinaram todos os valores que fui capaz de aprender, que diariamente me ofertam amor e incentivo, sempre com muita paciência e dedicação.

Aos meus irmãos, Henrique e Eduardo, pela amizade e descontração dos momentos em que estamos reunidos, bem como ao meu sobrinho e afilhado Francisco, que veio ao mundo com a missão de trazer alegria à família.

Ao meu amor, Mariah, pela compreensão nos momentos em que me fiz ausente, pelo cuidado dispensado e por inspirar aquilo que há de melhor em mim.

Aos demais familiares e amigos, que tanto torcem pelo meu sucesso pessoal e profissional, notadamente ao meu avô Lauro, cujo desencarne continua causando imensa saudade.

Aos colegas da Turma 10, na pessoa do amigo Plínio, por tudo que compartilhamos ao longo dos últimos dois anos.

Aos Professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFAL, em especial ao meu orientador, Prof. Dr. Fábio Lins de Lessa Carvalho, pela contribuição à minha vida acadêmica.

Sobretudo, a Deus.

RESUMO

Introduzido no Brasil na década de 1990, o modelo de agências reguladoras teve o objetivo de agregar especialização e conhecimento técnico ao processo de construção da decisão estatal relativamente a setores específicos da atividade econômica e de serviços públicos. Foram criadas, então, autarquias com regime especial, dotadas de independência política, administrativa, técnico-decisional e normativa. O destaque recai sobre a capacidade normativa das agências reguladoras, que se traduz na atribuição de competência para editar regulamentos aptos a inovar no ordenamento jurídico. Contudo, o poder normativo regulatório é alvo de severas críticas, das quais se destacam a violação ao princípio da legalidade e a ausência de legitimidade democrática. Torna-se, portanto, necessário analisar a ideia de juridicidade, o fenômeno da deslegalização, as características de uma democracia participativa e as diferentes sistemáticas de controle da atuação da Administração Pública, os quais se prestam a fortalecer a legitimidade de seus atos nos planos político e jurídico.

Palavras-chave: Agências Reguladoras. Poder Normativo. Legalidade. Juridicidade. Deslegalização. Legitimidade Democrática. Controle.

ABSTRACT

First introduced in Brazil in the 1990s, the concept of regulatory agencies was aimed at adding specialization and technical knowledge to the government's decision-making process with regards to specific sectors of the economy and of public services. Based on a special legal framework, public authorities were thus created and granted administrative, technical decisional, normative, and political independence. The highlight is the normative capability of these regulatory agencies, which means they have the power to issue regulations that can bring innovation to the legal system. Yet, this regulatory normative power has been pelted with harsh criticism, of which the violation of the principle of legality and the lack of democratic legitimacy stand out. Contrariwise, it is necessary to assess the idea of juridicity, the phenomenon of delegalization, the characteristics of a participatory democracy, and the different systems of controlling government policy and action, all of which lend themselves to the strengthening of the legitimacy of their juridical and political acts.

Keywords: Regulatory Agencies. Normative Power. Legality. Juridicity. Delegalization. Democratic Legitimacy. Control.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 ESTADO, REGULAÇÃO E AGÊNCIAS REGULADORAS	14
2.1 Do Estado Liberal ao Estado Regulador	14
2.2 Gerencialismo e Reforma Administrativa	19
2.2.1 Da Administração Burocrática à Gerencial	19
2.2.2 A Reforma Administrativa no Estado Brasileiro	22
2.3 Evolução da Regulação Estatal	28
2.3.1 A Noção Norte-Americana de Regulação Independente	28
2.3.2 As Agências Reguladoras na Comunidade Europeia	30
2.3.3 O Surgimento das Agências Reguladoras no Panorama Nacional	33
2.4 A Atividade Regulatória do Estado e seus Fundamentos	35
2.4.1 A Regulação Estatal	35
2.4.2 Fundamentos da Atividade Regulatória no Brasil	38
2.4.3 Discricionariedade Técnica	42
2.5 Aspectos da Independência das Agências Reguladoras Brasileiras	49
2.5.1 Independência Política dos Dirigentes	49
2.5.1.1 Estabilidade Temporária no Brasil e no Direito Comparado	51
2.5.2 Independência Técnico-Decisional	55
2.5.3 Independência Gerencial, Orçamentária e Financeira	58
2.5.4 Independência Normativa	59
3 O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	63
3.1 Da Legalidade Administrativa à Juridicidade	63
3.1.1 Enquadramento do Princípio da Legalidade Administrativa	63
3.1.2 Ampliação Conceitual do Princípio da Legalidade Administrativa	66
3.2 O Poder Normativo das Agências Reguladoras ante o Princípio da Legalidade (Juridicidade)	74
3.2.1 A Normatividade dos Regulamentos Expedidos pelas Agências Reguladoras	74
3.2.2 Deslegalização	84
3.2.2.1 A Revogação de Leis Anteriores em Caso de Deslegalização	95
3.3 O Posicionamento dos Tribunais quanto ao Poder Normativo das Agências Reguladoras	99
4 A LEGITIMIDADE E OS MECANISMOS DE CONTROLE DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	104

4.1 A Questão da Legitimidade Democrática	104
4.1.1 O Alegado Déficit Democrático	104
4.1.2 A Democracia Participativa e seu Reflexo sobre a Legitimidade da Atuação Estatal ..	107
4.2 A Participação Popular como Instrumento de Controle Social e seu Reflexo sobre o Poder Normativo das Agências Reguladoras	113
4.2.1 O Controle Social como Mecanismo de Legitimação da Atividade Normativa Regulatória	113
4.2.2 Audiências e Consultas Públicas: a Efetivação do Controle Social pela Participação Cidadã.....	117
4.3 O Controle (Político) Exercido pelos Poderes Executivo e Legislativo	123
4.4 Controle Judicial	128
4.4.1 Mecanismos Jurisdicionais de Controle	128
4.4.2 Uma Análise acerca dos Parâmetros e Limites do Controle Judicial.....	131
5 CONCLUSÃO	135
REFERÊNCIAS	139

1 INTRODUÇÃO

O modelo de agências reguladoras foi idealizado no Brasil nos anos 1990 com o objetivo de fortalecer a especialização e o conhecimento técnico no processo de construção da decisão estatal, ocasionado por um movimento de redução da intervenção direta do Estado no domínio econômico e na prestação de serviços públicos. Nessa caminhada, sob a influência da experiência norte-americana, foram criadas autarquias regulatórias, submetidas a regime jurídico especial, a fim de atuarem em setores específicos. Para tanto, percebeu-se a necessidade de que as agências fossem dotadas de independência política, administrativa, técnico-decisional e normativa.

O poder normativo deferido às agências reguladoras configura-se como a principal característica da atividade regulatória do Estado. Ao mesmo tempo, é alvo das principais e mais duras críticas. Desta forma, o cerne do presente trabalho consiste na análise da compatibilidade da capacidade normativa das agências reguladoras com o ordenamento jurídico pátrio, notadamente quanto à sua constitucionalidade, perpassando pelos modernos contornos conferidos ao princípio da legalidade administrativa, compreendido atualmente como juridicidade, pela aplicação do fenômeno da deslegalização, pelo respeito ao regime democrático e pelos mecanismos de controle disponíveis contra eventuais ilegalidades ou extrapolação de prerrogativas.

Assim, inicia-se por uma análise acerca da formação das bases do Estado na atualidade, com o intuito de situar historicamente a passagem do modelo liberal até o regulador, bem como, sob outra perspectiva, aborda-se a passagem pela burocracia e a tentativa de instalação de uma Administração Pública gerencial.

Nesse processo, em que se verifica uma paulatina redução do tamanho da máquina estatal e uma minimização da intervenção direta do Estado na economia, o Estado faz a opção por criar entidades administrativas independentes, com natureza autárquica, as quais passaram a desempenhar o papel regulatório de controle e disciplina normativa, principalmente sobre atividades econômicas e prestação de serviços públicos relevantes para a sociedade.

Adentra-se, em seguida, especificamente a temática das agências reguladoras, mediante uma abordagem que passa pela concretização da regulação estatal no direito brasileiro e pelos fundamentos da atividade regulatória. São analisadas questões como atuação setorial, neutralidade (equidistância), natureza eminentemente técnica e independência (autonomia reforçada), com especial atenção à independência política e à independência normativa, pontos que guardam destacada relevância.

Examina-se, então, a capacidade normativa das agências reguladoras. Nessa linha, realiza-se (a) um panorama acerca da evolução do princípio da legalidade administrativa, hodiernamente compreendido como princípio da juridicidade, sob a ótica da necessidade de a Administração Pública observar todo um bloco de legalidade, notadamente as normas de envergadura constitucional; (b) a distinção entre o poder normativo das agências e o poder regulamentar da Chefia do Poder Executivo, tendo em vista que o primeiro encontra fundamento nos artigos 21, XI, 174 e 177, § 2º, III, enquanto o segundo lastreia-se no artigo 84, IV, todos da Constituição Federal de 1988; (c) a caracterização da normatividade dos regulamentos, a fim de perceber sua aptidão para instituir deveres e impor condutas, aferindo se são dotados de abstração, generalidade e inovação ou se estão limitados ao estabelecimento de regras complementares às leis; (d) uma análise da adequação da teoria da deslegalização ao contexto brasileiro, a qual promove o deslocamento da disciplina de determinada matéria do âmbito da lei para o âmbito do regulamento; e (e) o exame do posicionamento da doutrina e dos Tribunais sobre tal temática, com enfoque sobre as Cortes Superiores, mas sem esquecer de mencionar a posição dos Tribunais Regionais Federais e do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas.

Diante dessas circunstâncias, em que matérias tradicionalmente atribuídas à lei passam a ser disciplinadas por meio de regulamentos, inclusive com a possibilidade de impor a restrição de direitos, avistou-se a potencial violação ao princípio da legalidade, a indevida delegação de competências constitucionalmente distribuídas e a ausência de legitimidade democrática das agências para criar normas gerais e abstratas com viés inovador. Acrescenta-se, ainda, que apenas em relação aos setores de telecomunicações e petróleo a Constituição previu, de maneira expressa, a criação de órgãos para exercer a função regulatória.

Por outro giro, a constitucionalidade da autonomia normativa deferida às agências também é objeto de defesa no campo doutrinário. Assim, avalia-se a questão sob a perspectiva de o próprio legislador ter optado por transferir algumas matérias para a disciplina do regulamento, inserindo no ordenamento jurídico pátrio a tese da deslegalização (delegificação), o que afastaria a violação da ordem constitucional vigente, considerando os novos contornos conferidos ao princípio da legalidade, modernamente compreendido como juridicidade.

Tendo o próprio Poder Legislativo conferido a atribuição de expedir atos normativos regulatórios, todavia, sem abdicar da competência que lhe foi outorgada pela Constituição Federal de 1988, é necessário analisar a ocorrência de violação à ordem jurídica pátria. Noutras palavras, o legislador, entendendo que a criação de entidades autônomas seria o

caminho mais adequado para a definição de regras de caráter técnico no âmbito de determinados setores, transferiu-lhes a competência para editar regulamentos, os quais se apresentariam como instrumentos aptos a limitar a liberdade dos atores que compõem o respectivo setor, sem que isso configurasse qualquer violação à ordem constitucional.

Conforme aduz Moreira Neto, é nesse terreno “que se opera a complexa interação [...] entre a reserva legal e fenômenos afetos à normatização de condutas, como o poder regulamentar, a delegação legislativa e a polêmica figura da deslegalização”¹, compreendida como a retirada de determinadas matérias do domínio da lei, realizada pelo Legislativo, transportando-as para o domínio do regulamento, isto é, o próprio legislador transfere à agência reguladora a competência para normatizar questões técnicas no âmbito do respectivo setor, limitando-se a definir objetivos a serem perseguidos.

Na última etapa, enfrenta-se a questão do déficit de legitimidade democrática na escolha dos dirigentes das agências reguladoras e, por consequência, de seus regulamentos, o que inquinaria o poder normativo de inconstitucionalidade. Há ponto de vista que sustenta a ausência de responsabilidade eleitoral, na medida em que não se realiza eleição para o posto de comando das autarquias regulatórias, com consequente ofensa ao princípio democrático e ao sistema representativo.

A seu turno, é possível contra-argumentar que, não obstante referida escolha não transcorra por meio de eleição direta, a Constituição alberga outras formas de legitimação da escolha de representantes, como o caso da designação dos Ministros de Estado e Ministros de Tribunais. Ademais, não se pode esquecer que os cargos públicos são, em regra, preenchidos por meio de concurso público. Em reforço, aborda-se a questão da indicação dos dirigentes das agências pelo Chefe do Executivo, a qual se submete à chancela do Legislativo, procedimento composto pela participação de representantes eleitos pelo povo em duas esferas distintas.

O déficit democrático dos atos normativos editados no exercício da atividade regulatória poderia ser superado pela adoção de mecanismos de controle. Discorre-se, em primeiro lugar, acerca da concepção de democracia participativa e de sua aptidão para fortalecer a legitimidade do poder normativo das agências reguladoras por meio da adoção de uma sistemática procedimental que permita a participação popular na construção da norma.

O controle social, corporificado na realização de consultas e audiências públicas, facultando a participação dos cidadãos no processo de construção dos regulamentos, é

¹ MOREIRA NETO, Diogo De Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 61.

apresentado como forma de suprir o alegado déficit democrático pela adoção de instrumentos participativos. Veicula-se também a necessidade de a Administração possibilitar concretamente o direito de manifestação dos interessados, disponibilizando uma minuta do ato normativo e dos estudos técnicos que embasaram sua confecção.

Na sequência, aborda-se o controle político que, em tese, pode ser realizado tanto pelo Executivo quanto pelo Legislativo. Quanto a este último, menciona-se a aplicação do artigo 49, V, da CRFB/88, segundo o qual o Congresso Nacional pode sustar os atos normativos que exorbitem da delegação legislativa.

Por fim, adentra-se a análise do controle efetivado por intermédio do Poder Judiciário, tendo por premissa o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Trata-se de um tema de grande amplitude, de modo que não se pretende esgotar a temática, mas apenas verificar sua capacidade de contribuir para o aperfeiçoamento da legitimidade do poder normativo das agências reguladoras, sob a perspectiva da democracia participativa com caráter processual. Noutras palavras, é importante registrar que não se busca analisar os aspectos processuais dos mecanismos jurisdicionais à disposição, mas sim perceber como tais mecanismos contribuem para a legitimação da atividade normativa regulatória. Adicionalmente, realiza-se uma análise acerca dos parâmetros e limites do controle judicial dos atos normativos regulatórios, considerando principalmente como a processualização da edificação dos regulamentos pode clarear a intervenção do Poder Judiciário, bem como promover uma postura de relativa autocontenção, tendente a averiguar a escorreita observância do procedimento e da juridicidade.

Cresce a importância do tema quando se percebe a capacidade das agências reguladoras para interferir na dinâmica da sociedade e nas vidas das pessoas mediante a expedição de atos normativos, considerando-se inclusive que tal atuação recai sobre setores legalmente considerados críticos, como telecomunicações, energia elétrica, aviação civil, dentre outros.

Desta forma, faz-se mister apreciar pormenorizadamente cada uma das questões apresentadas, identificando o posicionamento hodierno da doutrina e dos Tribunais pátrios em relação ao tema, com especial atenção para a compatibilidade dessa transferência de parcela da atividade normativa com os ditames da Constituição Federal de 1988.

2 ESTADO, REGULAÇÃO E AGÊNCIAS REGULADORAS

2.1 Do Estado Liberal ao Estado Regulador

A Revolução Francesa, influenciada pelo ideal iluminista, é considerada o marco histórico da passagem do Estado Absolutista para o Estado Moderno, com caráter liberal. Deu-se um rompimento com o modelo de Estado então vigente, em que todos os poderes se reuniam na figura do monarca (atividades legislativa, executiva e judiciária) e que se destacava pela forte intervenção na sociedade, com excessiva tributação, a qual recaía exclusivamente sobre a burguesia e a plebe, sem que disto pudesse se identificar reflexo positivo para o povo².

Essa ruptura com o Antigo Regime ensejou o surgimento do Estado de Direito, de cunho democrático-constitucional, em que se impõe uma limitação estatal pela ordem jurídica vigente, expressada pelo Legislativo através das leis que edita, com respeito aos direitos dos cidadãos³. Nesta linha, a soberania pertence ao povo, cuja vontade é legitimamente exercida por seus representantes. Conformando-se como expressão da vontade geral, a lei se apresenta como uma das bases do Estado de Direito e implica fortalecimento da ideia de democracia⁴.

Houve, assim, uma mudança de perspectiva, limitando-se o poder do Estado e conferindo-se liberdade e direitos aos cidadãos por meio de Constituições escritas. Neste momento, consolida-se o advento do modelo liberal, em que o mercado se autorregula sem a interferência estatal. A atuação do Estado passa a ser diminuta (sobretudo na ordem econômica) e sempre vinculada à lei.

Passou a predominar a ideia de Estado minimalista, em que os cidadãos possuem ampla autonomia em relação aos seus interesses/direitos, livre de restrições estatais às liberdades individuais. Pugnava-se do Estado, sobretudo, a proteção dos ditos direitos negativos, que eram prestigiados mediante uma postura estatal de abstenção e medidas tendentes da salvaguarda da ordem pública. Noutras palavras, sob a égide do ideal liberal, o Estado não assume a responsabilidade de promover o bem comum⁵.

² DUARTE JR., Ricardo. **Agência Reguladora, Poder Normativo e Democracia Participativa**: Uma Questão de Legitimidade. Curitiba: Juruá, 2014, p. 79-80.

³ Ibid., p. 81.

⁴ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de Direito**. Belo Horizonte, Forum, 2013, p. 48 et. seq.

⁵ ARAUJO, Luiz Eduardo Diniz. **Controle da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Synergia, 2013, p. 25-26.

No âmbito econômico, acreditava-se na limitação de intervenção estatal, de modo que se afastam o plano decisório político do econômico⁶, com ênfase na ideia de que o próprio mercado é capaz de se autorregular e, dessa maneira, de produzir frutos benéficos para a sociedade⁷.

Em consequência, houve uma retração da atuação estatal comissiva, com limitação de seu poder, a fim de que as liberdades individuais pudessem prevalecer:

O Estado liberal foi mais voltado para a limitação do poder em favor das liberdades individuais, em sentido omissivo, que para a ação administrativa do Estado, em sentido comissivo. A doutrina do liberalismo tinha como intenção conter, pelo direito, o Estado, um mal necessário a ser conservado dentro dos limites mais restritos possíveis, dentre os quais se destacam o princípio da abstenção estatal, a ideia básica da não-ingerência, a noção de Estado Mínimo e a máxima *laissez faire, laissez passer*. [...] Destarte, o liberalismo inspira-se no princípio da limitação estatal, da liberdade do indivíduo e da superioridade da regulação espontânea da sociedade⁸.

De todo modo, conforme ressalta Lehfeld, “o Estado Moderno ainda representa uma delimitação do poder político, por meio dos direitos e liberdades das categorias sociais, resguardados constitucionalmente”⁹, notadamente porque limitou a atuação estatal, com o arrefecimento de sua intervenção sobre as liberdades individuais e sobre o mercado, bem como em face da submissão dos desígnios do Estado à vontade do povo, consubstanciada nas diretrizes firmadas por um Parlamento democraticamente eleito.

Entretanto, essa ideia de autorregulação do mercado, prevalente no Estado liberal-burguês, também demonstrou deficiências, a exemplo de significativa concentração de renda e da exploração de mão de obra, passando a ser objeto de questionamentos, o que fortaleceu os movimentos pela consagração de direitos de caráter social.

Bonavides menciona que o princípio liberal, então, é abandonado para que o princípio democrático possa efetivamente firmar-se, de modo que se superou o governo de uma classe para que se alcançasse um governo de todas as classes, cujo caminho inevitável é a consagração do sufrágio universal¹⁰. Trata-se do surgimento do denominado Estado Social (*Welfare State*), cuja consolidação se deu após a Segunda Guerra Mundial, sob a perspectiva de busca pela consagração dos direitos ditos de segunda geração, que demanda uma maior atuação de cunho intervencionista e prestacional por parte do Poder Público.

⁶ Ibid., p. 27.

⁷ ARAGÃO, **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2013a, p. 53.

⁸ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 814.

⁹ LEHFELD, Lucas de Souza. **Controles das Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 31.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 43.

O Estado que emerge após a solidificação do sufrágio universal caracteriza-se por ser multifacetário, ou seja, é possível identificar diversas denominações e subdivisões, a depender do período e das circunstâncias políticas, que o qualificam: social, bem-estar, intervencionista, indutor, regulador etc.¹¹ A variedade de qualificações, na visão do autor, deve-se à realidade dinâmica própria do Estado Democrático de Direito, essencialmente pluralista. Com efeito, em que pese tal observação, a segmentação parece guardar uma finalidade didática, que se presta a compreender cada uma das etapas, ainda que porventura sobrepostas, da concepção de Estado.

À medida que o ideal liberal perde força, percebe-se um paulatino arrefecimento da concepção estatal abstencionista. A incapacidade do mercado de se autorregular intimou o Estado (que passa a ser concebido como de bem-estar social) a exercer funções de planejamento, coordenação e controle, ganhando força a ideia de intervenção administrativa¹².

Em função de sua essência intervencionista e prestacional, o modelo social de Estado demandou uma atuação direta do Poder Público sobre a economia, que passou a exercer atividades próprias do domínio econômico, como se empresário fosse, valendo-se da Administração Pública Indireta (no Brasil, especialmente por meio de empresas públicas e sociedades de economia mista), bem como a traçar diretrizes e regras para a política econômica e para o mercado.

Considerando que o Estado social trazia consigo a busca pela superação da “contradição entre a igualdade política e a desigualdade social”¹³, o crescimento da máquina estatal não se deu apenas no âmbito econômico, mas também no aumento dos serviços públicos por ele prestados.

O advento do Estado social promove uma mudança de paradigma, porquanto o Poder Público passa a figurar como instrumento de promoção da igualdade material¹⁴, gerando um acréscimo na qualidade de vida dos cidadãos. Todavia, verificou-se um crescimento proporcional do desequilíbrio das contas públicas, o que impediu o Estado de arcar com todos os compromissos assumidos no campo social (saúde, educação, previdência etc.), haja vista que os recursos eram insuficientes para custear as obrigações assumidas:

O Welfare State, vitimado por uma grave crise fiscal decorrente da crise econômica mundial, mostrou-se inapto a responder, satisfatoriamente (*out-put*), às solicitações e requerimentos (*in-put*) da sociedade. Várias contradições ocorreram dentro do projeto do Estado Social, que, cada vez mais, tornou-se menos capaz de atingir seus

¹¹ ARAGÃO, op. cit., 2013a, p. 59.

¹² CARVALHO, op. cit., p. 815.

¹³ DUARTE JR., op. cit., p. 85.

¹⁴ CARVALHO, op. cit., p. 815.

objetivos substanciais, sendo manifesta a debilidade da sua Administração em assumir responsabilidades, as quais não lograva cumprir¹⁵.

Não obstante as deficiências porventura detectadas, as crescentes atribuições outorgadas ao Estado no curso do modelo de bem-estar, seja no âmbito social ou econômico, trouxeram consigo o fortalecimento do Poder Executivo, com inevitável reflexo sobre sua competência normativa, que restou também ampliada com a possibilidade de expedição de atos normativos com força de lei, como medidas provisórias e leis delegadas¹⁶.

O crescimento progressivo da máquina pública, decorrente das promessas estatais, corporificadas no aumento de direitos de caráter prestacional consagrados nos diversos diplomas normativos, notadamente nas Constituições, bem como a crise econômica que atingiu diversos países na década de 1970, demandou a reformulação do Estado, de modo que este atuasse de forma mais eficiente na prestação de serviços públicos e, por outro lado, custasse menos, promovendo um equilíbrio orçamentário.

A inviabilidade de manutenção dos custos do Estado social em longo prazo, isto é, a incapacidade econômica de arcar com suas promessas, fez ressurgir o ideal liberal, por certo reformulado, inclusive pela influência das ideias de cunho social até então vigorantes, no sentido de minimização das desigualdades, de modo que não se fala em retorno ao liberalismo oitocentista.

Assim, é possível admitir que, uma vez superada a filosofia segundo a qual a intervenção direta do Estado na economia seria o segredo para o desenvolvimento, nasceu o Estado neoliberal regulador, ou simplesmente o Estado Regulador. Sob essa nova ótica, há uma mudança de perspectiva da atuação estatal. Se, anteriormente, o Estado atuava diretamente na economia, a exercer atividades de cunho essencialmente privado, agora seu papel passa a ser eminentemente regulador, mantendo apenas os serviços ditos essenciais, como segurança, saúde, educação etc. Por consequência, reduz-se o tamanho da máquina pública, até mesmo com a transferência das atividades que, em regra, não deveriam figurar sob a condução do Estado; ficam mantidos, porém, os poderes de regulação tanto sobre a prestação de serviços públicos quanto sobre o exercício das atividades privadas.

Nas palavras de Duarte Jr.:

O Estado Regulador, vertente do Estado Neoliberal, não tem mais como função primordial intervir diretamente na economia. Em virtude dos ideais neoliberais, dessa volta ao Estado Liberal, em que a ordem econômica deve ser deixada aos particulares, cabe agora ao ente público sair da atuação direta na ordem econômica e

¹⁵ Ibid., p. 819.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 31.

passar a atuar de forma indireta, subsidiária, através da regulação dos serviços públicos e atividades econômicas¹⁷.

O componente neoliberal que se percebe no Estado regulador refere-se ao movimento de redução da intervenção direta, o que traz como consequência a redução da intervenção estatal direta na economia, porém, com aumento das intervenções indiretas, notadamente mediante a edição de normas, as quais recaem principalmente sobre setores de relevante interesse para a sociedade. Destaque-se que não há um retorno à concepção de Estado mínimo (abstenção do Estado em intervir no domínio econômico), mas a simples redução das intervenções diretas. Em decorrência disso, é pertinente registrar que o modelo regulador recebe influências neoliberais, mas não se iguala ao liberalismo.

A necessidade de se reduzir o tamanho e a presença do Estado, conferindo maior importância à livre-iniciativa e à livre concorrência dos agentes econômicos no mercado, fez-se acompanhar da atribuição de regular a atividade econômica, a qual deveria acarretar a redução de normas prejudiciais à liberdade de realizar negócios¹⁸.

O modelo de Estado regulador segue uma tendência de fortalecimento do Poder Executivo já verificada no Estado social, fenômeno este denominado de “Administrativização do Direito Público” ou “Hipertrofia do Poder Executivo”, sobre o qual recai o protagonismo entre os demais Poderes da República¹⁹.

O dinamismo da sociedade e do mercado demanda respostas rápidas do Poder Público, inclusive no que concerne à edição de normas, o que ensejou a ampliação da função normativa do Executivo. Nessa toada, percebe-se que “a regulação constitui-se como o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público”²⁰.

Especificamente acerca da atuação do Estado na regulação da economia, é “possível definir-se a regulação econômica como o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade privada pelo Estado, com a finalidade de estabelecer o funcionamento equilibrado do mercado”²¹.

¹⁷ DUARTE JR., op. cit., p. 90.

¹⁸ MIRAGEM, Bruno. **A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013, p. 57.

¹⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Método, 2013a, p. 36.

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito Regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 22.

²¹ *Ibid.*, p. 21.

O modelo de Estado regulador representa, então, a revisitação de ideais liberais, porém, com influências das experiências obtidas durante a prevalência do Estado social. No Brasil, essa transição verificou-se mais claramente na década de 1990, pelo programa de desestatização instituído pelo governo federal, no qual houve uma diminuição da atuação estatal sobre o domínio econômico, passando de uma intervenção direta na economia (como se empresário fosse) para uma atuação estatal típica, no sentido de regular juridicamente a atividade econômica.

2.2 Gerencialismo e Reforma Administrativa

2.2.1 Da Administração Burocrática à Gerencial

A travessia do modelo liberal para o regulador, passando pelo social, guarda relação próxima com a busca pela implantação de uma Administração Pública mais eficiente e impessoal, o que ocorre primeiramente pela adoção de práticas burocráticas e, em seguida, pela tentativa de incorporação do gerencialismo.

Na década de 1930, durante o governo de Getúlio Vargas, iniciaram-se estudos tendentes a realizar uma reforma da Administração Pública, os quais ensejaram, já sob a égide do Estado Novo, a criação do Departamento de Administração do Serviço Público – DASP, tido como o responsável pela implantação do modelo burocrático weberiano²² no Brasil²³.

A Administração Pública passou a trabalhar com uma concepção racional e legalista, em substituição à vetusta Administração patrimonialista.

Sobre o tema, aduz Bresser Pereira:

A administração burocrática clássica, baseada nos princípios do exército prussiano, foi fruto da Reforma Burocrática implantada nos principais países europeus no século passado; nos Estados Unidos, no começo deste século; e no Brasil, em 1936. É a administração pública que Max Weber descreveu como um tipo de dominação racional-legal. Foi adotada para substituir a administração patrimonialista, que já existia na Idade Média, mas apenas ganhou plena caracterização nas monarquias absolutistas, que são dominantes na Europa entre os séculos quinze e dezoito. Na

²² O modelo burocrático imaginado por Max Weber assenta-se numa atuação estatal impessoal e objetiva, baseada em documentos e com superioridade técnica, que proporciona ganho qualitativo da administração. Trata-se de uma concepção racional e legalista. WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva, volume 2. São Paulo: UNB, 2004, p. 199 et. seq.

²³ PINHO, José Antônio Gomes de. Reforma do Aparelho do Estado: Limites do Gerencialismo frente ao Patrimonialismo. **Revista Organização & Sociedade**. Salvador, BA, v. 5, n. 12, p. 59-79, maio/agosto de 1998, p. 60.

administração patrimonialista, o patrimônio público e o privado foram confundidos; o Estado era entendido como propriedade do rei²⁴.

Abandonava-se, então, o modelo de cunho patrimonialista, para que se alcançasse uma Administração Pública mais moderna, de modo que o Estado brasileiro pudesse atuar de forma significativa em questões de relevante interesse econômico e social. O patrimonialismo mostrava-se incompatível com o capitalismo e com as democracias parlamentares, predominantes no século dezenove, haja vista a necessidade de não se confundir o público e o privado, bem como de distinguir o político do administrador público²⁵.

A finalidade da adoção da Administração Pública burocrática refere-se à necessidade de coordenar a atuação de seus agentes, notadamente diante do tamanho e complexidade da máquina estatal, de modo a tornar mais previsíveis as condutas e decisões do Estado²⁶, assim como para torná-lo mais eficiente.

Contudo, de um lado, não se obteve completo êxito nesta passagem do patrimonialismo para a Administração burocrática, tendo em vista a cultura clientelista extremamente incrustada no seio do Estado brasileiro, de forma a ensejar a concepção de que teria sido adotado um modelo quase-weberiano²⁷; de outro, percebe-se que os ganhos com racionalidade e eficiência não se apresentavam como esperado, uma vez que a Administração Pública burocrática tornou-se lenta, cara e sem ganhos qualitativos no que concerne à prestação de serviços²⁸.

Após a consolidação do Estado social, a ineficiência da Administração burocrática agravou-se sobremaneira. Crescia exponencialmente o número de atribuições do Poder Público, seja na prestação de serviços públicos, seja no desempenho de atividades próprias do domínio econômico, o que gerou um movimento no sentido da adoção de um modelo de Administração gerencial, decorrente de problemas de crescimento, da crescente complexidade do agente governamental e da necessidade de legitimação da burocracia diante dos anseios da sociedade²⁹.

Nas décadas de 1960 e 1970, verificam-se nos países em desenvolvimento, incluindo-se o Brasil, reformas desenvolvimentistas da Administração Pública, com a ideia de “transformar o Estado e sua burocracia em instrumentos do desenvolvimento, por meio do

²⁴ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a Cidadania**: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. Brasília: ENAP, 1998, p. 47.

²⁵ Ibid., p. 48.

²⁶ Ibid., p. 48.

²⁷ PINHO, op. cit., p. 61.

²⁸ BRESSER PEREIRA, op. cit., p. 49.

²⁹ Ibid., p. 50.

planejamento econômico e de uma maior autonomia para empresas estatais e agências descentralizadas do Estado”³⁰.

Durante esse período, denominado de Estado burocrático-autoritário, conduzido por governos militares, houve forte crescimento da Administração Indireta; o número de empresas criadas pelo ente estatal cresceu significativamente nos diversos setores da economia³¹.

Objetivava-se, com isto, afastar o populismo que marcava o governo anterior e acabar com a cultura patrimonialista que impregnava a Administração Pública, tornando-a mais ágil e eficiente. Nessa linha, acreditava-se que a concepção de Administração Indireta a tornaria impermeável às características então visualizadas na realidade brasileira, de modo que “este Estado paralelo estaria isento da ação de interesses clientelistas, populistas, enfim, do patrimonialismo”³².

Adicionalmente, em que pese o processo de redução da legitimidade democrática que marcava a época, pretendia-se utilizar a burocracia oriunda das forças armadas (tecnoburocracia) no processo de tomada de decisões do Estado e na condução dessas empresas³³.

Com efeito, nesse caminho já se detectava um afastamento das premissas básicas da estrutura burocrática tradicional, notadamente pela adoção da sistemática da descentralização, que reduziu o controle do Poder Central. Acerca do tema, menciona Pinho que no curso do “Estado de exceção tínhamos não só um legislativo fragilizado pelo regime, incapaz portanto de exercer qualquer controle sobre a burocracia, como um Estado que, apesar de forte, autoritário e centralizado, não conseguia controlar suas próprias crias”³⁴.

Percebe-se que o crescimento da Administração Indireta não implicou o afastamento da cultura patrimonialista. Ao contrário, as práticas clientelistas encontraram novo campo para germinar. Por conseguinte, assistiu-se na década de 1980 ao esgotamento do modelo de Estado social e do chamado Estado desenvolvimentista, concluindo-se que “o remédio recomendado estava na redução do Estado, de seu papel, de suas funções, quer seja no ideário neoliberal mais feroz, quer não”³⁵.

A Administração Pública burocrática, mesmo não implantada de forma ideal no Brasil, havia chegado ao seu esgotamento, não se prestando mais a trazer novos ganhos nos campos econômico e social, em que pese tenha representado uma evolução em relação à

³⁰ Ibid., p. 51.

³¹ PINHO, op. cit., p. 63-64.

³² Ibid., p. 67.

³³ Ibid., p. 64-65.

³⁴ Ibid., p. 66-67.

³⁵ Ibid., p. 68.

administração patrimonialista. A solução para tanto seria a implantação do conceito de Administração Pública gerencial, isto é, uma concepção de setor público baseada na “percepção de que os valores apontados por Weber para defender a estrutura burocrática estariam superados, esgotados ante a nova dinâmica de vida econômica mundial”³⁶.

Apenas na década de 1990, com a adoção de programas de desestatização, o ajuste fiscal e a estabilidade econômica advinda com o Plano Real, é que o Brasil passa a vivenciar, de fato, a reforma gerencial da Administração Pública, com o objetivo de reduzir a máquina pública e tornar o Estado mais eficiente, preocupando-se mais fortemente com os resultados advindos de sua atuação.

2.2.2 A Reforma Administrativa no Estado Brasileiro

Durante a segunda metade do século XX, ainda no início do regime militar, foi editado o Decreto Lei nº 200/1967, dispondo acerca da organização da Administração Federal, com o intuito de realizar uma reforma administrativa. Na oportunidade, entendeu-se que o caminho a ser trilhado neste desiderato passava, fundamentalmente, pela descentralização administrativa, fortalecendo a Administração Indireta.

Essa transferência de atividades relevantes no cenário nacional para entidades autônomas, alheias ao patrimonialismo incrustado na Administração Direta, portanto, destituídas de vícios (ao menos em tese), pretendia tornar mais eficiente a atuação do Estado, espelhando-se na iniciativa privada, de modo que deveriam ser observados princípios como planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle (artigo 6º do Decreto Lei nº 200/1967).

Contudo, no final da década de 1970, passou-se a vivenciar uma crise econômica, advindo a escassez de recursos para financiamento do setor público, bem como a redução do crédito externo. Tal circunstância, aliada ao aumento da máquina pública, fez crescer o comprometimento da receita e o endividamento público, o que tornou necessário um maior controle dos gastos. Criou-se então nos anos 1980, após a edição do Decreto nº 84.128/1979, a Secretaria de Controle das Empresas Estatais – SEST, com o fito de fomentar a disciplina fiscal e de cessar o crescimento da Administração Indireta.

Acerca do tema, Carvalho relata a ausência de verdadeira autonomia dos entes descentralizados, outrora pensada como caminho para a melhora da prestação da atividade

³⁶ Ibid., p. 75.

administrativa, de modo que houve um fortalecimento da ideia de controle, com reflexo sobre as autarquias, as quais deveriam ser dotadas de autonomia administrativa, orçamentária e financeira, no sentido de não possuírem efetiva autonomia em relação ao Poder Central³⁷.

Em que pese a tentativa de modernização da Administração Pública mediante a adoção de normas que lançavam premissas de uma autonomia gerencial, haja vista a criação de órgãos descentralizados e autônomos, não submetidos a controle hierárquico, mas tão somente à denominada supervisão ministerial, que se restringia, basicamente, ao controle de finalidade, o autoritarismo e o centralismo do regime então vigente acabaram inviabilizando seu avanço.

No final do século XX, sob o influxo de ideais neoliberais, teve início um processo de reconstrução do papel do Estado, iniciando-se uma reavaliação das atividades que seriam de incumbência do poder público e daquelas que deveriam ser assumidas pela sociedade civil. Nesse movimento, mostrou-se necessário reformular a Administração Pública, não só com a finalidade de diminuição do aparato estatal (redução da intervenção direta), mas também buscando o fortalecimento de sua eficiência e de seu caráter regulador (incremento da intervenção indireta).

O objetivo da reforma perpetrada no Brasil foi reorientar a atuação do Estado, a fim de torná-lo mais eficiente e promover a melhora qualitativa dos serviços públicos prestados³⁸. Conforme menciona Miragem, a reforma do Estado, de caráter jurídico-normativo, com seus fundamentos basilares inseridos no Texto Constitucional, seguiu quatro postulados básicos: a) privatização, terceirização e mecanismos de atuação conjunta entre o poder público e o setor privado; b) redirecionamento da atuação do Estado, mediante o fortalecimento de seu papel regulador; c) recuperação da governança, mediante o aumento da capacidade financeira e administrativa de promover políticas públicas; d) aumento da governabilidade³⁹.

A sociedade que emergia com o fim da ditadura militar, no final da década de 1980 e durante a década de 1990, já não comportava o vetusto modelo burocrático, uma vez que a rigidez decorrente da burocracia não permite a adoção de medidas e respostas rápidas, necessárias numa sociedade dinâmica como a dos dias atuais. A simples atuação estatal já não gerava satisfação no seio social, porquanto descomprometida com padrões de qualidade, o que resulta numa crescente cobrança pelos resultados efetivos dessas ações.

³⁷ CARVALHO, op. cit., p. 841.

³⁸ BAZILLI, Roberto Ribeiro; MONTENEGRO, Ludmila da Silva Bazilli. **Apontamentos sobre a Reforma Administrativa**. São Paulo: Editora UNESO, 2003, p. 20.

³⁹ MIRAGEM, op. cit., p. 25-26.

Carvalho identifica no governo Collor, sem olvidar as turbulências vivenciadas durante o período, a leitura inicial necessária para a reforma administrativa, notadamente no que diz respeito ao campo econômico, ainda que não tenha havido sua implantação até o governo de Fernando Henrique Cardoso:

O governo Collor, no início dos anos 90, consubstancia um marco importante no redirecionamento da política econômica e social. Além do elevado grau de improviso e aberrações jurídicas levadas a efeito, verifica-se uma leitura acentuadamente econômica da reforma administrativa pretendida. Foram concebidas estratégias orientadas para o mercado [...]. O Consenso de Washington resultou do seminário realizado naquela cidade, em 1990, no qual o Grupo dos sete países mais ricos e economistas dos vinte maiores bancos internacionais elaborou um programa ortodoxo de estabilização monetária, acompanhado de um pacote de reformas estruturais, visando à redução estatal e à estabilização de economias dos países de economia periférica, o que garantiria segurança e ganho aos capitais estrangeiros⁴⁰.

No curso do governo FHC, o ministro Bresser Pereira, conduzindo o extinto Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE, deu andamento ao projeto de reforma da Administração Pública, com foco na redução da intervenção estatal no domínio econômico e no ganho de eficiência.

Com sutil diferenciação terminológica, Cal aponta que o MARE foi responsável pelo Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, e não propriamente pela reforma do Estado. Esta última (a reforma do Estado) tem por fim um salto de qualidade na sua relação com a sociedade civil, valendo-se da melhoria de todo o arcabouço jurídico e institucional, seja no campo das finanças públicas, seja em sua própria organização. Por sua vez, a reforma do aparelho do Estado refere-se à maior capacidade de governança, com reflexo positivo sobre a implantação de políticas públicas e a qualidade na prestação de serviços públicos:

O Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado elaborado pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado – MARE difere a reforma do Estado da reforma do aparelho do Estado. Reformar o Estado significa melhorar não apenas a organização e o pessoal do Estado, mas também suas finanças e todo o seu sistema institucional-legal, de forma a permitir que este tenha uma relação harmoniosa e positiva com a sociedade civil.

Por outro lado, reformar o aparelho do Estado significa garantir a esse aparelho maior governança, ou seja, maior capacidade de governar, maior condição de implementar as leis e políticas públicas.

Esta reforma do aparelho do Estado visa a tornar mais eficientes as atividades exclusivas do Estado, através da transformação de autarquias em “agências autônomas”, bem como tornar mais eficientes os serviços sociais⁴¹.

A reforma do aparelho do Estado tem por escopo inicial a melhoria da governança, fortalecendo a ideia de atuação eficiente da Administração Pública, isto é, a melhoria da capacidade de efetivação de políticas públicas de forma célere, com aplicação responsável de

⁴⁰ CARVALHO, op. cit., p. 844.

⁴¹ CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 35.

recursos, de modo a obter os melhores resultados possíveis mediante a aplicação dos recursos estritamente necessários.

Há também o objetivo de redução do leque de atribuições do Estado, com restrição de sua intervenção direta, concentrando esforços nas funções essencialmente estatais e noutras que se apresentam como estratégicas, deixando para a iniciativa privada as atividades não exclusivas, notadamente de produção de bens e prestação de serviços.

Nesse contexto, não se pode olvidar que foi por intermédio da reforma administrativa que se introduziram novas figuras no ordenamento jurídico pátrio, tais como o contrato de gestão, as organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP), parcerias público-privadas, agências executivas e agências reguladoras.

Em sede constitucional, a reforma teve início em 1995, com a promulgação de diversas emendas constitucionais, entre as quais se destacam a sexta (a redação anterior somente admitia a autorização ou a concessão de pesquisa e lavra de recursos minerais para brasileiros ou empresas brasileiras de capital nacional; com a alteração, basta que as empresas sejam constituídas sob as leis brasileiras e tenham sua sede e administração no País), a oitava (possibilitou a exploração de serviços de telecomunicações e radiodifusão sonora e de sons e imagens por meio de concessão ou permissão) e a nona (que procedeu à quebra do monopólio da União sobre petróleo e gás natural ao alterar a redação do parágrafo primeiro do artigo 177).

Posteriormente, em 1998, foi promulgada a décima nona emenda constitucional, que deu contornos finais à denominada reforma administrativa, com a modificação da competência material e legislativa privativa da União; a previsão expressa do princípio da eficiência no âmbito da Administração Pública; a definição de política remuneratória de servidor público, com a inserção do conceito de subsídio e a fixação de teto remuneratório; a vedação à equiparação remuneratória e do efeito repique; a alteração do prazo de aquisição de estabilidade e a inserção da necessidade de realização de avaliação de desempenho como requisito; a previsão de regras de transparência, controle e participação do administrado; normas acerca da organização dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; e maior rigidez no campo orçamentário, visando a uma maior disciplina fiscal.

Na linha do exposto por Carvalho, a introdução de tais alterações significou a quebra do paradigma do *Welfare State*⁴². Foi o início da reformulação do Estado, de uma migração do

⁴² CARVALHO, op. cit., p. 845.

Estado providência para o Estado regulador, flagrantemente influenciado por concepções neoliberais, com vistas a uma maior eficiência da Administração Pública.

Sob tais circunstâncias, em apertada síntese, é possível afirmar que esta reforma pretendeu conferir dinamismo e eficiência à Administração Pública, possibilitando respostas mais ágeis aos diferentes anseios da sociedade e a melhora no resultado dessas ações. Adicionalmente, à medida que se reduz sua atuação direta na economia, nasce seu papel de coordenação, de modo que se afigure possível harmonizar a livre concorrência e os direitos dos cidadãos.

Diante da ampliação do leque de atuação da iniciativa privada, sobretudo na hipótese de quebra de monopólio, que obviamente gerou um crescimento da atuação do mercado em diferentes setores da economia, coube ao Estado o papel de controle, razão pela qual foram criadas diversas agências reguladoras, cada qual dotada de competência para atuar em setor específico da economia ou do serviço público.

Percebe-se que a reforma perpetrada pelas emendas constitucionais promulgadas na última década do século XX, de cunho eminentemente jurídico-normativo, alterou significativamente a condução do Estado, com a opção pela redução da máquina pública, em que a atuação estatal é prioritariamente subsidiária (intervenção indireta), e pela adoção do modelo gerencial, com foco no controle de resultados.

Para Miragem⁴³, a reforma administrativa teve importantes reflexos sobre o Direito Administrativo brasileiro, substituindo a visão até então dominante neste ramo jurídico. Se antes se falava na existência de uma relação de poder entre o Estado e os administrados, atualmente diz-se existir uma relação de gestão, sem que isso signifique a perda das prerrogativas jurídicas estabelecidas no ordenamento em favor da Administração Pública, mas sim que estas sejam exercidas com vistas a efetivar os valores consagrados pela sociedade no campo constitucional, notadamente os direitos e garantias fundamentais do cidadão, à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

A lógica da intervenção subsidiária do Estado no domínio econômico, por certo, promove uma redução do domínio do poder público sobre os caminhos que serão trilhados pelos personagens privados no campo econômico e social. De outro lado, fortalece-se a necessidade de uma atuação estatal voltada à coordenação, no sentido de se apresentar como figura capaz de influenciar a construção de decisões que compatibilizem os interesses

⁴³ MIRAGEM, op. cit., p. 27-28.

econômicos do mercado e o interesse público, uma ideia de legitimação dos desígnios do Estado através do procedimento, com forte inspiração no princípio democrático.

Uma consequência deste novo modelo de Estado-Administração, assim, será justamente o compartilhamento da autoridade do Estado. Trata-se, neste particular, da revisão de um dos dogmas principais do Direito Administrativo, enfocando desde uma relação jurídica de poder do Estado, para a visão de uma relação jurídica administrativa, em que a atuação da Administração Pública, em suas diversas esferas, pressupõe atividade de colaboração com os demais entes públicos e, igualmente, com entes privados na realização das tarefas públicas. Da mesma forma, o Estado não mais se impõe exclusivamente em razão de uma relação de poder. A ênfase ao caráter vertical da relação de administração Estado-cidadão observa um abrandamento da ideia de subordinação do indivíduo em relação ao Estado. Dá lugar à preocupação genuína com a legitimação da atuação administrativa mediante a adoção de um procedimento adequado (processualidade administrativa) inspirador da ideia de democracia pelo procedimento, a justificar/motivar a ação administrativa pela demonstração de sua adequação ao que se reconhece como interesse comum da sociedade (interesse público)⁴⁴.

Noutras palavras, cresce a importância de uma atuação consensual da Administração Pública, de viés não conflituoso, não hierarquizado e cooperativo, que surge a partir da busca pelo consenso dos diversos atores envolvidos, mediante a adoção de mecanismos de participação da sociedade na construção da vontade estatal, algo que cada vez mais se torna perceptível na atividade regulatória do Estado⁴⁵.

É nesse cenário de redução do aparato estatal, com a perspectiva de atuação subsidiária do Estado, diminuindo sua participação direta no domínio econômico para atuar primordialmente por intermédio de intervenção indireta, bem como sob o influxo da necessidade de ganho de eficiência e de atuação cooperativa do poder público com os atores privados, que foram criadas as agências reguladoras, as quais passaram a desempenhar papel de grande importância na compatibilização dos interesses do mercado com o interesse público.

Não se pode olvidar que a atuação cooperativa entre a Administração Pública e os particulares fomenta também a legitimidade das agências reguladoras, na medida em que integra os administrados no processo de construção decisória da atividade regulatória. A participação popular e o controle social figuram, assim, como forma de influência da sociedade sobre o Estado, o que se presta não só a aperfeiçoar a decisão estatal, mas também a legitimá-la.

Por fim, considerando que suas ideias se referem a eficiência e progresso, “é difícil se contrapor ao modelo gerencial, sem que isso desperte uma percepção de ir contra o avanço

⁴⁴ MIRAGEM, op. cit., p. 30-31.

⁴⁵ Ibid., p. 28.

do país”⁴⁶. Contudo, é possível detectar deficiências. Em primeiro lugar, percebe-se que não houve um completo rompimento com o modelo burocrático, o qual ficou marcado pela rigidez e ineficiência. Nem mesmo o patrimonialismo foi completamente superado no Brasil. Em segundo lugar, ainda que alimente a participação popular (democrática), a reforma gerencial brasileira não consolidou, plenamente, a incorporação dos instrumentos participativos ao processo de edificação da decisão estatal⁴⁷.

2.3 Evolução da Regulação Estatal

2.3.1 A Noção Norte-Americana de Regulação Independente

A concepção de agências reguladoras no Brasil, criadas com o fim do monopólio estatal sobre determinadas atividades e após a abertura do mercado para o capital estrangeiro, sofreu forte influência do modelo norte-americano.

Nos Estados Unidos da América, a *Interstate Commerce Commission* (ICC) é comumente apontada como a primeira agência reguladora independente. Sua criação, em 1887, se deu com a finalidade de regular serviços interestaduais de transporte ferroviário, inaugurando uma postura mais interventiva no âmbito daquele país⁴⁸, notadamente sobre a atividade econômica.

Entretanto, foi com a Grande Depressão de 1929, que trouxe à tona as falhas do modelo liberal então praticado, apontando para a necessidade de uma maior intervenção do Estado na economia, e a adoção de um pacote de medidas de superação da crise, conhecido como *New Deal*, que a atividade regulatória ganhou força⁴⁹. Nesse momento histórico, inicia-se um movimento no sentido de conferir ao Executivo as funções de elaborar normas (*rulemaking*⁵⁰) e de julgamento (*adjudication*⁵¹)⁵².

⁴⁶ BRULON, Vanessa; OHAYON, Pierre; ROSENBERG, Gerson. A Reforma Gerencial Brasileira em Questão: contribuições para um projeto em construção. **Revista do Serviço Público**. Brasília, p. 265-284, jul./set. 2012, p. 276.

⁴⁷ Ibid., 278.

⁴⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 243.

⁴⁹ GOMES, Joaquim Barbosa Gomes. Agências Reguladoras: A “Metamorfose” do Estado e da Democracia. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 24.

⁵⁰ UNITED STATES OF AMERICA. **APA – Administrative Procedure Act**. Título 5, Parte I, Capítulo 5, Subcapítulo II, § 553. Disponível em <<http://www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure/553.html>>. Acesso em: 10/3/2016.

⁵¹ UNITED STATES OF AMERICA. **APA – Administrative Procedure Act**. Título 5, Parte I, Capítulo 5, Subcapítulo II, § 554. Disponível em <<http://www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure/554.html>>. Acesso em: 10/3/2016.

A questão começou a receber contornos definitivos em 1946, com a aprovação da APA – *Administrative Procedure Act* (Lei de Procedimentos Administrativos). A APA consagrou a criação das agências reguladoras, dotadas de poderes legislativos, executivos e jurisdicionais, que podem ser segmentadas em agências executivas e agências independentes, a depender de sua vinculação com o Poder Central⁵³.

Burnham aponta três razões essenciais para a criação das agências reguladoras⁵⁴. Em primeiro lugar, trata-se de entidades dotadas de *expertise* em área específica, capazes de dar soluções melhores aos problemas que lhes são afetos (noutras palavras, Executivo, Legislativo e Judiciário não possuem aptidão técnica para lidar com determinadas questões no mesmo nível qualitativo das agências). A regulação de determinadas áreas demanda alto nível de conhecimento e flexibilidade para reagir rapidamente às oscilações da economia e do mercado. Em segundo lugar, a especialização proporciona ganhos em eficiência. Por último, o distanciamento político permite a adoção de decisões mais consistentes e racionais.

Apesar do fortalecimento da regulação ao longo do tempo, ganha espaço, na década de 1970, o fenômeno denominado de desregulação (*deregulation*), que promoveu o aumento do controle judicial sobre as agências reguladoras⁵⁵. Desde o julgamento do caso *Chevron v. Natural Resources Defense Council*⁵⁶ pela Suprema Corte Norte-Americana, em 1984, percebe-se a consolidação da intervenção jurisdicional sobre a atuação das agências, sobretudo para aferir a observância dos procedimentos estabelecidos pela APA no que concerne à expedição de atos normativos e ao exercício de sua função judicante.

As agências reguladoras norte-americanas possuem como características marcantes as competências de editar normas e de julgar conflitos⁵⁷. Já se disse anteriormente que tais funções se conformariam como quase-legislativas e quase-judiciais, visão que não prevalece atualmente. Hoje se admite que as agências possuem verdadeira delegação para legislar e julgar, de modo que a doutrina da não delegação resta superada⁵⁸. Com efeito, vislumbra-se a

⁵² LIMA, Gustavo Augusto F. de. **Agências Reguladoras e o Poder Normativo**. São Paulo: Baraúna, 2013, p. 112.

⁵³ CUSTOS, Dominique. La Noción Estadounidense de Regulación. In: MARCOU, Gérard; MODERNE, Franck (org.). **Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional**. Tomo I. Bogotá: Editorial Universidad de Rosario, 2009, p. 195.

⁵⁴ BURNHAM, William. **Introduction to the Law and Legal System of the United States**. 4th ed. West, 2006, p. 195-196

⁵⁵ LIMA, op. cit., 2013, p. 116.

⁵⁶ SUPREMA Corte dos EUA. **Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC, 467 U.S. 837 (1984)**. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/837/case.html>>. Acesso em: 1/3/2016.

⁵⁷ LIMA, op. cit., 2013, p. 129.

⁵⁸ POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. Interring the Nondelegation Doctrine. **University of Chicago Law Review**. Disponível em <<http://www.ericposner.com/Interring%20the%20Nondelegation%20Doctrine.pdf>>. Acesso em: 10/3/2016.

segmentação, como já mencionado, em agências executivas e agências independentes, a depender da (in)dependência em relação ao Poder Central, consubstanciada primordialmente na possibilidade de o Chefe do Executivo exonerar *ad nutum* seus dirigentes⁵⁹.

Por fim, mostra-se pertinente pontuar que a função de elaborar normas das agências reguladoras norte-americanas não se caracteriza apenas como poder, mas também como um processo⁶⁰, o qual pode seguir diferentes modelos.

O primeiro é denominado de *informal rulemaking*. O procedimento de elaboração inicia-se com a publicação da proposta do ato normativo, acompanhada de um convite para que o público interessado se manifeste sobre a matéria; ao final, promulga e publica a versão final do documento⁶¹. Importante observar que as discussões e comentários devem ser levados em consideração nessa versão final, sem ignorar nenhum ponto de vista, isto é, deverá ser ofertada uma resposta para cada comentário, seja para afastá-lo ou para acolhê-lo, a fim de demonstrar o empenho da agência em encontrar uma decisão razoável⁶².

O segundo modelo é denominado de *formal rulemaking*. Em que pese a diferenciação de nomenclatura, os procedimentos se assemelham, porém, deve ser obrigatoriamente adotado quando o Legislativo assim dispuser⁶³. Este procedimento, denominado de formal, possui as mesmas etapas do anterior (informal), acrescido de um rito de audiências de produção de provas e de julgamento de elaboração da norma pelos chamados *Administrative Law Judges* (autoridades administrativas independentes), os quais não integram o Poder Judiciário⁶⁴.

É possível, ainda, que as agências editem normas com a finalidade de conferir interpretação para dispositivos legais já existentes, o que não significa propriamente o exercício de função legislativa, dispensando qualquer procedimento específico, bem como é possível que as normas sejam criadas em decorrência de um julgamento administrativo, tal como um precedente judicial⁶⁵.

2.3.2 As Agências Reguladoras na Comunidade Europeia

⁵⁹ CUSTOS, op. cit., p. 195.

⁶⁰ LIMA, op. cit., 2013, p. 130.

⁶¹ BURNHAM, op. cit., p. 196.

⁶² Ibid., p. 197.

⁶³ Ibid., p. 197.

⁶⁴ MESSITTE, Peter J. O Direito Administrativo nos Estados Unidos. **Revista Justiça & Cidadania**. Edição nº 177. Disponível em <<http://www.editorajc.com.br/2015/05/o-direito-administrativo-nos-estados-unidos/>>. Acesso em: 8/3/2016.

⁶⁵ LIMA, op. cit., 2013, p. 131.

Diferentemente do caminho trilhado pelos Estados Unidos da América, em que a implantação da atividade regulatória estatal prestou-se inicialmente a limitar o liberalismo econômico, buscando corrigir inconsistências do sistema, o modelo de regulação europeu trilha o caminho da redução da intervenção do Estado na economia⁶⁶, em especial com o intuito de proporcionar a quebra dos monopólios públicos em determinados segmentos da atividade econômica e da prestação de serviços públicos⁶⁷. Sob este aspecto, o modelo de regulação brasileiro se assemelha mais ao europeu.

No início do último quarto do século XX, a concepção prevalente ainda era a de intervenção direta do Estado na economia e na prestação de serviços públicos, ficando o Poder Público em posse de atividades consideradas como fundamentais para a manutenção do bem-estar da população. Nessa esteira, o regime de monopólio implicava a inexistência dos problemas oriundos da concorrência, haja vista a ausência de agentes diversos no desempenho dos serviços. A atividade regulatória atua exatamente neste campo, de maneira a separar as funções de regulação e de prestação, que deixam de concentrar-se numa mesma pessoa⁶⁸.

Em ensaio sobre as autoridades independentes administrativas francesas, Denise Auad menciona que seu advento coincide com a crise do Estado Intervencionista, também nominado de Estado Social, de forma que se fez necessária a redução do aparato estatal, com a redução da intervenção direta sobre o domínio econômico, o que se deu através da desregulação, que “significa aumentar o campo das liberdades individuais através da diminuição de regras estatais à atividade do particular”⁶⁹. Ademais, cumpre observar que o modelo adotado no país não seguiu a lógica da descentralização, ainda que se haja preservado a ausência de subordinação hierárquica em relação ao Poder Central⁷⁰.

Há uma relação importante entre a constituição da União Europeia e a proliferação das autoridades/entidades regulatórias independentes. O projeto comunitário passa pela supremacia do direito comunitário sobre a ordem jurídica de cada um dos países, tornando-se necessária a adaptação do direito posto em cada nação. A ideia de autoridades administrativas

⁶⁶ BINENBOJM, op. cit., 2006, p. 244.

⁶⁷ MARCOU, Gérard. La regulación e los servicios públicos. Las enseñanzas del derecho comparado. In: MARCOU, Gérard; MODERNE, Franck (org.). **Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional**. Tomo I. Bogotá: Editorial Universidad de Rosario, 2009, p. 14.

⁶⁸ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. Barueri: Manole, 2003, p. 75.

⁶⁹ AUAD, Denise. Autoridades Administrativas Independentes na França. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito Regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 446.

⁷⁰ BADIN, Luiz Armando. As Autoridades Administrativas Independentes na França: Finalidades Institucionais e Meios de Atuação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito Regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 454.

independentes, em virtude da neutralidade política, despontou como o modelo mais viável para a efetivação do direito supranacional e de políticas comunitárias⁷¹.

Assim, a instituição de agências reguladoras coloca-se na comunidade europeia como responsável por garantir uma isonomia de tratamento entre os operadores públicos e privados⁷², bem como tem por finalidade favorecer a convergência dos diversos interesses das nações que compõem o bloco em matéria de regulação, notadamente em setores estratégicos como energia e transporte⁷³.

Cumprir pontuar que a experiência regulatória europeia prestou-se não somente a realizar a intervenção direta do Estado sobre o domínio econômico⁷⁴, mas buscou também a promoção de questões de interesse da coletividade, como serviços públicos, e a proteção de direitos fundamentais, seja em face de particulares, seja em face da própria atuação estatal⁷⁵.

Atualmente, o conceito de agência reguladora europeia é amplo, abarcando todas aquelas que participam ativamente do exercício da função executiva mediante a adoção de atos que colaboram para a regulação de determinado setor⁷⁶. Em meio a uma falta de princípios norteadores para a criação e o controle das agências, cada uma se submete a regimentos específicos, os quais resultam de negociações no respectivo âmbito setorial, circunstância que denota a heterogeneidade desses organismos descentralizados⁷⁷. Contudo, há um eixo comum que recai sobre a necessidade de observar critérios como credibilidade, transparência, imparcialidade, independência, especialização técnica e controle, características estas que refletem a governança⁷⁸.

Por fim, há de se ressaltar que, no âmbito da União Europeia, a delegação de competência do nível nacional para um organismo descentralizado a nível comunitário conforma-se como uma opção, aplicando-se o princípio da subsidiariedade, isto é, somente quando os objetivos perseguidos não puderem ser satisfatoriamente alcançados pelos Estados

⁷¹ BINENBOJM, op. cit., 2006, p. 245.

⁷² MODERNE, Franck. Los usos de la noción de “regulación” em el derecho positivo y em la doctrina jurídica. In: MARCOU, Gérard; MODERNE, Franck (org.). **Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional**. Tomo I. Bogotá: Editorial Universidad de Rosario, 2009, p. 107.

⁷³ Ibid., p. 108.

⁷⁴ MARCOU, op. cit., p. 39.

⁷⁵ BINENBOJM, op. cit., 2006, p. 247.

⁷⁶ SZAPIRO, Manuel. **Las agencias reguladoras europeas: perspectiva institucional**. Disponível em: <<http://app.vlex.com/#!/vid/agencias-reguladoras-europeas-institucional-44666425>>. Acesso em: 15/12/2015, p. 1.

⁷⁷ Ibid., p. 2.

⁷⁸ Ibid., p. 3.

membros⁷⁹. Por conseguinte, nada obsta a criação de agências (ou autoridades administrativas independentes) individualmente pelos membros do bloco.

2.3.3 O Surgimento das Agências Reguladoras no Panorama Nacional

Conforme exposto anteriormente, em âmbito nacional, a Administração Pública, adotando um viés social de implementação de direitos de caráter prestacional e, ao mesmo tempo, incumbindo-se de desempenhar atividades econômicas de grande relevância, sem prejuízo da função fiscalizatória que lhe é inerente, não mais conseguia desempenhar satisfatoriamente tantas atribuições, o que levou à abertura da economia e à criação de programas de desestatização.

Explicita Bruno Miragem:

a regulação, no Brasil, surge como fenômeno decorrente da tendência de menor intervenção do Estado no mercado e na economia, passando de uma intervenção direta do Estado no domínio econômico, a partir da desestatização, pela mudança no modo de atuação estatal, por intermédio de atividade de mediação de interesses pelo estabelecimento de normatização e estruturas de controle e fiscalização, as quais são protagonistas da atividade regulatória estatal. Caracteriza-se, portanto, como fenômeno que na realidade norte-americana reconhece-se como *desregulation*, caracterizando lá uma menor intervenção estatal por intermédio do modo típico de atuação do Estado, qual seja, de regulação jurídica da atividade econômica⁸⁰.

Após a crise econômica vivenciada na década de 1980, repensou-se o papel do Estado na economia, no sentido de promover sua retirada da intervenção direta sobre o domínio econômico, abandonando a ideia de Estado empresário, por meio das desestatizações e flexibilizações de monopólios, passando para o modelo de Estado regulador. A criação de agências para desempenhar um papel regulatório buscava conferir maior estabilidade e credibilidade para o país, haja vista o caráter técnico e a proteção quanto a influências político-partidárias, com o claro intuito de atrair investimentos estrangeiros.

Na ótica de Aragão, as agências reguladoras surgiram no Brasil como uma reação ao alto crescimento da máquina pública, decorrente do modelo de Estado Social vivenciado no século passado, bem como em face da pluralidade e complexidade da sociedade hodierna, inclusive sob o ponto de vista tecnológico, cuja dinâmica demanda respostas rápidas e tecnicamente especializadas por parte do Poder Público, verdadeiro corolário do princípio da eficiência. Todavia, isso estaria “muito longe de significar que sejam por essência um

⁷⁹ Ibid., p. 3.

⁸⁰ MIRAGEM, op. cit., p. 61.

instrumento de desregulação ou da desestatização”⁸¹, pois foram criadas diversas “agências reguladoras, não mais de serviços públicos, mas de atividades econômicas *stricto sensu*, que propiciaram um aumento da intervenção estatal sem precedentes nesses setores”⁸².

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 deu início a um processo de abertura do mercado interno ao capital estrangeiro. Posteriormente, no curso da década de 1990, foi editado o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, voltado para a redução do tamanho da máquina estatal, dando início a um processo de desestatização da Administração Pública, concretizado pela Lei Federal 9.491/1997 (Programa Nacional de Desestatização – PND).

Definiu-se como um dos objetivos fundamentais dessa lei a reordenação da posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades que vinham sendo exploradas pelo setor público, deixando com o setor privado a atuação direta na economia, de modo que o Estado concentrasse esforços em questões nas quais sua presença fosse indispensável para a consecução das prioridades nacionais.

As alterações promovidas na Constituição de 1988 pela Reforma Administrativa, em meados da década de 1990, trouxe previsão expressa acerca da criação de agências reguladoras em duas oportunidades, apontadas pela doutrina como seu fundamento constitucional⁸³. A nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15.8.1995, ao inciso XI do artigo 21, que dispõe acerca da exploração de serviços de telecomunicações, previu a criação de órgão regulador e, na mesma linha, o inciso III do § 2º do artigo 177, inserido pela Emenda Constitucional nº 9, de 9.11.1995, previu a criação de órgão regulador do monopólio da União.

Com essa transferência de atividades, tendente a reduzir o tamanho da máquina estatal e a conferir conotação mais liberal à economia, fez-se a opção por criar entidades administrativas independentes, as quais passaram a desempenhar este papel regulatório do Estado de controle e disciplina normativa⁸⁴, notadamente sobre as atividades econômicas relacionadas à prestação de serviços públicos decorrentes da quebra de monopólios.

Reforça-se que, não obstante a influência liberal nesse processo de contração da intervenção direta do Estado, já não se admitia a opção pura e simples pelo não

⁸¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013b, p. 274.

⁸² *Ibid.*, p. 274.

⁸³ CAL, *op. cit.*, p. 83-84.

⁸⁴ CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 64.

intervencionismo; portanto, não há que se falar em retorno ao modelo liberal clássico, conforme observa Binjenbojm:

a transferência de serviços públicos e/ou de sua execução à iniciativa privada não poderia conduzir a um Estado puramente liberal, guiado pelo não-intervencionismo. Daí as agências constituírem também efeito da reforma por que passou o Estado brasileiro, na medida em que foram institucionalmente incumbidas da regulação tanto de serviços públicos desestatizados como de outras atividades econômicas de relevante interesse social, devolvidas total ou parcialmente à iniciativa privada⁸⁵.

A efetiva criação das agências reguladoras brasileiras, no âmbito federal, se deu através de legislações específicas, quais sejam: a) Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, Lei 9.427/1996; b) Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, Lei 9.472/1997; c) Agência Nacional de Petróleo – ANP, Lei 9.478/1997; d) Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, Lei 9.782/1999; e) Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, Lei 9.961/2000; f) Agência Nacional de Águas – ANA, Lei 9.984/2000; g) Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, Lei 10.233/2001; h) Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, Lei 10.233/2001; i) Agência Nacional de Cinema – ANCINE, Medida Provisória 2.219/2001; j) Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, Lei 11.182/2005.

Ventila-se também que a Comissão de Valores Mobiliários – CVM enquadra-se no rol das agências reguladoras, notadamente após a edição da Lei 10.441/2002, que conferiu maior autonomia à sua atuação. Todavia, menciona Aragão que esta autarquia, assim como o Banco Central do Brasil, não detém a mesma independência outorgada às agências reguladoras perante o Poder Executivo⁸⁶.

No âmbito do Município de Maceió, a Lei 5.903, de 3.5.2010, posteriormente modificada pela Lei 6.512, de 15.12.2015, criou a Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Município de Maceió – ARSMAC, cuja finalidade é realizar a regulação da prestação de serviços públicos de saneamento básico na localidade.

2.4 A Atividade Regulatória do Estado e seus Fundamentos

2.4.1 A Regulação Estatal

A atividade regulatória desenvolvida pelo Estado representa uma mudança de paradigma em sua organização e atuação. Tal modelo desponta como uma alternativa à

⁸⁵ BINENBOJM, op. cit., 2006, p. 249.

⁸⁶ ARAGÃO, op. cit., 2013b, p. 272.

atuação direta sobre o domínio econômico, o que implicou uma tendência de desregulamentação, entendida como o arrefecimento de rígidas normas a impor condutas aos atores econômicos e a adoção de uma nova sistemática (mais flexível) de criação de normas.

Sobre o tema, opina Miragem:

Neste sentido, regulação econômica nesta versão atualizada é resultado das tendências de diminuição do Estado (mediante privatização) e da desregulamentação do Mercado, aqui entendido como diminuição das normas rígidas (legais/regulamentares) de imposição de condutas dos agentes econômicos, em favor de um modelo regulador em que a produção normativa seja flexível, sob permanente revisão e atualizada em face das necessidades e rápidas transformações da economia. E da mesma forma, um modo de produção normativa diferenciado, mediante participação dos interessados no processo de decisão normativa estatal, e o aporte de interesse, sugestões e críticas sobre as propostas de regulação. Neste particular, a regulação da atividade econômica *stricto sensu* tem por finalidades corrigir as falhas do mercado, assegurar a pluralidade de escolhas por parte dos agentes econômicos e consumidores, assim como assegurar a estabilidade e o desenvolvimento econômico de um determinado país⁸⁷.

Essa feição adotada pelo Estado reformula a compreensão acerca da atividade administrativa, pois deixa de recair sobre o Poder Público o dever de prestar diretamente diversos serviços públicos. Denomina-se de princípio da subsidiariedade⁸⁸ esse arrefecimento da atuação estatal (que deixa de ser prestador para ser regulador) e a consequente transferência para os particulares de atividades que podem ser por eles desenvolvidas com ganho de eficiência, seja no âmbito da livre-iniciativa, seja sob regime de direito público (serviços públicos universais), submetidos à regulação em ambos os casos⁸⁹.

Num regime de mercado e livre-iniciativa, o exercício de atividades, sobretudo as de natureza econômica, deve recair preferencialmente sobre os indivíduos, de maneira que a atuação do Estado encontra-se vinculada à noção de subsidiariedade.

Com precisão, observa Miragem:

O princípio da subsidiariedade constituiria limite vertical, indicando o caráter supletivo da regulação, de modo a que esta tenha lugar apenas para complementar ou suplementar a realidade dada pelos entes regulados, quando estes por si não alcancem atender às necessidades sociais, o que ocorre, sobretudo, sob o signo de que não deve caber ao Estado concentrar em si toda a decisão social⁹⁰.

Neste sentir, ainda que tenha sido transferido o exercício de determinadas atividades, não se pode olvidar que permanece com o Poder Público o dever de zelar pela consecução do interesse público envolvido, o que será feito mediante a função regulatória, conceituada por Aragão nos seguintes termos:

⁸⁷ MIRAGEM, op. cit., p. 85.

⁸⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 365 et. seq.

⁸⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 35.

⁹⁰ MIRAGEM, op. cit., p. 86.

podemos condensadamente definir a regulação estatal da economia como o conjunto de medidas legislativas, administrativas, convencionais, materiais ou econômicas, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da autonomia empresarial ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e os orientando em direções socialmente desejáveis⁹¹.

Ademais, há de se registrar que as agências reguladoras desempenham também funções de natureza administrativa e julgadora. As administrativas são relativas ao poder de polícia que lhes é próprio (restrito, por certo, ao âmbito de sua competência setorial), de modo que fiscalizam o exercício da atividade econômica objeto da regulação, bem como a atividade do concessionário na prestação do serviço público, eventualmente impondo sanções quando do descumprimento de normas legais ou infralegais.

A função julgadora, denominada por alguns de quase judicial ou, ainda, função arbitral, presta-se a dirimir conflitos que porventura ocorram entre as empresas que atuem em determinado setor regulado ou entre essas e seus respectivos usuários, “exercendo a função decisória tal como um árbitro”⁹².

As leis de regência das agências reguladoras, regra geral, conferiram poder de decisão para tais entidades, com ênfase nos institutos da conciliação e da arbitragem, na linha do disposto no artigo 20 da Lei 9.478/1997, o que permite que atuem no sentido de compor conflitos entre prestadores de serviço, bem como entre estes e os cidadãos, recaindo sobre as autarquias regulatórias a posição de instância definitiva no âmbito administrativo, sem prejuízo da inafastabilidade do controle jurisdicional. Busca-se, assim, a criação de uma “instância decisória em que a entidade reguladora, na posição de terceiro imparcial, componha os conflitos de interesses entre os atores envolvidos na atividade regulada, apresentando a solução que melhor realize as políticas públicas para o setor”⁹³.

No âmbito da prestação de serviços públicos, o exercício da atividade regulatória, sob o viés judicante, a dirimir conflitos entre os delegatários, está previsto na Lei 8.987/1995, que no inciso XV de seu artigo 23 já colocava o foro e o modo amigável de solução das divergências contratuais como cláusulas essenciais ao contrato de concessão, e em seu artigo 23-A, inserido pela Lei 11.196/2005, prevê a possibilidade de emprego de mecanismos privados para a resolução de disputas decorrentes do contrato ou a ele relacionadas, inclusive a arbitragem.

⁹¹ ARAGÃO, op. cit., 2013b, p. 40.

⁹² BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 80.

⁹³ BINENBOJM, op. cit., 2006, p. 258.

Buscando sintetizar o conceito de agência reguladora, Aragão propõe a seguinte definição:

podemos conceituar as agências reguladoras independentes brasileiras como sendo as autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à Administração centralizada, incumbidas do exercício de funções regulatórias e dirigidas por colegiado cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal, vedada a exoneração *ad nutum*⁹⁴.

Por fim, não é demais mencionar que a intervenção regulatória do Estado “se caracteriza pela imposição, por norma legal, de prescrições positivas e negativas sobre o desempenho de atividades econômicas ou sociais privadas, visando à prevalência de interesses públicos específicos legalmente definidos”⁹⁵, o que sintetiza a capacidade normativa que lhe é inerente.

Em suma, a regulação estatal apresenta-se como uma figura híbrida, uma mescla de atribuições de várias naturezas, que se concentram num único órgão (agência reguladora): informativa, fiscalizadora, negociadora, normativa, gerencial, arbitadora, sancionadora e judicante⁹⁶. Essencialmente, sua finalidade é harmonizar o interesse público com os direitos dos particulares, agindo no sentido de prevenir, controlar ou corrigir eventuais consequências negativas em setores legalmente considerados críticos.

2.4.2. Fundamentos da Atividade Regulatória no Brasil

A regulação estatal pode ser compreendida em sentido amplo (como toda atividade do Estado sobre o domínio econômico, ressalvada a intervenção direta) e em sentido estrito (refere-se a uma intervenção estatal específica no domínio econômico, que se desenvolve mediante a definição de regras e critérios técnicos, com o fim de alcançar interesse público). As agências reguladoras enquadram-se na segunda acepção.

Trilhar o caminho da intervenção prioritariamente indireta é característica do modelo de Estado Regulador hodiernamente vivenciado, de maneira que seus esforços ficam concentrados na produção de normas e decisões no âmbito dos setores regulados, mantendo-se apenas o desempenho material e direto de reduzidas atividades, sobretudo aquelas com caráter essencial⁹⁷.

⁹⁴ ARAGÃO, op. cit., 2013b, p. 281.

⁹⁵ MOREIRA NETO, op. cit., 2006, p. 129.

⁹⁶ Ibid., p. 392.

⁹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 672.

Para executar a atividade regulatória, optou-se pela sistemática da descentralização, por meio da criação de entidades da Administração Pública indireta, dotadas de personalidade jurídica própria, sob a forma de autarquias em regime especial, sem subordinação hierárquica ao ente político ao qual estejam vinculadas.

Cada ente foi criado para atuar num âmbito setorial específico (econômico ou social), sendo marcantes as características de especialização e de atuação setorializada. A finalidade das agências reguladoras é mencionada por Moreira Neto, que enaltece tais aspectos:

por esse quadro de missão, entenda-se todo um setor confiado por lei a um determinado ente regulador, não apenas para nele realizar as escolhas pontuais tradicionais (as de determinação conceptual e de escolha discricionária), mas, sobretudo, para administrá-lo autonomamente, desempenhando uma vasta gama de decisões – normativas, executivas e parajudiciais – que deverão ser levadas a cabo para o cumprimento da missão legislativa que se enquadra no respectivo marco regulatório⁹⁸.

A necessidade de especialização da atividade regulatória, a abranger a natureza técnica que lhe é inerente, bem como a outorga de competência normativa encontram respaldo na sociedade complexa e dinâmica que hoje se vivencia, a qual demanda respostas rápidas e precisas do Estado. Tal circunstância é bem observada por Miragem:

Outro argumento que sustentou historicamente, e ainda hoje sustenta a atividade dos órgãos reguladores, é a necessidade de especialização técnica para bem produzir normas aplicáveis a determinados setores econômicos, de modo a ter domínio técnico sobre o objeto da regulação e, com isso, desenvolver de modo eficiente a atividade de regulação. Trata-se de efeito sobre a Administração Pública e o Direito Administrativo, da hipercomplexidade que marca os tempos atuais, não sendo bastante nem suficiente a produção de normas gerais e abstratas pelo Poder Legislativo, ou o regulamento editado pela autoridade pertencente à Administração direta, mas o acompanhamento e regulamentação permanente e contínua das situações específicas de uma dada atividade econômica, por intermédio de órgão especialmente criado para tal fim⁹⁹.

Cumpre frisar que, na qualidade de autarquias, definidas pelo Decreto-Lei 200/1967 como 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, as agências reguladoras submetem-se a regime jurídico de Direito Público, permitindo o desempenho de atividades típicas da Administração Pública.

A descentralização, mediante a criação de entes especializados em determinado setor, tem o objetivo de aperfeiçoar a atuação administrativa, tornando-a mais eficiente, e de restringir a burocratização ao patamar mínimo necessário para o cumprimento de seus fins. Conforme observa Aragão, a complexidade que se observa tanto no Direito Administrativo

⁹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 896.

⁹⁹ MIRAGEM, op. cit., p. 76.

quanto na própria sociedade vem exigindo que a atuação da Administração Pública nos dias atuais seja baseada numa perspectiva descentralizante, devidamente acompanhada de uma coordenação com o Poder Central¹⁰⁰.

Não se pode olvidar que a submissão ao regime jurídico de Direito Público traz para as agências a aplicação de todos os princípios insculpidos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, dentre os quais o princípio da impessoalidade, segundo o qual a Administração Pública não pode criar privilégios ou favoritismos a quaisquer interesses dos particulares.

Decorre daí o dever de neutralidade, que atrai para as agências reguladoras a necessidade de promover o interesse público, jamais direcionando suas ações para a realização de interesses particulares.

Do respeito ao princípio da impessoalidade, neste particular, resulta que não pode o regulador, sob qualquer pretexto, dispor das normas e demais decisões do órgão em favor de interesses parciais dos agentes econômicos regulados, ou mesmo de interesses específicos de usuários ou do Poder Concedente, que não se conformem com o interesse geral a ser perseguido pelos órgãos regulatórios. Resta subjacente ao princípio da impessoalidade o equilíbrio de interesses que preside a atividade de regulação¹⁰¹.

A intervenção indireta no domínio econômico, perpetrada pelas autarquias regulatórias, deve pautar-se por questões de ordem técnica, sem pretender realizar objetivos de cunho meramente político, bem como sem conferir qualquer tipo de privilégio a particulares. Marques Neto diz tratar-se “da necessária neutralidade (equidistância) que o ente regulador deve manter em face dos interesses regulados, incluídos aí também os interesses do Poder Público”¹⁰².

Nessa linha, as agências reguladoras demandam uma neutralidade política na gestão da atividade administrativa que desempenham, pautando-se prioritariamente por critérios técnicos, o que não significa dizer que a regulação ocorrerá em desfavor de quaisquer das partes envolvidas no processo regulatório, mas tão somente que as decisões demandam uma equidistância do ente competente para exercê-la¹⁰³.

Consequentemente, a neutralidade requer que a atividade regulatória seja exercida com equilíbrio, “traduzido na mediação, sopesamento e interlocução entre os vários interesses existentes no setor regulado”¹⁰⁴. Noutras palavras, a interação com atores envolvidos no

¹⁰⁰ ARAGÃO, op. cit., 2013b, p. 213.

¹⁰¹ MIRAGEM, op. cit., p. 80.

¹⁰² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes – Fundamentos e seu Regime Jurídico**. Belo Horizonte: Forum, 2005, p. 50.

¹⁰³ Ibid., p. 51.

¹⁰⁴ Ibid., p. 49.

processo regulatório apresenta-se como um dos fundamentos da regulação, na medida em que o diálogo será um fator de legitimação da intervenção estatal na ordem econômica¹⁰⁵.

É marcante, ainda, o atributo da independência, também denominado de autonomia reforçada, considerado o principal fundamento das agências reguladoras e que se manifesta através de quatro vieses diferentes: político, técnico-decisional, administrativo (gerencial, orçamentário e financeiro) e normativo.

Nesse sentido, Binenbojm aponta a independência como a principal característica do regime especial das agências reguladoras, que pode ser subdividida em quatro diferentes aspectos: (a) independência política dos dirigentes, pois possuem estabilidade durante seus respectivos mandatos, ou seja, é vedada a exoneração *ad nutum* pelo Presidente da República; (b) independência técnica decisional, o que afastaria o cabimento de recurso hierárquico impróprio; (c) independência gerencial, orçamentária e financeira ampliada; e (d) independência normativa¹⁰⁶.

Moreira Neto registra que a independência, analisada sob essas quatro diferentes vertentes, revela-se como garantia indispensável ao exercício politicamente neutro da função de regulação¹⁰⁷.

Merece especial destaque a atribuição deferida pelo Poder Legislativo às agências reguladoras para expedir regulamentos, dotados de normatividade, com o intuito de disciplinar a atuação de particulares, seja no exercício de atividades econômicas, seja no desempenho de serviços públicos. A seguir, serão aprofundadas as características dos quatro aspectos da independência (autonomia reforçada) da independência das agências reguladoras: político, técnico-decisional, administrativo (gerencial, orçamentário e financeiro) e normativo.

Por fim, em apertada síntese, é possível dizer que a atividade regulatória do Estado tem como fundamentos: (a) atuação setorial; (b) neutralidade/equidistância em relação aos interesses regulados; (c) caráter eminentemente técnico; e (d) independência/autonomia reforçada. Atualmente, acredita-se ser mais adequada a intervenção indireta do Estado no domínio econômico e, ao mesmo tempo, que esta se proceda por meio de entidades autônomas, politicamente independentes e com especialização técnica, a fim de que a regulação seja realizada com a necessária neutralidade e imparcialidade, colocando-se em postura equidistante em relação aos diversos atores que compõem o respectivo setor regulado.

¹⁰⁵ Ibid., p. 32.

¹⁰⁶ BINENBOJM, op. cit., 2006, p. 252.

¹⁰⁷ MOREIRA NETO, op. cit., 2006, p. 165.

2.4.3 Discricionariedade Técnica

Tendo em vista que as agências reguladoras devem lastrear suas decisões (primordialmente) em critérios de ordem técnica, faz-se necessário abordar a questão da discricionariedade técnica, que se caracteriza como uma das formas de atuação do Poder Público.

Durante a prevalência da concepção de Estado Social, consolidou-se a compreensão de discricionariedade como um poder jurídico limitado a parâmetros legais, de maneira que toda ação administrativa somente se justifica com a existência do correspondente amparo legal¹⁰⁸; nesse contexto, a discricionariedade representa uma margem de liberdade, prevista em lei, para a atuação do administrador público. Noutras palavras, a lei estabelece os limites dentro dos quais a Administração Pública poderá agir, sem estabelecer uma única alternativa; fora dessa margem, a conduta mostra-se ilegal.

Sob esta perspectiva, aparece a classificação entre atos vinculados e atos discricionários, em que os primeiros representam as situações nas quais a Administração Pública não detém margem de atuação, ou seja, a lei estabelece uma única conduta possível diante de determinada circunstância descrita em lei. Por sua vez, os atos administrativos discricionários caracterizam-se pela liberdade de atuação dentro da margem definida pelo legislador, de forma que a própria lei define mais de uma atuação legítima/possível a ser adotada pelo administrador público, todas elas válidas para o direito¹⁰⁹.

O fortalecimento da ideia de discricionariedade vincula-se à constatação da impossibilidade de que o legislador seja capaz de dispor previamente acerca de todas as situações em que a Administração Pública figure como interessada, bem como em virtude de novas situações com as quais o Poder Público venha a se deparar, notadamente aqueles casos que exigem uma resposta rápida.

Classicamente, adota-se o conceito de que o ato administrativo é composto por cinco elementos: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. A discricionariedade, quando existente, recairia sobre os dois últimos, que conformam o denominado mérito administrativo.

O motivo pode ser conceituado como os fundamentos fáticos e jurídicos que justificam a adoção do ato, isto é, sua causa. Há discricionariedade quando se confere ao administrador público a valoração do motivo, sem que a lei o defina expressamente. O objeto,

¹⁰⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 38.

¹⁰⁹ DI PIETRO, op. cit., 2014, p. 221.

por sua vez, é o conteúdo do ato administrativo, a transformação que o ato proporciona no mundo jurídico, que será discricionário quando a lei estabelecer mais de uma possibilidade à escolha do administrador.

Em sua concepção inicial, o mérito do ato administrativo discricionário implicaria imunidade ao controle jurisdicional, já que motivo e objeto estariam submetidos à conveniência e à oportunidade do gestor público.

Atualmente, vem-se entendendo que a dicotomia “ato vinculado x ato discricionário” está em vias de superação¹¹⁰ e que a subdivisão dos atos administrativos em cinco elementos não contribui de forma produtora para delimitar a abrangência da discricionariedade e os parâmetros de seu controle jurisdicional¹¹¹.

A diferenciação de um ato administrativo de acordo com a maior ou menor vinculação dos motivos expressamente veiculados na lei desconsidera que o “grau de vinculação do ‘motivo’ de qualquer ato administrativo depende da densidade conceitual-linguística dos termos empregados na respectiva lei, que é altamente variável”¹¹².

Por outro giro, o princípio da legalidade administrativa passou por mais uma revisão teórica, tendo por base o processo de constitucionalização do Direito Administrativo, de modo que a Administração Pública não se encontra vinculada apenas à lei, mas principalmente aos ditames constitucionais. Paulatinamente, a noção de vinculação positiva da Administração Pública à lei vem perdendo força no ordenamento jurídico pátrio e a máxima “administrar é aplicar a lei de ofício” já não se compatibiliza com a sociedade atual, essencialmente complexa e dinâmica.

Neste cenário, ganhou espaço a construção dos textos legais permeados por cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, com a definição de *standards* que orientam a realização de um fim, de modo que a solução deixa de ser atribuída diretamente pelo legislador e passa a recair sobre o aplicador da norma:

Reduziu-se a utilidade da linguagem formal de leis tipificadoras da atividade administrativa, que cederam lugar a normas mais variáveis que permitem a sua adaptação à realidade. Por isso, os textos legais se caracterizam cada vez mais por conceitos indeterminados, enumeração de exemplos e cláusulas gerais, além de estabelecerem meros critérios materiais de ponderação para a tomada das decisões individuais mediante fixação de fins e objetivos. Essa tendência desloca a conflitualidade do momento da criação das normas para o da sua aplicação e reforça o papel dos administradores e juízes na realização da juridicidade¹¹³.

¹¹⁰ ARAGÃO, op. cit., 2013b, p. 458.

¹¹¹ KRELL, ANDREAS J. **Discricionariedade Administrativa e Conceitos Legais Indeterminados**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 27.

¹¹² Ibid., p. 27.

¹¹³ Ibid., p. 15.

A abertura normativa proporcionada pelos conceitos jurídicos indeterminados, assim como ocorre nos casos de discricionariedade, confere maior liberdade para a Administração Pública, outorgando-lhe poder de decisão. Não há como dissociar a análise dos conceitos jurídicos indeterminados e da discricionariedade administrativa.

Conforme anota Krell:

Parece mais coerente, portanto, ver o uso de conceitos jurídicos indeterminados bem como a concessão de discricionariedade como manifestações comuns da técnica legislativa de abertura das normas jurídicas, carecedoras de complementação. Na verdade, conceitos indeterminados e discricionariedade são fenômenos interligados, visto que, muitas vezes, o órgão administrativo deve lançar mão desta para poder preencher aqueles. A extensão da liberdade discricionária atribuída à Administração mediante o uso de conceitos indeterminados depende, preponderantemente, do tipo de conceito utilizado pelo texto legal¹¹⁴.

Na sociedade que se vivencia atualmente vislumbra-se uma necessidade de conferir à Administração Pública o poder de construir a decisão mais adequada para o caso concreto. Para tanto, o Legislativo passou a criar textos normativos que definem um fim a ser alcançado, deixando ao Executivo a escolha acerca das medidas e caminhos que serão adotados nesse processo.

Nas normas sobre planejamento administrativo (setorial e espacial), o “esquema se-então” foi substituído quase totalmente pelo “esquema fim-meio”. Tecnicamente, essa diminuição de vinculação legal se opera através de conceitos jurídicos indeterminados e da concessão de discricionariedade, dois termos que podem ser distintos, mas servem para o mesmo objetivo¹¹⁵.

O citado autor ressalta, ainda, que “uma excessiva reserva de lei entra em choque com o princípio da divisão equilibrada dos Poderes e menospreza a legitimação democrática dos outros órgãos do Estado”. Por esta razão, não é vedado ao legislador “deixar ao Governo e à Administração Pública a regulamentação de importantes aspectos materiais e formais, quando a temática justificar ou até exigir tal delegação”¹¹⁶.

A abertura normativa proporcionada pelas normas veiculadoras de competências discricionárias, bem como aquelas que são compostas por conceitos jurídicos indeterminados, por vezes, não são apenas possíveis, mas necessárias, a depender da complexidade das questões envolvidas ou da existência de mais de uma solução possível, circunstâncias que somente poderão ser adequadamente valoradas caso a caso¹¹⁷.

Não é demais pontuar que as normas veiculadoras de conceitos jurídicos indeterminados, diante do caso concreto, podem produzir zonas de certeza positivas, em que o conceito veiculado pela lei é facilmente identificado, zonas de certeza negativas, em que se

¹¹⁴ Ibid., p. 48.

¹¹⁵ Ibid., p. 17.

¹¹⁶ Ibid., p. 18.

¹¹⁷ Ibid., p. 18.

elimina completamente sua aplicação, e zonas de penumbra, gerando dúvidas acerca de sua aplicação.

Na linha do exposto por Germana Moraes:

não se pode negar [...] que a aplicação de normas jurídicas que contêm conceitos indeterminados tanto pode conduzir à certeza quanto à incidência da norma ao caso concreto (única solução possível), como pode ensejar dúvidas no momento da concretização, quando não há certeza se o fato se ajusta à hipótese normativa abstrata, pois há certas situações que conduzem à admissibilidade de mais de uma solução razoavelmente sustentável perante o Direito¹¹⁸.

Contudo, essa liberdade conferida à Administração Pública não pode ser entendida como ilimitada e infensa ao controle jurisdicional. Ao conferir ao Executivo uma margem de atuação mais elástica, o Legislativo não recusa a necessidade de observância das normas constantes do ordenamento jurídico, em especial dos mandamentos constitucionais.

A Constituição Federal de 1988 prevê expressamente a inafastabilidade do controle jurisdicional e os conceitos jurídicos indeterminados não importam em supressão dessa garantia constitucional. Porém, seu exercício deverá dar-se com parcimônia, não só porque recai sobre o Executivo a competência e a legitimidade para conduzir os desígnios estatais, realizando escolhas de cunho político, mas também porque não se busca a mera substituição de escolhas, ou seja, não se trata de meramente substituir a vontade do Executivo pela vontade do Judiciário. A tomada de uma decisão, devidamente fundamentada, sobretudo aquela amparada em questões de ordem técnica, motivada de forma adequada e satisfatória, precisa receber uma presunção favorável acerca de seu juízo.

Noticia Di Pietro que, no direito italiano, procede-se à análise dos conceitos jurídicos indeterminados a partir de uma distinção entre discricionariedade administrativa, que seria a discricionariedade propriamente dita, e discricionariedade técnica, que receberia a marca de discricionariedade imprópria¹¹⁹.

Essa diferenciação conceitual surge com o austríaco Bernatzik, que inaugura a ideia de discricionariedade técnica, tendo se disseminado por diversos países, nos quais ganhou significados distintos. Sob uma perspectiva, trata-se de um poder livre; sob outra, de um poder vinculado, porém impassível de controle; e, por fim, há quem o enxergue como um poder vinculado e passível de controle jurisdicional, ainda que de forma limitada.

Com efeito, originalmente, percebia-se a discricionariedade técnica como um âmbito de decisão relativo a questões de elevada complexidade técnica e imune ao controle judicial, de maneira que competiria à Administração Pública, diante do caso concreto, avaliar a medida

¹¹⁸ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 2004, p. 66.

¹¹⁹ DI PIETRO, op. cit., 2007, p. 112.

mais adequada a ser adotada, lastreada em conhecimentos técnico-científicos, sendo sua a última palavra sobre a questão.

A discricionariedade técnica, segundo leciona Di Pietro, pode apresentar-se de diferentes formas, interferindo na margem de liberdade de decisão do administrador público. Há casos em que a decisão administrativa sobrepõe-se às de natureza técnica, bem como existem outras situações em que a margem de liberdade administrativa é completamente mitigada, uma vez que a definição de questões técnico-científicas pelo órgão competente acarreta a impossibilidade de o gestor público valorar de forma diversa, exigindo-se que adote a decisão de acordo com parâmetros definidos em lei, de modo que em tais circunstâncias “não existe discricionariedade propriamente dita, porque a Administração não tem liberdade para apreciar a oportunidade e a conveniência do ato”¹²⁰.

Posicionamento interessante é perfilhado por Sérgio Guerra¹²¹, que traz a ideia de previsibilidade técnica, entendida como “parâmetro mitigador dos riscos do arbítrio, [...] importante remédio contra as decisões casuísticas”, ou seja, é a “escolha administrativa como instrumento funcionalmente ligado à criação de clareza e previsibilidade”, com o fim de evitar insegurança jurídica.

Por sua vez, Justen Filho, seguindo a linha de entendimento segundo a qual a expressão discricionariedade técnica é utilizada “para indicar aquelas situações em que a lei determina que a solução no caso concreto seja norteadada pelo conhecimento técnico-científico”, ressalta que em tais casos a norma não autoriza a realização de escolhas de natureza política, haja vista que a decisão deverá vincular-se às valorações técnico-científicas. Todavia, o próprio autor reconhece a dificuldade de caracterizar essa atuação como vinculada, como pretende parcela da doutrina, notadamente porque “nenhuma ciência pode gerar aplicações práticas absolutamente precisas, uniformes e destituídas de alternativas ou dúvidas”¹²².

A ideia de discricionariedade técnica possui três interessantes justificativas no plano fático: a) em primeiro lugar, o Poder Legislativo, na qualidade de órgão político e, em regra, sem conhecimento científico para tanto, não poderia adentrar a disciplina de questões de natureza técnica; b) o conhecimento científico evolui constantemente, podendo ser

¹²⁰ Ibid., p. 114.

¹²¹ GUERRA, Sérgio. Redução da Discricionariedade Administrativa por meio da Previsibilidade Técnica. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 20, novembro/dezembro/janeiro, 2009/2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-20-NOVEMBRO-2009-SERGIO-GUERRA.pdf>>. Acesso em: 5/5/2015.

¹²² JUSTEN FILHO, op. cit., p. 253.

rapidamente objeto de importantes mudanças, o que tornaria a legislação obsoleta; c) finalmente, não se mostra conveniente predefinir uma solução para situações que a ciência encontra situações diversas em cada caso concreto. Por conseguinte, passa para a Administração Pública, mais próxima das situações do cotidiano, a atribuição de adotar a decisão mais coerente com a circunstância fática apresentada, orientada pelo conhecimento técnico-científico pertinente.

Contudo, a existência de valoração técnico-científica dificilmente implicará solução única, seja pela existência de mais de uma alternativa viável, seja pela presença de algum componente político da construção da decisão, de maneira que se busca por meio da discricionariedade técnica que a ciência torne possível a concretização de um interesse público, ainda que existam opções plausíveis. Em casos tais, procede-se à delimitação das alternativas possíveis, mas nem sempre haverá uma completa eliminação das escolhas.

Exemplificativamente, é possível citar a definição da taxa básica de juros pelo Banco Central, decisão que se baseia em critérios técnicos, mas que dificilmente gera consenso entre os economistas, ou, ainda, a caracterização da invalidez para fins de aposentadoria, que igualmente pode gerar controvérsias no meio médico.

Acerca do tema, Krell menciona formas de manifestação da discricionariedade técnica:

A seguinte distinção pode ajudar na compreensão das diferentes formas desse fenômeno: a) liberdade da Administração para realizar “apurações técnicas e formular juízos especializados”, com o fim de preencher conceitos técnicos inseridos nos textos legais (v.g.: avaliação da invalidez de uma pessoa segundo critérios médicos); b) escolhas administrativas em áreas especializadas de conhecimento (v.g.: exame de provas em concursos); c) escolhas dos órgãos competentes na base de apreciações técnicas, com “um momento de cognição técnica e outro de decisão administrativa”, sendo esta não vinculada àquela (v.g.: licença ambiental concedida em virtude do resultado de estudo/relatório de impacto ambiental – EIA/RIMA); d) escolhas administrativas em áreas onde os conhecimentos científicos (ainda) não são seguros e pacíficos (v.g.: decisões prognósticas de órgãos ambientais com base no princípio da prevenção/precaução)¹²³.

No que diz respeito às agências reguladoras, não se pode olvidar que o poder normativo configura-se como um dos mais importantes mecanismos de atuação, o qual se justifica pela necessidade de disciplinar questões de natureza técnica em setores específicos e complexos, questões estas que dificilmente poderiam ser avaliadas e regradas por normas editadas pelo Poder Legislativo.

¹²³ KRELL, op. cit., p. 68.

Quanto ao caráter técnico da atuação das agências, Aragão¹²⁴ relata que a legislação impõe, em primeiro lugar, a formação de um corpo de pessoal capacitado, com conhecimento técnico e científico no setor regulado, e o aprofundamento nas diversas questões a serem reguladas por meio de estudos específicos. Em segundo, que a técnica dificilmente será capaz de fornecer soluções únicas, remanescendo uma margem de liberdade para a atuação da Administração Pública (componente político), que poderá escolher entre mais de uma solução tecnicamente aceitável.

Krell menciona a utilização do conceito discricionariedade técnica no âmbito das agências reguladoras, ao exercerem suas respectivas competências normativas, para ressaltar que este não deve ser adotado com a intenção de conferir maior isenção à atuação administrativa, mediante a presunção de neutralidade e eficiência, sem que isso guarde a devida correspondência com o plano fático, o que implicaria a ampliação da margem de liberdade das autarquias regulatórias e limitaria o controle jurisdicional¹²⁵.

Ainda que se baseiem em análises técnicas, a regulação nem sempre conseguirá construir grandes zonas de certezas (positivas e negativas), de modo que não se elimina a discricionariedade, apenas há uma maior delimitação da formação do juízo de valor acerca do entendimento formulado pela Administração. É possível vislumbrar, ainda, a aptidão de adoção de mecanismos de participação e controle social no processo de construção da decisão da agência reguladora como mais um fator de construção da atuação administrativa.

Em ensaio relativo à discricionariedade técnica na regulação econômica, Roman elenca os fatores que justificam a definição de normas dotadas de caráter discricionário no âmbito regulatório:

é possível [...] enumerar alguns fatores que favorecem a discricionariedade da Administração na regulação da economia: (i) as circunstâncias cambiantes da realidade econômica, a exigir constante atualização das regras reguladoras incidentes; (ii) a existência de uma realidade econômica atual complexa, que acaba por inviabilizar a regulação vinculante prévia de todas as situações possíveis; (iii) a necessidade em muitas hipóteses de sigilo e discricionariedade na atividade de regulação (vide o exemplo da regulação bancária e do mercado de capitais); (iv) o uso de termos com carga ideológica pelos textos legais; (v) o fato de o Parlamento, por vezes, delegar ao Executivo a responsabilidade pela adoção de medidas necessárias, mas impopulares; (vi) a indeterminação na redução de textos legais, muitas vezes, é a única forma de se obter o consenso necessário à aprovação de determinada regulação legal; (vii) o uso de textos legais com termos precisos pode torná-los rapidamente obsoletos; e (viii) a necessidade de se enfrentar situações de crise exige textos que permitem atuações ágeis e contundentes¹²⁶.

¹²⁴ ARAGÃO, op. cit., 2013b, p. 343-344.

¹²⁵ KRELL, op. cit., p. 69.

¹²⁶ ROMAN, Flávio José. **Discricionariedade Técnica na Regulação Econômica**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 177-178.

Em continuidade, o citado autor enfatiza a necessidade da precisa delimitação dessa atuação, a fim de evitar o arbítrio, bem como que devem submeter-se ao controle jurisdicional¹²⁷. Se, de um lado, o autor conclui pela “existência de uma discricionariedade técnica na regulação da Ordem Econômica, que está relacionada à indispensável previsão legal mediante o recurso a conceitos flexíveis ou fluidos”¹²⁸, de outro, o controle jurisdicional seria perfeitamente possível, mas de forma equilibrada, no sentido de que não ser admissível a mera substituição da vontade da Administração pela vontade do Judiciário¹²⁹.

A atuação das agências reguladoras demanda um juízo técnico acerca das diversas questões objeto da regulação. A abertura normativa conferida pela adoção de conceitos jurídicos indeterminados e pela outorga de discricionariedade, ainda que acompanhadas de avaliações de ordem técnica, faz com que remanesça uma margem de liberdade na atuação das autarquias regulatórias. Não se afasta, assim, a possibilidade de controle jurisdicional, mesmo que não se admita a mera substituição da vontade do Executivo pela vontade do Judiciário. O controle deverá respeitar os conceitos técnico-científicos adotados, mas poderá ser realizado com base na juridicidade, a fim de averiguar se foram respeitadas as normas de natureza constitucional, bem como as finalidades elencadas nas normas instituidoras das agências. A questão do controle da atuação das agências reguladoras será aprofundada posteriormente.

2.5 Aspectos da Independência das Agências Reguladoras Brasileiras

2.5.1 Independência Política dos Dirigentes

A autonomia reforçada das agências reguladoras, na forma já exposta, manifesta-se sob quatro diferentes aspectos, dentre os quais se identifica o viés político. A independência política das agências reguladoras (também denominada de independência orgânica¹³⁰, uma vez que é assegurada por meio da definição de “regras de composição e de garantias estatutárias”¹³¹) está intimamente vinculada à isenção da atuação de seus dirigentes, que se

¹²⁷ Ibid., p. 179.

¹²⁸ Ibid., p. 184.

¹²⁹ Ibid., p. 185.

¹³⁰ CUÉLLAR, op. cit., p. 95.

¹³¹ SILVA, João Nuno Calvão da. Poderes e Instrumentos Regulatórios das Entidades Reguladoras ao Abrigo da Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes com Funções de Regulação da Atividade Econômica dos Sectores Provado, Público e Cooperativo. In: GONÇALVES, Pedro Costa (org.). **Estudos de Regulação Pública – II**. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 395.

desconecta da Administração Direta, circunstância esta relacionada com o processo de escolha daquele que irá ocupar o posto de comando da autarquia regulatória.

Segundo disposto no artigo 4º da Lei 9.986/2000, as agências serão dirigidas em regime de colegiado por um Conselho Diretor ou Diretoria composto(a) por Conselheiros ou Diretores, sendo um deles o seu Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente. Esse posto de comando somente poderá ser ocupado por brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal¹³².

Cumprido ressaltar que ao conferir a direção e administração das agências reguladoras a órgãos colegiados, como conselhos diretores, busca-se promover uma atuação imparcial, formada pela conjugação de um apanhado de posicionamentos e ideias, sem que a opinião de uma única pessoa prevaleça. Note-se que a posição do órgão regulador será adotada sem uma predisposição aos anseios dos atores regulados nem do governo (este último aspecto é denominado por Calvão da Silva de desgovernamentalização¹³³).

Não se pode olvidar que a independência não se manifesta apenas em relação à Administração central, mas também quanto aos operadores privados que compõem os setores regulados, o que se presta a evitar a captura dos agentes reguladores¹³⁴.

Nessa esteira, aduz Calvão da Silva:

a independência [*rectius* autonomia] das autoridades reguladoras deve ser garantida não só em relação ao Poder Executivo, mas também quanto aos interesses regulados, porquanto um dos maiores perigos da regulação consiste na possibilidade de o regulador ser “capturado” pelos regulados, de modo a transformar-se numa forma de auto-regulação por meio de entreposto regulador¹³⁵.

A pessoa designada para ocupar o cargo de titular de agência reguladora deverá cumprir três espécies de requisitos distintos. Em primeiro lugar, deve possuir nacionalidade brasileira, seja na qualidade de nato ou naturalizado, o que denota um propósito de preservação do interesse nacional. Em segundo lugar, como mecanismo de valorização da moralidade administrativa, insculpida no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, exige-se a reputação ilibada. Finalmente, dois requisitos de caráter técnico, sendo um a

¹³² Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de: f) titulares de outros cargos que a lei determinar;

¹³³ SILVA, op. cit., 2015, p. 389.

¹³⁴ MODERNE, op. cit., p. 113.

¹³⁵ SILVA, op. cit., 2015, p. 398-399.

exigência de formação universitária e outro a demonstração de destacada experiência no respectivo campo de especialidade, isto é, no setor regulado em que ocupará o cargo.

A escolha dos dirigentes das agências passa pela atuação conjugada dos Poderes Executivo e Legislativo, sendo a indicação da autoridade de competência do primeiro, entre brasileiros que preencham os citados requisitos legais, e de competência do segundo a aprovação deste nome, de maneira que a posse e o mandato apenas se iniciam após o segundo ato.

Indiscutivelmente, na prática, é difícil desvencilhar completamente a relação política existente entre os dirigentes e o Chefe do Executivo que o indica. Contudo, os instrumentos adotados – tais como chancela pelo Legislativo acompanhada de sabatina e a estabilidade temporária no cargo (a seguir abordada) – buscam aumentar o grau de isenção e neutralidade.

2.5.1.1 Estabilidade Temporária no Brasil e no Direito Comparado

Importante aspecto da autonomia política das agências reguladoras é a estabilidade temporária dos seus dirigentes. Conforme disposto nos artigos 6º e 9º da Lei 9.986/2000, os conselheiros e dirigentes das autarquias regulatórias terão mandato com prazo fixo em lei e somente o perderão em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar. Trata-se da vedação à exoneração *ad nutum*.

A proibição à exoneração imotivada dos dirigentes das agências, ou seja, seguindo unicamente critérios de conveniência e oportunidade, configura-se como garantia de independência política, na medida em que lhes confere estabilidade temporária no cargo ocupado (com mandato a termo). Esta garantia reforça a autonomia das entidades, porquanto permite a condução de suas atividades de acordo com critérios de ordem técnica, imunizando-as de pressões de cunho eminentemente político.

No direito comparado, a experiência norte-americana revela que a questão já foi objeto de intensa discussão. No caso *Myers v. United States*¹³⁶, julgado em 1926, a Suprema Corte, por maioria, entendeu que o Presidente possuía a faculdade de exonerar qualquer diretor/dirigente por ele indicado, independentemente da manifestação do Congresso, em face de sua competência para zelar pela fiel execução das leis e porque o poder de exonerar a pessoa designada para o cargo seria decorrência do poder de designar.

¹³⁶ SUPREMA Corte dos EUA. *Myers v. United States*, 272 U.S. 52 (1925). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/272/52/case.html>>. Acesso em: 1/3/2016.

Posteriormente, no caso *Humphrey's Executor v. United States*¹³⁷, julgado em 1935, evoluiu-se o entendimento para considerar constitucional a vedação à exoneração imotivada dos dirigentes das agências reguladoras, ou seja, acolheu-se a possibilidade de vedação à exoneração *ad nutum*. Em semelhante sentido, no caso *Wiener v. United States*¹³⁸, julgado em 1958, a Corte considerou que a natureza quase jurisdicional e quase legislativa das agências reguladoras impunha a restrição à exoneração sem justa causa, mesmo que a lei silenciasse a esse respeito.

Por fim, em 1988, no caso *Morrison v. Olson*¹³⁹, a Suprema Corte reafirmou a constitucionalidade da restrição ao poder de exoneração *ad nutum* do Chefe do Executivo, que estaria condicionado à apresentação de justa causa, destacando que “o poder de exoneração, apesar de condicionado a uma *good cause*, continuava [...] nas mãos do Executivo”¹⁴⁰.

As questões mencionadas, em especial a vedação à exoneração *ad nutum* dos dirigentes, já foram objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.949/RS¹⁴¹. Discutia-se a constitucionalidade de dispositivo da Lei instituidora da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul, a qual estabeleceu a estabilidade provisória.

A fim de subsidiar a declaração de inconstitucionalidade, arguiu-se que: a) tal sistemática violaria o inciso II do artigo 84 da Constituição Federal de 1988, que se caracteriza como norma de observância obrigatória para os demais Entes da Federação, segundo o qual compete privativamente à Chefia do Poder Executivo o exercício da direção superior da Administração Pública; b) estaria sendo criada uma nova espécie de cargo público, não prevista e não comportada pela ordem constitucional vigente, especialmente porque inexistiria qualquer previsão no sentido da possibilidade de se criar cargo em comissão com estabilidade provisória; e c) essa previsão violaria o princípio democrático, uma vez que os mandatos dos dirigentes ultrapassam os limites do mandato do agente político nomeante, o que iria de encontro à manifestação da vontade popular nas eleições.

¹³⁷ SUPREMA Corte dos EUA. *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602 (1935). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/295/602/case.html>>. Acesso em: 1/3/2016

¹³⁸ SUPREMA Corte dos EUA. *Wiener v. United States*, 357 U.S. 349 (1958). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/357/349/case.html>>. Acesso em: 1/3/2016.

¹³⁹ SUPREMA Corte dos EUA. *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654 (1988). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/654/case.html>>. Acesso em: 1/3/2016.

¹⁴⁰ ARAGÃO, op. cit., 2013b, p. 235.

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.949. Relator: Ministro Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Julgado em 17 de setembro 2014. Publicação em 14 de novembro 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7237463>>. Acesso em: 30/10/2015.

Acrescente-se que, até então, prevalecia o entendimento consignado no verbete sumular nº 25 do Supremo Tribunal Federal, aprovado em 13.12.1963, segundo o qual “a nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo dirigente de autarquia”. Tal entendimento decorreu do julgamento do Mandado de Segurança nº 8.693/DF.

Em abono à tese ventilada na propositura da ADI 1.949/RS, Grau sustenta ser inconstitucional qualquer disposição que limite a possibilidade de o Chefe do Executivo nomear e exonerar as pessoas designadas para ocupar cargo de dirigente de agência reguladora, já que violaria o regime de governo presidencialista e, especificamente, o artigo 84, II, da CRFB/88¹⁴².

Por sua vez, o julgamento da mencionada Ação Direta encontrou esteio nas argumentações formuladas pelo Ministro Victor Nunes Leal no julgamento do mesmo Mandado de Segurança, cujo voto restou vencido. Aragão cita trecho desse voto, em que é sintetizada a ideia de independência e autonomia:

A investidura de servidor público por prazo certo, eis uma providência que se integra, com toda naturalidade, no regime de autonomia administrativa atribuído, por lei, a certos órgãos. Visa a investidura de prazo certo a garantir a continuidade de orientação e a independência de ação de tais entidades autônomas, de modo que os titulares, assim protegidos contra as injunções do momento, possam dar plena execução à política adotada pelo Poder legislativo, ao instituir o órgão autônomo, e ao definir-lhe as atribuições¹⁴³.

O voto condutor da constitucionalidade da estabilidade provisória dos dirigentes das agências reguladoras (ADI 1.949), prevista na lei gaúcha, por unanimidade, consignou a seguinte conclusão: a) viola o princípio da separação de poderes a transferência para o Poder Legislativo da totalidade da competência para destituir dirigente de agência reguladora, de maneira a excluir a participação do Chefe do Executivo; b) em que pese a necessidade de participação do Executivo no referido processo de destituição, a exoneração não pode ficar ao critério discricionário desse Poder, uma vez que isso subverteria a própria natureza autônoma da autarquia especial, o que afasta a possibilidade de exoneração *ad nutum*; c) a destituição de dirigente de agência reguladora exige a fixação de parâmetros legais precisos; d) ausente a definição desses parâmetros em lei, o mandato fixo somente poderá ser perdido em razão de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar, observando-se em qualquer caso a necessidade de motivação, de processo formal e de inexistência de espaço para discricionariedade do Chefe do Executivo.

¹⁴² GRAU, Eros Roberto. La regulación em Brasil. In: MARCOU, Gérard; MODERNE, Franck (org.). **Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional**. Tomo I. Bogotá: Editorial Universidad de Rosario, 2009, p. 244.

¹⁴³ ARAGÃO, op. cit., 2013b, p. 369.

A um só tempo, o Supremo Tribunal Federal consolidou a constitucionalidade da sistemática de nomeação dos dirigentes das agências reguladoras, mediante indicação do Executivo e aprovação do Legislativo, e da estabilidade provisória dos dirigentes, reconhecendo ser plenamente possível a limitação à exoneração *ad nutum* (lastreada em critérios meramente discricionários).

Destaque-se que o julgado define como sendo da essência das agências reguladoras a independência política, corporificada em mandato fixo e vedação à exoneração imotivada. Conforme destaca Binenbojm, trata-se de uma decisão que, “tendo declarado a constitucionalidade da atribuição, por lei, da estabilidade provisória, representa um *leading case* na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e, reflexamente, na própria organização político-administrativa do país”¹⁴⁴.

A imunização conferida aos dirigentes das agências reguladoras não se presta unicamente a impedir ingerências por parte do Poder Executivo, mas também a fortalecê-la ante os atores privados. Nesse desiderato, previu-se no artigo 8º da Lei 9.986/2000 a figura da quarentena, consubstanciada na restrição à liberdade do dirigente após o término do mandato, impedindo-o de prestar qualquer espécie de serviço no setor público ou a empresa pertencente àquele setor regulado.

Destaque-se, ademais, que a citada legislação estabeleceu que a quarentena teria duração de quatro meses, a contar da exoneração do término do mandato do dirigente. Com efeito, diversas leis específicas instituidoras de agências reguladoras definiram prazo de 12 meses (Lei 9.247/1997, que criou a ANEEL; Lei 9.782/1999, que criou a ANVISA; e Lei 10.233/2001, que criou a ANTT e a ANTAQ) ou de um ano (Lei 9.472/1997, que criou a ANATEL), casos em que a legislação específica tem aplicação.

No âmbito da ARSMAC, única agência reguladora existente na Administração Pública Municipal de Maceió, o artigo 12 da Lei 5.903/2010, com redação dada pela Lei 6.516/2015, prevê que sua direção se dará pela Diretoria Executiva, de forma colegiada, composta por um Diretor-Presidente, um Diretor de Regulação Técnico e um Diretor de Regulação Econômico-Financeiro, competindo ao primeiro a direção-geral. Estabeleceu-se um mandato de cinco anos para os referidos membros, não coincidentes entre si, afigurando-se possível uma única recondução. Por sua vez, a destituição de tais cargos encontra-se disciplinada no § 11 do artigo 12¹⁴⁵ e no artigo 14¹⁴⁶, ambos com redação original alterada

¹⁴⁴ BINENBOJM, op. cit., 2006, p. 254.

¹⁴⁵ Art. 12. A Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Município de Maceió – ARSMAC, será dirigida pela Diretoria Executiva, composta por 1 (um) Diretor-Presidente, 1 (um) Diretor de Regulação Técnico

pela lei editada em 2015, contendo hipóteses específicas que justificam a perda da função, sem contemplar a possibilidade de exoneração *ad nutum*.

2.5.2 Independência Técnico-Decisional

A autonomia reforçada das agências reguladoras relaciona-se fortemente com sua independência técnico-decisional, que pode ser sintetizada no caráter final de suas decisões no âmbito administrativo, sempre que proferidas pela autoridade máxima da autarquia, não obstante o respeito à inafastabilidade do controle jurisdicional. Trata-se de independência na perspectiva funcional¹⁴⁷, não submetida a poder hierárquico, o que afasta o cabimento de recurso hierárquico impróprio dirigido à Chefia do Poder Executivo com a finalidade de modificar a decisão proferida por ente da Administração Indireta.

A questão, entretanto, não é pacífica na doutrina. No âmbito da descentralização administrativa, o Poder Central cria uma pessoa jurídica para desempenhar determinada atividade, dotando-a de capacidade administrativa e financeira próprias, entretanto, sobre ela exerce a denominada supervisão ministerial, que se dá, na forma do artigo 20 do Decreto-Lei 200/1967, através da orientação, coordenação e controle das atividades dos órgãos subordinados ou vinculados ao Ministério, nos termos desta lei, pelo Ministro de Estado da

e 1 (um) Diretor de Regulação Econômico-Financeiro, em regime de colegiado cabendo ao Diretor Presidente a direção geral da ARSMAC, exercendo o cargo no nível de Secretário de Município.

§ 1º Os membros da Diretoria Executiva da ARSMAC, nomeados pelo Prefeito de Maceió, cumprirão mandatos não coincidentes de 5 (cinco) anos.

§ 2º Na primeira gestão da ARSMAC, visando implementar a transição para o sistema de mandatos não coincidentes, os Diretores serão nomeados pelo Prefeito com mandatos de 5 (cinco) anos para o Diretor-Presidente, 4 (quatro) anos para o Diretor de Regulação Técnico e 3 (três) anos para Diretor de Regulação Econômico-Financeiro.

[...]

§ 11 O Presidente e demais Diretores somente perderão a função em quaisquer das seguintes hipóteses, isolada ou cumulativamente: I - comprovação de que a permanência na função poderá comprometer a independência e integridade da ARSMAC; II - prática de improbidade administrativa, violação das regras éticas estabelecidas pela ARSMAC, comprovadas mediante processo administrativo, ou condenação penal transitada em julgado; III - rejeição definitiva de suas contas pelo Tribunal de Contas do Estado; IV - exercer, cumulativamente, qualquer cargo ou função de controlador, diretor, administrador, gerente, preposto, mandatário, consultor ou empregado de qualquer entidade regulada; V - tornar-se sócio, quotista ou acionista de qualquer entidade regulada; VI - exercer atividade político-partidária.

¹⁴⁶ Art. 14. Além da Diretoria, os demais Agentes Públicos da ARSMAC perderão seus mandatos ou cargos, após regular processo administrativo em que sejam assegurados ampla defesa e contraditório, nas seguintes hipóteses: I - exercerem qualquer cargo ou função de controlador, diretor, administrador, gerente, mandatário, empregado em qualquer entidade diretamente regulada pela ARSMAC; II - receber, a qualquer título, quantia, desconto, vantagem, ou benefício de qualquer entidade regulada, exceto os provenientes de aposentadoria; III - tornar-se sócio, quotista ou acionista de qualquer entidade diretamente regulada pela ARSMAC; IV - exercer cargo ou função em partido político; V - exercer cargo ou função em entidade sindical.

¹⁴⁷ SILVA, op. cit., 2015, p. 395.

respectiva área de competência ou pela Presidência da República, quando a vinculação for direta.

Os objetivos da supervisão ministerial estão definidos no artigo 26 do mesmo diploma normativo, a saber: a realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade, a harmonia com a política e a programação do governo no setor de atuação da entidade, a eficiência administrativa e a autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade.

Neste ponto, percebe-se um duplo aspecto decorrente da capacidade de autoadministração dos entes descentralizados: a) direito de exercer com independência, inclusive em relação ao ente político, as atribuições legalmente outorgadas; b) dever de prestar o serviço nos moldes definidos em lei, o que atrai a competência fiscalizatória do outorgante¹⁴⁸, ressaltando-se apenas que a extensão do controle exercido pelos Ministérios sobre as autarquias não pode ofender a capacidade de autoadministração definida em lei.

Os entes descentralizados são dotados de independência perante o Poder Central para desempenhar determinadas atividades, na forma definida pela legislação de referência. Do mesmo modo, a tutela administrativa, exercida por intermédio da supervisão ministerial, requer previsão legal expressa para poder ser efetivada, não nascendo por presunção nem por analogia.

Importante destacar que a tutela não se confunde com a hierarquia. A primeira, na qual se insere a supervisão ministerial, é um controle realizado pelo Poder Central sobre o ente descentralizado e se reveste de caráter finalístico, isto é, presta-se à verificação da conformidade de sua atuação com seus fins institucionais e com a legalidade, na forma definida em lei. A seu turno, a segunda é realizada nos casos de desconcentração e denota a relação de subordinação no seio da própria Administração Pública. No primeiro caso, há duas pessoas jurídicas distintas e o controle (inclusive seus limites) demanda a expressa previsão legal, enquanto no segundo caso a relação se dá no âmbito da mesma pessoa jurídica e independe de previsão legal expressa.

Regra geral, o recurso não constitui manifestação da tutela administrativa, haja vista que seu cabimento se relaciona com a ideia de subordinação hierárquica. A interposição de recursos administrativos contra decisões exaradas pela Administração Pública, direta ou indireta, deve ocorrer no âmbito do próprio órgão ou entidade (mesma pessoa jurídica), motivo pelo qual são denominados de recursos hierárquicos.

¹⁴⁸ DI PIETRO, op. cit., 2014, p. 558.

Com efeito, quando a lei estabelece o cabimento de recurso para autoridade pertencente a pessoa jurídica diversa daquela que proferiu a decisão, configura-se a hipótese de recurso hierárquico impróprio. Assim, não cabe, ordinariamente, a interposição de recurso perante a Administração Direta contra decisão proferida no âmbito da Administração Indireta. Apenas por exceção se admite o denominado recurso hierárquico impróprio e desde que exista expressa previsão legal.

Nesse sentido, Mello observa que “o Ministro supervisor não é autoridade de alçada para reconhecer de recurso”¹⁴⁹ interposto contra ato expedido por pessoa jurídica diversa, o que inclui a Administração Indireta, de modo que o cabimento de recurso hierárquico impróprio somente se afigura possível quando previsto expressamente em lei.

No caso das autarquias regulatórias, conforme menciona Aragão, inexistente lei que preveja a existência de recurso administrativo hierárquico impróprio, “o que por si só bastaria para eliminar tal possibilidade em razão da vetusta doutrina do *pas de tutelle sans texte, pas de tutelle au-delà du texte*”¹⁵⁰.

Contudo, em caso envolvendo decisão exarada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), o recurso hierárquico impróprio já foi admitido pelo então Ministro da Justiça, Nelson Jobim, ao argumento de que questões relativas a políticas públicas relevantes não poderiam ser retiradas da influência da Administração Central e que o inciso LV do artigo 5º da Constituição de 1988 garante o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a eles inerentes.

Este entendimento é perfilhado por Sérgio Guerra, acrescentando que as agências reguladoras não refogem ao controle exercido pelos Ministérios e, em última análise, pela Chefia do Executivo, e que a provocação de instâncias superiores seria também um direito dos administrados¹⁵¹. Com efeito, ele próprio reconhece, em seguida, que a admissão do recurso hierárquico impróprio nesses casos poderia gerar “uma crise no arcabouço institucional estruturado pelo ordenamento jurídico para a eficácia das atividades regulatórias descentralizadas” e pontua que o poder-dever de a Administração Central manifestar-se na via recursal apenas nasceria quando a agência reguladora invadissem a seara de competência ministerial, ou seja, quando a entidade extrapolasse sua função reguladora¹⁵².

¹⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 167.

¹⁵⁰ ARAGÃO, op. cit., 2013b, p. 372.

¹⁵¹ GUERRA, Sérgio. Agências Reguladoras e a Supervisão Ministerial. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 374.

¹⁵² Ibid., p. 378.

Tais argumentos, contudo, carecem de sustentação e não justificam a imposição deste forte mecanismo de tutela administrativa sem a necessária previsão legal¹⁵³. Há de se ter em mente que as leis instituidoras das agências não só definem seus objetivos, como também os instrumentos indispensáveis à coordenação das políticas públicas do respectivo setor, de forma que a atuação da entidade deverá voltar-se à consecução dos fins estabelecidos, com a preservação de sua autonomia política.

De outro lado, é importante destacar que as leis criadoras das agências dispõem acerca de recursos administrativos contra as decisões proferidas no seio das entidades, o que realiza o mandamento constitucional inserto no inciso LV do artigo 5º da CRFB/88, não sendo o recurso hierárquico impróprio instrumento indispensável ao respeito do contraditório e da ampla defesa. Ademais, a admissão desta modalidade recursal suprimiria a independência política dos dirigentes, na medida em que a Administração Central poderia impor suas concepções e vontades a qualquer tempo, fazendo prevalecer interesses políticos em detrimento de questões técnicas.

Nessa linha, considerando a natureza autárquica das agências reguladoras e a ausência de previsão legal acerca do cabimento de recurso hierárquico impróprio contra as decisões de seus dirigentes, assim como a inexistência de vínculo de subordinação hierárquica entre a Administração Indireta e o Poder Central, acredita-se ser forçoso o reconhecimento da inadmissibilidade desta via recursal.

A legislação do Município de Maceió, relativamente à ARSMAC, previa o cabimento de recurso à Chefia do Poder Executivo contra as decisões finais da agência. Todavia, as alterações promovidas pela Lei 6.516/2015 conferiram nova redação ao artigo 8º, afastando tal possibilidade, o que preserva os aspectos técnico e político de sua independência. Portanto, na realidade atual, é incabível o recurso hierárquico impróprio contra as decisões da entidade regulatória municipal.

2.5.3 Independência Gerencial, Orçamentária e Financeira

No âmbito da autonomia administrativa, já se mencionou a estabilidade provisória dos dirigentes das agências, com mandato fixo e imune à exoneração *ad nutum*, como forma de proteção da atividade regulatória, garantias que compõem a independência política dos dirigentes e, simultaneamente, fortalecem a atuação da própria entidade.

¹⁵³ ARAGÃO, op. cit., 2013b, p. 374.

Com efeito, a independência gerencial engloba também a escolha dos objetivos a serem perseguidos pelas agências no exercício da atividade regulatória, sempre com o necessário respeito à respectiva lei de regência, e dos instrumentos que serão empregados para atingir tais objetivos com a maior eficiência possível.

Importante acrescentar que a efetiva autonomia das agências reguladoras passa necessariamente por sua independência financeira, circunstância essencial à consecução a contento de seus objetivos institucionais com isenção e imparcialidade, leia-se, livre de ingerências políticas e influências externas.

A independência financeira reúne a existência de orçamento próprio, com repasses de recursos pelo ente político ao qual esteja vinculado, de patrimônio próprio, transferido no ato de sua criação, e a previsão de outras fontes de receitas próprias, oriundas de taxas de fiscalização referentes aos serviços públicos ou atividades econômicas objeto da regulação, de imposição de multas, de rendimentos de operações financeiras, de recursos de convênios, acordos ou contratos, de doações e de montantes apurados pela venda ou aluguel de móveis ou imóveis pertencentes às autarquias¹⁵⁴.

Ressalta-se que este aspecto da independência das agências não significa a desnecessidade de respeito ao regime jurídico de direito público, que impõe a obrigatoriedade de licitação como requisito para a celebração de contratos, a realização de concurso público para a contratação de pessoal, às regras de cunho financeiro e orçamentário na realização de despesas, dentre outras.

Esse aspecto da autonomia reforçada das agências, no entanto, pode representar o principal meio de limitação de sua liberdade de atuação. Uma vez que seus orçamentos estão vinculados ao Executivo, a restrição no repasse de recursos pode representar verdadeiro empecilho à sua independência.

2.5.4 Independência Normativa

A autonomia reforçada das agências reguladoras passa, fundamentalmente, por sua independência normativa. Trata-se do cerne do presente trabalho, que será apresentado nesta oportunidade e aprofundado no capítulo subsequente.

A capacidade normativa atribuída às agências reguladoras é, sem dúvida, o tema que suscita maiores discussões e questionamentos por parte da doutrina e da jurisprudência. Não

¹⁵⁴ CUÉLLAR, op. cit., p. 94.

por outro motivo, Gordillo aponta os regulamentos como a mais problemática das fontes do Direito Administrativo¹⁵⁵. Porém, é também sua mais importante característica, a ponto de Couto e Silva afirmar que “regulação é, na verdade, exercício de poder normativo”¹⁵⁶.

As agências reguladoras foram criadas para promover a retirada do Estado da intervenção direta no domínio econômico, num movimento de migração para a intervenção indireta. Por sua vez, no âmbito da produção normativa, vislumbrou-se que o Poder Legislativo não detinha o conhecimento técnico necessário para deliberar acerca de determinadas matérias, demasiadamente complexas e específicas.

Nessa esteira, tendo em vista a necessidade de o Poder Público continuar a figurar como um ator importante nas questões envolvendo o domínio econômico e a prestação de serviços públicos, definindo parâmetros de conduta para seus respectivos agentes, concebeu-se a atribuição de poder normativo para entidades de caráter técnico como uma forma de contornar essa ausência de conhecimento especializado do legislador e, ao mesmo tempo, de tornar mais imparcial a atuação da Administração Pública, sem olvidar que as leis de outorga da competência normativa contêm as diretrizes e os objetivos a serem perseguidos.

Percebe-se que o poder normativo é conferido pelo próprio núcleo político do poder estatal, na medida em que decorre da atuação conjunta dos Poderes Executivo (ao trilhar o caminho da descentralização administrativa) e Legislativo (ao editar as normas instituidoras das agências com a competência para expedir os regulamentos). Conformam-se, assim, como uma releitura do princípio da separação de poderes¹⁵⁷, por intermédio da qual se compreende possível que entidades integrantes do Poder Executivo estabeleçam regras de conduta no respectivo setor regulado, que deverão ser obrigatoriamente cumpridas pelas diversas pessoas que o compõem.

De outro lado, não se pode esquecer que a capacidade normativa das agências reguladoras é característica inerente à natureza da atividade por elas desenvolvida, ou seja, a aptidão das agências para editar normas no âmbito do setor regulado é atributo próprio de sua atuação, sem a qual a atividade regulatória perde a sua essência. A regulação “pressupõe a edição de regras que disciplinem o comportamento das pessoas em sociedade, mediante a

¹⁵⁵ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas**: parte general (tomo 1). 1. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013, VII-21.

¹⁵⁶ COUTO E SILVA, Almiro do. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 287.

¹⁵⁷ LEHFELD, op. cit., p. 263.

limitação de direitos subjetivos de que são titulares em benefício do convívio harmonioso de todos¹⁵⁸.

Moreira Neto conceitua a regulação sob a perspectiva do poder normativo das agências reguladoras:

É possível afirmar que a regulação é uma atividade jurídica de franca produção normativa tipicamente desenvolvida para um modelo econômico capitalista, no qual o Estado, como agente legitimado para o exercício da função legislativa e da força coercitiva, intervém no mercado produtivo mediante instrumentos de autoridade, objetivando delinear a atividade empresarial em consonância com os interesses públicos, sociais e econômicos.

No que toca especificamente aos serviços públicos, o mesmo conceito acima pode ser aplicado, com o adendo que o Estado deixa de realizar diretamente as atividades econômico-produtivas (empresariais), ainda que consideradas de natureza essencial, promovendo-as ao particular, que renderá sua atuação às regras e normas ditadas pelo agente regulador, seja no que toca às questões técnico-operacionais, à defesa dos interesses do consumidor e à proteção da livre concorrência¹⁵⁹.

Com efeito, é possível identificar, no campo doutrinário, posições diametralmente opostas quanto à admissibilidade do poder normativo. A de cunho mais restritivo identifica o regulamento como mera manifestação do poder regulamentar (para a fiel execução de leis), previsto no artigo 84, IV, da Constituição de 1988, de maneira que não se afiguraria possível a inovação no ordenamento jurídico através de ato normativo dessa natureza, bem como seria inaplicável à realidade brasileira a tese da delegação legislativa^{160 161}.

Por sua vez, a tese favorável à outorga de poder normativo às agências reguladoras defende que os regulamentos encontrariam espeque na tese da deslegalização e seriam dotados de respaldo constitucional, em perfeita sintonia com a atual visão acerca do princípio da legalidade.

Essa visão simpática ao poder normativo das agências foi bem sintetizada por Binenbojm, que faz referência à possibilidade de inovação no ordenamento jurídico, editando normas de caráter primário:

Dado o amplo grau de generalidade e abstração característico das leis de criação das agências (as chamadas *broad delegations*, como referidas na literatura publicista norte-americana), estas últimas são investidas de grande autonomia normativa, do que decorre, por inevitável imposição prática, a elaboração de normas jurídicas em caráter primário. A produção de normas com aptidão para inovar no ordenamento jurídico, criando direitos e obrigações, constituiria, assim, segundo parcela

¹⁵⁸ COUTO E SILVA, op. cit., p. 287.

¹⁵⁹ GUERRA, Glauco Martins. Agências Reguladoras no Brasil: Princípio da Legalidade e Regulação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito Regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 297.

¹⁶⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder Normativo da Administração Pública. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Silvio Luís Ferreira da; SAAD, Amauri Feres (coord.). **Direito Administrativo e Liberdade – estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 247 et. seq.

¹⁶¹ COUTO E SILVA, op. cit., p. 289-290.

significativa da doutrina nacional e alienígena, autêntica nota característica das agências reguladoras¹⁶².

Não é demais ressaltar que a norma regulatória, conforme leciona Souto, deve ser editada para disciplinar questões de ordem técnica, sem se imiscuir na seara política¹⁶³. Noutras palavras, a valoração política fica ao encargo da lei que cria a agência reguladora e traça os objetivos a serem alcançados naquele setor, cumprindo à autarquia regulatória estabelecer regras de natureza técnica com o fito de realizar estes fins.

Diante deste cenário, com a pretensão de sintetizar a ideia de independência normativa das agências reguladoras – uma das manifestações de sua autonomia reforçada –, é possível compreendê-la como a outorga de poder normativo pelo Legislativo à entidade da Administração Indireta para editar normas de natureza técnica no âmbito do respectivo setor regulado, com o escopo de realizar os objetivos traçados na lei.

¹⁶² BINENBOJM, op. cit., 2006, p. 260.

¹⁶³ SOUTO, op. cit., p. 28.

3 O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

3.1 Da Legalidade Administrativa à Juridicidade

3.1.1 Enquadramento do Princípio da Legalidade Administrativa

Fruto do Estado de Direito, o princípio da legalidade confere-lhe identidade própria e concretiza a ideia de subordinação da manifestação de vontade estatal à lei, com destaque para a necessidade de proteção do indivíduo contra o abuso de poder¹⁶⁴.

Em conjunto com o princípio da separação de poderes, que também teve papel importante na limitação do poder dos governantes (por meio da definição de funções distintas para os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário), a legalidade, corporificada na supremacia da lei, é a consagração da prevalência da vontade popular sobre a dos governantes, os quais devem se submeter às normas editadas pelo Parlamento.

Instituiu-se, assim, uma identificação entre a disciplina legal (fruto do Poder Legislativo) e a vontade do povo. Consequentemente, a conduta estatal passa a legitimar-se democraticamente quando em consonância com a lei, a qual se torna o instrumento apto a refletir os anseios da sociedade.

Acrescente-se que o surgimento do Estado de Direito está relacionado, de forma importante, com o liberalismo, que à época pregava a concepção minimalista e abstencionista de Estado, razão pela qual sua subordinação aos preceitos legais detinha não apenas o escopo de substituir a vontade do governante pela da sociedade, mas também um caráter eminentemente limitador da atuação estatal. Destarte, “o Estado passa a se submeter ao próprio direito que criou, sendo permitido ao Poder Público agir somente *secundum legem*, nunca *contra legem* ou *praeter legem*”¹⁶⁵.

O advento do princípio da legalidade introduz a previsibilidade na condução dos desígnios do Estado e se apresenta como verdadeira garantia aos direitos individuais dos cidadãos, haja vista que a lei não se circunscreve a promover a consagração de direitos, mas também impõe limites à atuação administrativa que se preste a restringir o exercício destes¹⁶⁶.

¹⁶⁴ MELLO, op. cit., 2013, p. 103.

¹⁶⁵ CARVALHO, op. cit., p. 50.

¹⁶⁶ DI PIETRO, op. cit., p. 64-65.

É nesse contexto que Medauar enaltece a qualidade de garantia do princípio da legalidade, já que a definição prévia de regras gerais e abstratas traz certeza jurídica e confere objetividade à conduta administrativa, afastando eventual subjetividade do governante:

O princípio da legalidade expressa a conotação administrativa do Estado de direito. Na sua concepção originária vincula-se à separação de poderes e a todo o conjunto de ideias que historicamente significaram oposição às práticas do período absolutista. Para a Administração, o princípio da legalidade traduzia-se em submissão à lei. No conjunto dos poderes do Estado traduzia a relação entre Poder Legislativo e Poder Executivo, com a supremacia do primeiro; no âmbito das atuações exprimia a relação entre lei e ato administrativo, com a supremacia da primeira. Contra o arbítrio da vontade pessoal do monarca, impunha-se a segurança da disposição impessoal e abstrata da lei. Mediante a submissão da Administração à lei, o poder tornava-se objetivado; obedecer à Administração era obedecer à lei, não à vontade instável da autoridade. Daí o sentido de garantia, certeza jurídica e limitação do poder contido na concepção primeira do princípio da legalidade administrativa. Nessa concepção a lei e, portanto, o princípio da legalidade colocaram-se em função de ideais de justiça [...]¹⁶⁷.

A lei surge como forma de limitação do poder estatal, na medida em que submete sua atuação e a de seus governantes à vontade popular. Apresenta-se como garantia contra arbitrariedades, promove o ideal de justiça e confere segurança e estabilidade às relações sociais.

Mostra-se necessário, então, distinguir o princípio da legalidade previsto no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que se caracteriza por ser garantia individual do cidadão, do princípio da legalidade administrativa, previsto no *caput* do artigo 37 do Texto Maior, norteador da Administração Pública.

O comando normativo do primeiro contém a seguinte redação: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, a significar que o particular tem liberdade para fazer tudo o que não for proibido por lei ou pode se conduzir da forma que melhor lhe aprouver, desde que a lei não determine uma conduta como necessária/obrigatória ou imponha alguma vedação.

O princípio da legalidade (artigo 5º, II, da CRFB/88) pode ser compreendido como liberdade de ação do indivíduo para conduzir sua vida de forma autônoma, de modo que qualquer restrição somente se faz possível por intermédio de lei em sentido formal, editada pelo Congresso Nacional, sendo excepcionais as hipóteses em que se admite a possibilidade de produção legislativa pelo Executivo, condicionada à apreciação por parte do Legislativo¹⁶⁸.

O conceito de legalidade reflete a ideia de que apenas as normas editadas pelo Poder Legislativo têm o condão de inovar na ordem jurídica, recaindo sobre o Parlamento o

¹⁶⁷ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 141-142.

¹⁶⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador, JusPodivm, 2012, p. 369.

protagonismo sobre o processo legislativo constitucional, de maneira tal que se cunhou a expressão “império da lei”¹⁶⁹.

Trata-se de um princípio com aplicação perante os particulares, no sentido de que tudo aquilo que não é vedado expressamente pela lei é considerado permitido (a significar a autonomia da vontade), e também perante o poder público, que deve pautar suas condutas de acordo com a disciplina legal, não podendo impor aos indivíduos qualquer ação que não esteja prevista em lei ou exigir a abstenção de qualquer conduta que não seja proibida pela legislação.

Mencione-se, ainda, que legalidade não se confunde com reserva legal. Não obstante exista íntima ligação entre tais institutos, a legalidade refere-se à relação de subordinação das pessoas, físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, às leis; por sua vez, reserva legal diz respeito à exigência constitucional de que determinados assuntos sejam disciplinados por lei em sentido formal.

No campo do Direito Administrativo, o princípio da legalidade recebe conotação específica. A acepção de legalidade constante do artigo 5º, II, da CRFB/88 aproxima-se da noção de liberdade, conferindo autonomia, nas relações privadas, para se fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. Já a ideia de legalidade administrativa é enxergada sob a perspectiva de limitação, isto é, a atividade administrativa é, por essência, vinculada à lei, razão pela qual sua atuação não pode desbordar do conteúdo da norma.

Assim sendo, a legalidade administrativa é conceituada doutrinariamente como a “consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, por conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei”¹⁷⁰.

Na visão de Mello¹⁷¹, o princípio da legalidade tem, ainda, o escopo de garantir a condução do poder público de forma impessoal, sem favorecimentos ou perseguições, o que somente seria possível através de normas gerais e abstratas editadas pelo Poder Legislativo. Em consequência, haveria também a finalidade de garantir que os exercentes do poder conduzam o Estado de acordo com a vontade geral, observadas as leis editadas pelo Parlamento, a quem compete legitimamente a representação popular, com esteio no princípio democrático.

¹⁶⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 564.

¹⁷⁰ MELLO, op. cit., 2013, p. 103.

¹⁷¹ Ibid., p. 103.

O princípio da legalidade, após superar o modelo liberal clássico de Estado, deixou de ter uma conotação meramente externa, para ganhar também uma conotação interna, ou seja, a lei não se apresenta apenas como limite à atividade administrativa, mas como seu fundamento de validade. O binômio liberdade-autonomia, facilmente identificável no âmbito privado, cede em face da “primazia da competência, onde a Administração Pública só pode fazer o que lhe é permitido pela Constituição e pela lei”¹⁷².

Nessa linha, a noção de legalidade administrativa está tradicionalmente inserida em dois contextos distintos, apesar de relacionados: a) supremacia da lei, da qual se extrai que a norma legal prevalece sobre os atos editados pela Administração Pública; b) reserva de lei, segundo a qual determinadas matérias devem necessariamente ser tratadas através de lei em sentido formal.

Na visão de Koressawa, o primeiro sentido retrata a preferência da lei, em que a legalidade é enxergada como limite, razão pela qual a conduta administrativa não pode contrariar o bloco de legalidade; já a reserva de lei coloca a legalidade como fundamento de validade para essa atuação:

O princípio da legalidade em sentido restrito assume dupla relevância: como preferência da lei e como reserva da lei. A preferência da lei significa que nenhum ato de administração pode violar o bloco de legalidade (legalidade-limite). Já a reserva da lei implica que nenhum ato de administração pode ser praticado sem fundamento no bloco de legalidade (legalidade-fundamento)¹⁷³.

Sem olvidar que o conceito mais conservador de legalidade administrativa vincula integralmente a atividade administrativa à lei, Baptista¹⁷⁴ aponta que esta concepção advém da doutrina francesa, em que seus contornos surgiram da noção de superioridade do Parlamento, segundo a qual a lei não era vista apenas como limite, mas sim como condição. Com efeito, a legalidade teria obtido conotação diferente na Alemanha, onde a legalidade é vista como uma limitação à atuação da Administração Pública. Nessa esteira, no primeiro caso teria prevalecido a noção de vinculação positiva da Administração à lei e, no segundo, a de vinculação negativa à lei. No Brasil, ao longo do tempo, vem prevalecendo a ideia de vinculação positiva.

3.1.2 Ampliação Conceitual do Princípio da Legalidade Administrativa

¹⁷² KORESSAWA, Elayne da Silva Ramos. **Controle Jurisdicional da Atividade Administrativa**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 38-39.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 39.

¹⁷⁴ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 96-97.

Paulatinamente, a ideia de vinculação positiva da Administração Pública à lei vem perdendo força no ordenamento jurídico pátrio. Na sociedade atual, essencialmente complexa e dinâmica, já não se fala que administrar é aplicar a lei de ofício. A estrita vinculação à lei pode ser explicada pelo contexto do surgimento do princípio da legalidade (quando se falava em Estado mínimo), já que a lei era instrumento apto a disciplinar um leque bastante diminuto de situações e o Poder Público pouco intervinha na esfera do particular. Entretanto, com o Estado providência, em que a demanda por atuações estatais cresceu exponencialmente, a capacidade de editar normas, nos moldes até então praticados, mostrou-se inadequada à nova realidade jurídico-política.

Baptista¹⁷⁵ enumera fatores que teriam levado à crise da lei formal. Primeiramente, em seu nascedouro, a lei vinculava-se à ideia de justiça, da qual se dissociou com o positivismo normativista, de modo que o *status* legal passou a ser decorrência da mera observância de determinado procedimento. Em segundo lugar, a lei não mais figura como mecanismo de expressão da vontade geral, seja porque as maiorias formadas nos parlamentos costumam representar apenas os interesses de determinadas categorias, seja porque o Executivo, hodiernamente, tem comandado, na prática, o processo legislativo. E, finalmente, aponta o fenômeno da inflação legislativa, fruto do crescimento exagerado do papel do Estado, o que gerou a edição de leis para as mais variadas situações, banalizando o sentimento de respeito e estabilidade que nutria anteriormente, bem como prejudicando o próprio conhecimento acerca da atividade normativa, especialmente o conteúdo das leis.

O desprestígio da legalidade também é objeto de análise de Binensbojm, para quem “a crise da lei é hoje um fenômeno quase tão universal quanto a própria proclamação do princípio da legalidade como o grande instrumento regulativo da vida social nas democracias constitucionais contemporâneas”¹⁷⁶, seja do ponto de vista estrutural, que reflete a crise de legitimidade dos parlamentos, seja sob a ótica funcional, traduzida na percepção de que a lei se apresenta como mecanismo hábil a fixar os parâmetros de conduta dos indivíduos e do próprio Estado, porquanto já não se revela como manifestação da vontade geral.

Nessa toada, o autor cita cinco motivos que ensejaram a crise da lei e da legalidade administrativa¹⁷⁷. Em primeiro lugar, a proliferação ou inflação legislativa, ou seja, o progressivo aumento das funções estatais e a crença positivista de completude do

¹⁷⁵ Ibid., p. 98 et. seq.

¹⁷⁶ BINENBOJM, op. cit., 2006, p. 125.

¹⁷⁷ Ibid., p. 127 et. seq.

ordenamento jurídico – em que o Legislativo deveria dispor acerca das mais diversas matérias – acabam por gerar insegurança e incerteza jurídica.

Em segundo, o abandono da vinculação entre lei e justiça, cujo ápice se deu com o positivismo normativista, conforme o qual a validade da norma não se relaciona ao seu conteúdo, bastando que seja editada em consonância com outra norma hierarquicamente superior. Tal concepção, como já demonstrou a história, para além de admitir injustiças, pode ser utilizada para legitimar abusos.

Em terceiro, percebe-se que a lei já não é vista como o instrumento mais importante de expressão da vontade geral. Com o advento do constitucionalismo, ganhou corpo a noção de norma jurídica, num sistema composto por regras e princípios. A lei não mais detém o protagonismo do sistema jurídico, que passa a recair sobre a Constituição, a qual possui superioridade formal e axiológica. Assim, “a Constituição se presta (i) não só como norma direta e imediatamente habilitadora de competências administrativas, como também (ii) serve de critério imediato de decisão administrativa”¹⁷⁸, a refletir o fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, de forma que atuação da Administração Pública somente se legitima quando em consonância com os ditames constitucionais, sejam princípios ou regras, independentemente da disciplina legal.

Em quarto lugar, menciona-se a existência de instrumentos normativos infraconstitucionais, diversos da lei, que servem como fundamento de validade para a atuação estatal, a exemplo de leis delegadas, medidas provisórias e regulamentos autônomos, bem como o fenômeno da deslegalização, que será abordado adiante. A consagração de tais espécies normativas está intimamente ligada à necessidade de maior celeridade, por parte do Estado, quanto às demandas da sociedade, especialmente no campo econômico.

Em quinto e último lugar, a crise da legalidade reside no controle (domínio) do processo legislativo pelo Poder Executivo, circunstância comum nos países de cultura ocidental. No caso brasileiro, este controle está presente nas iniciativas privativas da Chefia do Poder Executivo para a propositura de projetos de lei acerca de certas matérias, na possibilidade de o Chefe do Executivo trancar a pauta de deliberações do Legislativo e na formação de alianças parlamentares capazes de aprovar todos os projetos de lei de interesse do governo.

¹⁷⁸ Ibid., p. 131.

Oliveira¹⁷⁹ menciona outros dois fatores que fomentaram a crise da legalidade: (a) o desprestígio da democracia representativa, fruto da atuação dissonante dos representantes eleitos pelo povo em relação às expectativas depositadas pelos eleitores, associada à falta de instrumentos político-jurídicos capazes de garantir um controle social eficaz; e (b) a heterogeneidade dos interesses, característica de um Estado pluriclassista, em que diversos segmentos da sociedade passam a ter participação ativa no campo político, fazendo com que a interpretação acerca dos mais diversos temas deixe de ser unívoca, notadamente porque os detentores do poder econômico deixam de possuir a exclusividade da interpretação de questões jurídicas.

É neste cenário que a definição do princípio da legalidade vem sofrendo uma releitura, passando este a ser compreendido sob a ótica da constitucionalização de direitos, com o conseqüente abandono do conceito rígido firmado sob a égide do liberalismo. Otero anota que o “desenvolvimento do sentido e do valor da Constituição [...] veio impregnar a legalidade administrativa de uma dimensão constitucional que antes lhe era alheia”¹⁸⁰.

Nessa esteira, o advento da Constituição Federal de 1988 evidenciou o protagonismo das normas constitucionais no ordenamento jurídico. Por conseguinte, iniciou-se um processo de ampliação do conceito de legalidade, que não mais se resume à lei formal, caracterizando-se principalmente por normas e valores de envergadura constitucional:

A Constituição brasileira de 1988 determina que todos os entes e órgãos da administração pública obedeçam ao princípio da legalidade (art. 37, *caput*); a compreensão do princípio deve abranger não somente lei formal, mas também os preceitos decorrentes de um Estado democrático de direito, que é o modo de ser do Estado brasileiro, conforme prevê o art. 1º, *caput*, da Constituição; e ainda, deve incluir os demais fundamentos e princípios de base constitucional. Desse modo, vincula-se a atividade administrativa aos valores que informam o ordenamento como um todo, associando-se, de modo mais estreito, o Direito Administrativo às disposições constitucionais¹⁸¹.

O sistema jurídico fruto do constitucionalismo, marcado pela centralidade dos princípios e regras constitucionais, que influenciam a interpretação das demais normas do ordenamento jurídico, não se contenta com a literalidade da lei para fins de interpretação dos diplomas legais. Impõe-se a interpretação da legislação infraconstitucional de acordo com todo o ordenamento jurídico, especialmente visando à realização dos mandamentos constitucionais, com predominância do conteúdo sobre o texto.

¹⁷⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Método, 2013b, p. 75.

¹⁸⁰ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 158.

¹⁸¹ MEDAUAR, op. cit., 1992, p. 147.

O reconhecimento da força normativa da Constituição impulsionou a superação do conceito tradicional de legalidade, que passa a ser compreendida de forma ampla. A Administração Pública, sob o influxo da unidade do sistema jurídico, deixa de vincular-se somente à lei para relacionar-se principalmente aos valores e princípios constitucionais. Fala-se, então, em legalidade em sentido amplo ou, modernamente, em princípio da juridicidade.

O princípio da juridicidade é a unificação de todos os princípios afetos à Administração Pública. Os direitos de liberdade não estão na medida das leis, mas estas é que devem estar conforme os direitos; em vez de legalidade da Constituição, a constitucionalidade das leis. O controle de legalidade da Administração quer dizer hoje, ao mesmo tempo, controle de constitucionalidade; significa que também se controla a Administração em relação ao cumprimento do sistema de valores da Constituição. Verifica-se o que se convencionou chamar “ativismo constitucional” da Administração Pública, a ponto de afirmar-se que o Direito Administrativo é (ou deve ser) o Direito Constitucional concretizado¹⁸².

Schirato observa que, diante do aumento das atribuições impostas ao Estado, cresceu de forma expressiva a dificuldade de cunhar um preceito legal específico para cada atuação estatal, enfraquecendo o conceito de legalidade estrita, razão pela qual se iniciou o processo de reconstrução de suas bases teóricas. Conforme defende, faz-se necessário enxergar o princípio da legalidade administrativa sob a ótica do bloco de legalidade, ampliando seu conceito para englobar não apenas as leis, mas também a Constituição e demais normas e valores do ordenamento jurídico, de modo que o “Princípio da Legalidade passaria [...] a significar não apenas a obrigação de atuação da Administração Pública de acordo com a lei, mas sim a atuação de acordo com o Direito”¹⁸³.

O princípio da juridicidade apresenta-se exatamente nesse contexto. Propõe-se a superação do conceito tradicional de legalidade (vinculação positiva da Administração Pública à lei), a fim de que seja compreendida em sentido amplo. A juridicidade engloba a ideia tradicional de legalidade e vai além, devendo ser entendida como a vinculação da Administração a todo o ordenamento jurídico, principalmente aos valores e normas constitucionais.

A ideia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independentemente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais

¹⁸² KORESSAWA, op. cit., p. 42.

¹⁸³ SCHIRATO, Vitor Rhein. Algumas Considerações Atuais sobre o Sentido de Legalidade na Administração Pública. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 510.

(atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição)¹⁸⁴.

Tendo em vista que a estrita legalidade não atende aos anseios do constitucionalismo e que a atuação administrativa não deve decorrer apenas de expressa previsão legal, a evolução do conceito de legalidade alberga também a ideia de legitimidade, no sentido de que a conduta administrativa somente será legítima quando, “além de aspectos formais de atendimento das regras legais, observam-se materialmente os valores sociais consagrados expressamente como fundamentos do ordenamento na Constituição”¹⁸⁵.

A juridicidade vem consagrar a subordinação da Administração Pública ao direito, considerado em sua integralidade, e não apenas na acepção vetusta conferida ao princípio da legalidade de vinculação estrita à lei, mas sim levando em consideração também as normas – princípios e regras – e os valores consagrados na Constituição.

Há todo um bloco de legalidade que condiciona a atuação administrativa, a qual deve prezar pela concretização dos valores consagrados na sociedade e pela efetividade dos mandamentos constitucionais. Soma-se a isso o protagonismo da Administração em relação às atribuições que o Estado vem acumulando nas últimas décadas, circunstância que faz nascer a necessidade de se conferir uma autonomia maior à sua atuação, no sentido de maior independência perante o Poder Legislativo, ainda que não se reconheça possível a inteira desconexão em relação à norma legal.

Conforme Miragem:

a submissão da Administração Pública ao princípio da legalidade, cuja concepção clássica preconizava o condicionamento da ação administrativa à prévia existência de lei que a autorize, assim como da própria acepção formal da lei como produto do processo legislativo ordinário do parlamento, está em vias de superação. Em seu lugar, devido à centralidade da Administração Pública ante as novas incumbências atribuídas ao Estado em matéria de serviços públicos ao longo do último século, passa-se a admitir um maior nível de autonomia da ação administrativa, que se não dissociada da lei aprovada pelo Parlamento, certamente depende menos desta, uma vez que há uma tendência cada vez maior de atribuir prerrogativas de criação normativa ao próprio Poder Executivo. E nesta mesma linha, a própria noção de legalidade desprende-se do significado tradicional da lei parlamentar, para significar concepção mais ampla de juridicidade da ação administrativa, associada a uma concepção de legalidade substancial cuja centralidade desloca-se para a Constituição e seu sistema de direitos e garantias fundamentais do indivíduo¹⁸⁶.

Com o intuito de melhor explicar o princípio da legalidade, Medauar, fazendo referência ao autor francês Eisenmann, enumera quatro significados clássicos para a legalidade administrativa, partindo da concepção de que a Administração está sujeita aos preceitos legais:

¹⁸⁴ BINENBOJM, op. cit., 2006, p. 143.

¹⁸⁵ CARVALHO, op. cit., p. 53.

¹⁸⁶ MIRAGEM, op. cit., p. 174.

a) a Administração só pode editar atos ou medidas que não sejam contrários à lei; b) a Administração só pode editar atos ou medidas que uma norma autoriza; c) somente são permitidos atos cujo conteúdo seja conforme a um esquema abstrato fixado por norma legislativa; d) a Administração só pode realizar atos ou medidas que a lei ordena fazer¹⁸⁷.

Percebe-se que foi estabelecida uma gradação conceitual, com início numa noção mais branda, definidora de ampla liberdade de atuação para o Poder Público (que encontra limites nas vedações legais), e fim numa acepção mais restritiva, que somente faculta à Administração conduzir-se nos exatos termos previamente indicados na lei.

Seguindo ponto de vista semelhante, Miragem¹⁸⁸ também aborda a questão e realiza uma gradação do conceito de legalidade em quatro acepções: a) primeira: o Poder Público possui ampla liberdade de atuação, encontrando limite nas vedações legais, de modo que a Administração Pública pode adotar qualquer conduta, desde que não contrarie as normas previstas no ordenamento jurídico; b) segunda: a Administração Pública pode atuar nos limites da autorização legal ou constitucional, sendo desnecessário que a lei defina com previsão o conteúdo da atuação administrativa, portanto, faz-se suficiente a simples atribuição de competência; c) terceira: a conduta administrativa está condicionada à existência de norma legal ou constitucional prévia, não sendo suficiente a simples atribuição de competência, isto é, exige-se que o preceito normativo defina os termos em que se dará a respectiva atuação; d) quarta: a atuação da Administração Pública não só depende de uma norma legal ou constitucional que atribua competência e defina seu respectivo conteúdo, mas também configura verdadeiro dever de ação.

Na linha defendida por Medaur¹⁸⁹, o conceito mais restritivo não encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a inviabilidade prática de a atuação administrativa restringir-se ao que a lei expressamente lhe determina ou faculta fazer. A seu turno, o terceiro sentido mencionado por ela coloca a Administração como mera executora das normas legais, algo que já não prevalece na atualidade. Desta feita, defende que o ordenamento jurídico pátrio acolheu a segunda acepção, de modo que os atos emanados do Poder Público demandam apenas habilitação legal, isto é, faz-se necessária uma norma legal ou constitucional que atribua competência.

Outro não é o entendimento de Aragão, para quem a ação administrativa não precisa estar inteiramente predeterminada pela lei, sendo suficiente, com amparo no princípio da

¹⁸⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 127.

¹⁸⁸ MIRAGEM, op. cit., p. 175.

¹⁸⁹ MEDAUAR, op. cit., 2009, p. 127-128.

juridicidade, que a Administração Pública atue autorizada por lei e reflita os valores constitucionais, lastreada em parâmetros básicos definidos pela legislação:

O princípio da legalidade administrativa significa, então, nessa acepção, que a Administração Pública, ao contrário do particular, que pode fazer tudo que a lei não proíba, só pode fazer aquilo que a lei (aqui entendida de forma larga, como ordenamento jurídico) esteie. A lei não precisa preordenar exaustivamente toda a ação administrativa, bastando fixar os parâmetros básicos que a Administração Pública deve observar ao exercer os poderes por ela conferidos. E, em casos bem extremos, não pode ser descartada a possibilidade de a Administração Pública atuar, inclusive restringindo direitos e criando obrigações, direta e exclusivamente por força da necessidade de preservar valores e princípios constitucionais¹⁹⁰.

Acerca do tema, impõe-se registrar a posição de Otero. Para o autor português, a visão tradicional do princípio da legalidade administrativa encontra-se “desesperadamente ultrapassada”, de maneira que já não pode ser visto sob uma perspectiva fechada e rígida:

em vez disso, assiste-se a uma progressiva indeterminação e abertura densificadora da normatividade a favor da Administração Pública que, por esta via, adquire um crescente activismo na revelação e construção das soluções concretas e regulamentares, conferindo-se uma inerente maleabilidade à legalidade administrativa, que vive tempos de erosão do seu habitual e repetido papel puramente vinculativo da actuação administrativa¹⁹¹.

Sob a ótica atual do princípio da legalidade, que se amplia, passando a ser compreendido como juridicidade, não se mostra viável que a lei preordene toda e qualquer atuação administrativa, minudenciando-as. A Administração Pública deverá conduzir-se pautada pelos preceitos legais e, sobretudo, pelos constitucionais. Com efeito, não se encontra limitada à fiel execução da lei.

No contexto da sociedade que hoje se vivencia, não se afigura plausível exigir da lei a ideia de completude, de inesgotabilidade acerca da disciplina da atividade administrativa. A Administração Pública deve ter postura ativa na interpretação e realização do direito, não se limitando apenas à sua mera execução.

Koressawa traz salutar explanação acerca do tema:

tal como o poder judicial ao ser chamado a aplicar a lei desenvolve uma função participante no Estado de Direito, também a Administração ao agir participa na realização do Estado de juridicidade: *a Administração deve, em cada actuação, tornar viva a ideia de Direito*. Por isso, não pode o Direito impor à Administração o papel de cúmplice da violação da ideia de Direito, sob pena de a ordem jurídica negar-se a si própria. Em consequência, perante flagrantes leis injustas, a Administração deverá recusar-lhes obediência, decidindo *contra legem* ou *contra constitutionem*, sem prejuízo de tais decisões estarem sempre sujeitas a controle¹⁹².

Registre-se, por fim, que não se está a admitir que à Administração Pública seja facultado adotar qualquer conduta não vedada por lei. Com efeito, não se pode esperar uma estreita vinculação da atuação administrativa às regras estabelecidas pelo legislador. A

¹⁹⁰ ARAGÃO, op. cit., 2013b, p. 89.

¹⁹¹ OTERO, op. cit., p. 894.

¹⁹² KORESSAWA, op. cit., p. 46-47.

atuação estatal deve respeitar sempre os valores consagrados no ordenamento jurídico, notadamente as normas de envergadura constitucional, o que não significa a exigência de prévia e expressa previsão legal para agir. É assim que se compreende, hodiernamente, que a atuação do Poder Público demanda apenas uma autorização legal, uma atribuição de competência, sem olvidar a indispensável observância aos valores e normas da Constituição.

3.2 O Poder Normativo das Agências Reguladoras ante o Princípio da Legalidade (Juridicidade)

As agências reguladoras brasileiras, instituídas sob a forma de autarquias em regime especial e dotadas de independência, surgiram no Brasil num movimento reducionista da intervenção estatal, com a conseqüente diminuição da máquina pública, fruto da passagem de um modelo de Estado social para outro denominado de Estado regulador, imerso em ideais neoliberais.

Entre as principais características das agências reguladoras, o poder normativo destaca-se como um dos mais importantes mecanismos de atuação; ao mesmo tempo, recaem sobre ele as questões mais controvertidas, uma vez que “a elas está sendo dado o poder de ditar normas com a mesma força de lei e com base em parâmetros, conceitos indeterminados, *standards* nela contidos”¹⁹³.

Observa Lehfeld que o poder normativo das agências decorre da própria descentralização administrativa, a qual lhes confere capacidade normativa, de maneira que passam a ser dotadas de competência para editar regras, sempre em consonância com a legislação de referência¹⁹⁴.

Todavia, a constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras é alvo de questionamentos, destacando-se uma suposta incompatibilidade com os princípios constitucionais da separação de poderes e da legalidade, notadamente porque os regulamentos promoveriam inovação na ordem jurídica, o que não seria, em tese, admissível.

3.2.1 A Normatividade dos Regulamentos Expedidos pelas Agências Reguladoras

A doutrina discute se os regulamentos expedidos pelas agências reguladoras estariam inteiramente subordinados à lei ou se poderiam ir além, instituindo obrigações para os

¹⁹³ DI PIETRO, op. cit., 2014, p. 545.

¹⁹⁴ LEHFELD, op. cit., p. 263.

particulares. Assim, é necessário analisar, preambularmente, a natureza do poder normativo das agências reguladoras, a fim de identificar se se trata de mero exercício do poder regulamentar, concebido pela Constituição em seu artigo 84, inciso IV, o qual faculta ao Executivo a edição de normas complementares às leis, visando à sua fiel execução, ou se sua normatividade permitiria a criação de deveres, com amparo apenas em parâmetros legais não definidores de condutas específicas.

Prevalendo entendimento mais restritivo, às agências reguladoras não seria facultado o exercício de poder normativo com aptidão para inovar, uma vez que este apenas teria sido deferido ao Poder Executivo nos casos de edição de medidas provisórias e leis delegadas¹⁹⁵. Por conseguinte, o regulamento não seria mecanismo hábil a disciplinar e estabelecer comportamentos, qualificando-se como ato infralegal meramente complementar, motivo por que estaria restrito a dispor acerca de organização e funcionamento interno.

Defendida no Brasil por Mello, tal concepção propugna que ao Executivo (no qual estão inseridas as autarquias regulatórias) somente se possibilitou a edição de regulamentos executivos, pois a inovação no ordenamento jurídico, sobretudo a imposição de deveres, estaria restrita à edição de lei formal, por força do artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988. Deste modo, seria vedada qualquer tentativa de delegação legislativa. A exceção ficaria por conta da denominada supremacia especial da Administração Pública, que também alcançaria o poder normativo das agências:

Dado o princípio constitucional da legalidade, e conseqüente vedação a que atos inferiores inovem inicialmente na ordem jurídica [...], resulta claro que as determinações normativas advindas de tais entidades hão de se cifrar a aspectos estritamente técnicos, que estes, sim, podem, na forma da lei, providenciar providências subalternas, conforme se menciona no Capítulo VI, ns. 35 38, ao tratar dos regulamentos. Afora isto, nos casos em que suas disposições se voltem para concessionários ou permissionários de serviço público, é claro que podem, igualmente, expedir as normas e determinações da alçada do poder concedente [...] ou para quem esteja incluso no âmbito doméstico da Administração. Em suma: cabe-lhes expedir normas que se encontrem abrangidas pelo campo da chamada “supremacia especial”¹⁹⁶.

Numa postura intermediária, Di Pietro¹⁹⁷ defende que somente à ANATEL e à ANP foram deferidos poderes normativos diferenciados, com fulcro na previsão dos artigos 21, inciso XI, e 177, § 2º, inciso III, ambos da Constituição Federal de 1988. Quanto às demais agências, o poder normativo seria idêntico ao exercido por outros órgãos e entidades administrativas.

¹⁹⁵ OLIVEIRA, op. cit., 2013a, p. 132.

¹⁹⁶ MELLO, op. cit., 2013, p. 176-177.

¹⁹⁷ DI PIETRO, op. cit., 2014, p. 545-546.

Por esta perspectiva, ficaria proibida a regulação de matérias não disciplinadas em lei, sob pena de inconstitucionalidade. Nem mesmo seria possível falar em exercício do poder regulamentar, pois este é privativo do Chefe do Executivo; caso se entenda possível sua delegação, essa teria de ser feita pela autoridade que detém o respectivo poder, jamais pelo legislador.

Todavia, tais entendimentos (mais restritivos) não vêm prevalecendo na atualidade. A doutrina, majoritariamente, entende legítimo o poder normativo das agências reguladoras, pelos fundamentos a seguir expostos.

Carvalho Filho¹⁹⁸ advoga tese segundo a qual inexistente inconstitucionalidade no poder normativo deferido às agências, que exerceriam função meramente administrativa. O autor reconhece que os regulamentos são dotados de abstração e generalidade, ou seja, foram editados de forma genérica, aplicando-se a número indeterminado de pessoas. Entretanto, careceriam de inteira inovação no ordenamento jurídico, uma vez que estão sempre amparados nas leis disciplinadoras do setor regulado, as quais definem *standards*, vetores de atuação para a edição das regras instituídas pela respectiva autarquia regulatória.

Nessa linha, considerando a natureza administrativa do poder normativo das agências reguladoras, restaria afastada qualquer alegação de usurpação da função legislativa. Pelo contrário, não obstante o caráter geral e abstrato dos regulamentos, a estabelecer regras de natureza técnica acerca do setor regulado, caracterizar-se-ia o exercício do poder regulamentar, equiparado aos decretos expedidos pelos Chefes do Poder Executivo, de modo que seu fundamento de validade seria sempre a lei:

Parece, pois, que, por autorização das respectivas leis, as agências reguladoras exercem função regulamentadora, tendo por escopo estabelecer, em caráter geral, abstrato e impessoal, disciplina técnica a respeito de certos setores econômicos ou relativos à prestação de serviços públicos. Semelhante função regulamentar – diga-se por oportuno – é direta, vale dizer, origina-se diretamente da lei, inexistindo, por via de consequência, qualquer outro ato intermediário entre a lei e o ato normativo da agência. Tem, portanto, a mesma natureza dos decretos expedidos pelos Chefes do Executivo, quando também destinados ao exercício da função regulamentar¹⁹⁹.

Todavia, é cabível realizar uma precisa diferenciação entre o poder normativo das agências reguladoras e o poder regulamentar, próprio da Chefia do Executivo. Na visão de Guerra²⁰⁰, o Direito Administrativo distingue o poder normativo regulador do poder

¹⁹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e Poder Normativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 65.

¹⁹⁹ Ibid., p. 67.

²⁰⁰ GUERRA, Glauco Martins. Princípio da Legalidade e Poder Normativo: Dilemas da Autonomia Regulamentar. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 74.

regulamentar, no sentido de que o primeiro refere-se à edição de normas em sentido estrito (materiais e autônomas), diferentemente do segundo, que se destina apenas a destrinçar as condutas da Administração na execução de leis.

Por sua vez, ensina Souto, com acerto, que a função regulamentar e a função reguladora são diferentes e encontram amparo em diferentes dispositivos constitucionais, respectivamente, artigos 84, IV, e 174, sendo a primeira exercida privativamente pelo Chefe do Poder Executivo, por intermédio da expedição de decretos para a fiel execução da lei, enquanto os regulamentos/resoluções não se prestam a orientar a aplicação da lei, mas sim a estabelecer regras de natureza técnica:

a regulação não se confunde com a regulamentação [...], nem se limita à edição de normas. Enquanto a regulação é técnica, a regulamentação é política (havendo legitimidade eleitoral para tanto, o que não ocorre na regulação, que se limita a implementar a decisão política); a regulação atende a interesses coletivos (setoriais), a regulamentação a interesses públicos (gerais)²⁰¹.

Tanto o poder regulamentar do Executivo quanto o poder normativo das agências reguladoras possuem o devido amparo no plano constitucional – a Constituição Federal de 1988 dedicou-se a definir ambas as competências normativas. Ocorre que não é possível enquadrá-las sob o mesmo manto, uma vez que elas não possuem a mesma natureza jurídica.

Não há como reduzir o poder normativo das agências reguladoras, equiparando-o ao poder regulamentar, que se restringe à fiel execução da lei. Os regulamentos, ao contrário, têm força para disciplinar um leque amplo de situações no âmbito do respectivo setor regulado, instituindo deveres e impondo condutas, sem que isso signifique usurpação de atribuição do Poder Legislativo e/ou violação ao princípio da legalidade.

As autarquias regulatórias não usurpam a função legislativa, já que a competência para editar leis permanece com o Poder Legislativo. O poder normativo das agências não afasta o poder de legislar, conformando-se como um aprofundamento da atuação normativa estatal, tendo em vista a necessidade de normas com caráter técnico, específicas para atender às exigências de determinado setor:

a agência não é usurpadora da função legislativa. Esta continua a caber ao Poder Legislativo, que edita leis, frequentemente com um grau de abstração e generalidade que não mais atende aos novos padrões da sociedade, sendo necessárias normas que tratem das especificidades, que realizem o planejamento dos setores, viabilizem a intervenção do Estado em garantia do cumprimento ou da realização daqueles valores. Daí a atribuição de poder normativo para as agências, o qual não exclui o poder de legislar, mas mero aprofundamento da atuação normativa do Estado²⁰².

No plano fático, imerso nessa sociedade eminentemente dinâmica, complexa e mutável, recai sobre o Estado uma crescente demanda por respostas estatais rápidas e precisas

²⁰¹ SOUTO, op. cit., p. 247.

²⁰² Ibid., p. 247-248.

acerca de questões substancialmente relevantes. Nesse desiderato, os regulamentos expedidos pelas agências reguladoras, de caráter técnico e confeccionados por pessoas jurídicas de direito público com destacada especialização na matéria, apresentam-se como veículos importantes de intervenção estatal no domínio econômico:

a crescente complexidade da vida social e econômica e a velocidade das transformações de que são parte, vêm exigindo do Estado, especialmente por intermédio da Administração Pública, uma atuação mais ágil e eficiente, seja no tocante a sua intervenção no domínio privado, ou mesmo no exercício de suas funções típicas em vista da melhoria da ação administrativa, no exercício do poder de polícia e do poder regulamentar. Da mesma forma, o desenvolvimento técnico da sociedade e a expansão das atividades do Estado vêm assinalando a importância do regulamento como fonte de maior flexibilidade e mesmo mais pertinente à normatização de aspectos técnicos em relação aos quais o legislador não deve dispor em face de sua mutabilidade e exigência de conhecimentos especializados para a adequada compreensão²⁰³.

Ao mencionar argumento favorável ao exercício da função regulatória, Binenbojm cita a inviabilidade prática de a disciplina de questões técnicas permanecer a cargo da lei em sentido formal, haja vista que o Legislativo não possui a *expertise* e a agilidade para fornecer à sociedade, de forma célere, as respostas que ela demanda, motivo por que se faz compreensível, diante desta ótica, que tal encargo seja atribuído ao Executivo:

De fato, um Estado que toma para si a função regulatória deve estar preparado para as inúmeras questões de ordem técnica que devem prontamente ser atendidas. Não sendo a lei formal e a estrutura parlamentar – com o seu moroso processo legislativo – capazes de tratar dessas questões, resta ao Administrador fazê-lo. É absolutamente impossível (e indesejável) que todas as múltiplas atribuições e necessidade de decisões administrativas regulatórias pudessem estar previamente determinadas pela lei. Daí a fixação de atribuições normativas diretas para o Poder Executivo, enquanto órgão administrativo por excelência²⁰⁴.

Observa Moreira Neto²⁰⁵ que as normas editadas no exercício da atividade regulatória possuem natureza eminentemente técnica (distanciadas do viés político), de modo que se apresentam como a via mais adequada para regradar questões de tal natureza. Contudo, nem sempre se fez necessária a distinção entre escolhas político-administrativas e matérias de ordem predominantemente técnica, porquanto o Parlamento, historicamente, albergou integralmente ambas as competências. A necessidade de segmentação surge apenas com a crescente “complexificação da conveniência social”, a fim de evitar a obsolescência de regras de ordem técnica no plano legal.

Caminha-se, assim, no sentido de uma redefinição do conceito de legalidade administrativa, com lastro num irrecusável anseio da sociedade moderna, dinâmica por

²⁰³ MIRAGEM, op. cit., p. 180.

²⁰⁴ BINENBOJM, op. cit., 2006, p. 135.

²⁰⁵ MOREIRA NETO, op. cit., 2003, p. 117.

essência, que passa a exigir respostas rápidas do Estado e, ao mesmo tempo, deposita nele a expectativa de que essas respostas sejam tecnicamente fundamentadas.

O fortalecimento do papel do Executivo, somado à necessidade de agilidade e de manifestações pautadas por conhecimentos técnicos especializados, atuou como catalisador para a releitura do princípio da legalidade, de maneira que hoje se admite, de um lado, a distinção entre reserva absoluta e reserva relativa de lei, e, de outro, entre reserva de lei formal ou material²⁰⁶.

Reserva legal absoluta refere-se à exigência de que determinada matéria seja inteiramente tratada no âmbito do Poder Legislativo, sem que remanesça qualquer margem para a atuação discricionária dos agentes públicos²⁰⁷. Por sua vez, a reserva legal relativa diz respeito à desnecessidade de um regramento exaustivo da matéria no plano legal, permitindo que o legislador se restrinja a fixar parâmetros de atuação, os quais demandarão posterior complementação por atos infralegais emanados dos órgãos administrativos.

Cabível também distinção entre reserva de lei formal e material. No primeiro caso, a disciplina de determinada matéria é exclusiva do Poder Legislativo, na forma rigidamente descrita no Texto Constitucional. Deste modo, verifica-se a reserva de lei formal “quando determinada matéria possa ser tratada por ato emanado do Poder Legislativo, mediante adoção do procedimento analítico ditado pela própria Constituição”²⁰⁸. No segundo, fala-se em atos materialmente legislativos, a significar que possuem força de lei, apesar de não emanados do Parlamento.

Ao serem deferidos poderes normativos à Administração Pública, a concepção clássica de legalidade foi atenuada, admitindo-se a edição de normas gerais e abstratas e permitindo que o Executivo crie direito positivo²⁰⁹. Nessa linha, Castro aponta o poder normativo das agências reguladoras como instrumento apto a reger o exercício de autonomias individuais:

com a menção ao vocábulo lei, há de entender-se, já agora, não mais necessariamente a lei formal, dita ordinária, elaborada pelas Casas Legislativas dotadas de representação popular, por isso que, como sói acontecer hodiernamente, a outras modalidades de atos normativos, sejam equiparados à lei formal, sejam a ela inferiores, mas editados com base nela, já se confere aptidão para reger o exercício

²⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. Constituição e Ordem Econômica e Agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, fevereiro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 29/1/2015, p. 15.

²⁰⁷ MOREIRA NETO, op. cit., 2003, p. 57

²⁰⁸ Ibid., p. 57.

²⁰⁹ ARAGÃO, op. cit., 2013b, p. 435.

das autonomias individuais, desde que respeitado, como antes se anotou, o núcleo fundamental das liberdades primárias tuteladas na Constituição²¹⁰.

O poder normativo das agências reguladoras insere-se no contexto de alargamento do princípio da legalidade, também denominado de juridicidade. Isto significa que os regulamentos compõem o bloco de legalidade, sendo capazes de instituir deveres e impor condutas aos particulares, sem que se configure violação ao disposto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988. Os regulamentos, dotados de abstração e generalidade configuram-se como verdadeiras normas, sendo aplicáveis a um número indeterminado de pessoas.

Com efeito, do conceito juridicidade, o qual confere nova roupagem ao princípio da legalidade, extrai-se a noção de que a atuação da Administração Pública demanda uma norma atributiva de competência, isto é, uma habilitação legal para conduzir-se em prol do interesse público, sempre com respeito ao ordenamento jurídico integralmente considerado, em especial aos valores e normas constitucionais. Noutras palavras, “a delegação, ainda que possível, não pode ser ‘em branco’, isto é, desacompanhada de parâmetros ou diretrizes obrigatórias”²¹¹.

Em reforço à necessidade de lei que respalde a atuação das agências reguladoras no exercício de seu poder normativo, Carvalho Filho aduz: “ainda que dotada de grande amplitude, a regulamentação feita pelas agências [...] terá que adequar-se aos parâmetros da respectiva lei permissiva”²¹², haja vista que “a delegação legislativa não é ilimitada, mas, ao contrário, subjacente a normas e princípios estabelecidos na lei”²¹³.

Na dicotomia entre reserva legal absoluta e relativa, afasta-se a ideia de reserva legal absoluta, pela qual a disciplina da matéria respectiva deve ser integralmente disciplinada por lei (expedida pelo Poder Legislativo), para inserir o poder normativo das agências reguladoras num campo de reserva legal relativa que contempla a atuação do Poder Público no sentido de dar efetividade à norma.

Neste ponto, mostra-se importante observar que a configuração oitocentista do princípio da legalidade administrativa vem sendo objeto de reformulação, com reflexo sobre a noção de reserva legal. No direito comparado, Otero já sustenta que à Administração Pública

²¹⁰ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Função Normativa Regulatória e o Novo Princípio da Legalidade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 37-38.

²¹¹ MOREIRA NETO, op. cit., 2003, p. 59.

²¹² CARVALHO FILHO, op. cit., 2011, p. 67

²¹³ Ibid., p. 67.

é facultada, em regra, a atuação com fundamento direto na Constituição, exceto nos casos de reserva de lei expressamente definidos no texto constitucional²¹⁴.

Encontra-se aqui exposta, por conseguinte, uma via de rotura do mito da onipotência da lei em face da Administração Pública e da conseqüente menoridade ou inferioridade da Constituição perante a lei no âmbito da função administrativa: em vez de a eficácia operativa das normas constitucionais estar sempre dependente da lei na sua vinculatividade para a Administração Pública, tal como se encontra subjacente ao pensamento liberal oitocentista. A lei deixou de ter hoje o monopólio habilitante da actividade administrativa, registrando-se que a aplicação da Constituição à Administração Pública e pela Administração Pública não exige necessariamente a mediação legislativa²¹⁵.

O referido autor acrescenta, ainda, que a substituição da lei pela Constituição no papel de centralidade na atribuição de competências aos órgãos da Administração Pública (desmistificação da onipotência da lei ou debilitação da centralidade da lei) afasta a máxima operatividade do princípio da precedência da lei em relação à Administração, inclusive no que concerne à intervenção de normas de diversas naturezas (utilizando o Direito Comunitário e o Direito Internacional como exemplos)²¹⁶.

No âmbito das agências reguladoras não se fala em ausência de intermediação legal entre os regulamentos e a Constituição. Verifica-se a utilização das denominadas leis-quadro, que se caracterizam por definir parâmetros de atuação a serem posteriormente integrados por ato normativo diverso de lei, no caso, o regulamento. Assim, considerando a complexidade e a tecnicidade da matéria, as leis limitam-se a definir *standards*, fins a serem perseguidos, configurando-se como de baixa densidade normativa.

Frise-se que as competências legislativas foram conferidas ao Poder Legislativo, razão por que é necessário, mesmo na seara da reserva legal relativa, que a norma legal defina contornos mínimos (princípios a serem seguidos e objetivos a serem alcançados) acerca da disciplina de cada matéria, como forma de orientar a edição dos regulamentos e permitir o controle. Não se afigura possível a simples transferência de competência normativa sem a definição de parâmetros mínimos de atuação, o que representaria “verdadeira abdicação da função de legislar sobre o assunto, aí sim, uma subversão da legalidade e do sistema de distribuição de competências previsto na Constituição”²¹⁷.

Desta maneira, o deferimento de poder normativo às agências não refletiria uma recusa ao exercício de competência outorgada pela Constituição, mas o reconhecimento de que o Legislativo não é capaz de esgotar a disciplina de todas as matérias, sobretudo quando

²¹⁴ OTERO, op. cit., p. 734.

²¹⁵ Ibid., op. cit., p. 735.

²¹⁶ Ibid., op. cit., p. 743.

²¹⁷ BRUNA, Sérgio Varella. **Agências Reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 117.

se referem a questões eminentemente técnicas. O poder normativo das autarquias regulatórias não se equipara hierarquicamente à lei, mas não se limita à expedição de regras destinadas a sua fiel execução, assim como não se presta a desrespeitá-la.

Como expõem Moreira e Caggiano:

Este dever-poder normativo atribuído às agências, portanto, decorre de autorização legal, e nada obstante os atos dele decorrentes deterem força normativa, isto não significa que estejam num mesmo nível hierárquico de lei. Os regulamentos das agências reguladoras são norma, e por isso vinculam os agentes regulados. Contudo, visam a cumprir a lei – e não a substituí-la. Daí por que os elementos estabelecidos nas leis autorizadas são um primeiro limite aos regulamentos expedidos pelas agências – eles devem ser conforme, e não *contra legem*²¹⁸.

Os regulamentos possuem caráter normativo, em que pese acharem-se submetidos aos parâmetros definidos pela lei de regência do setor correspondente, vinculando as pessoas que compõem de forma direta ou indireta o setor regulado. Assim, cumpre reforçar a impossibilidade de as agências reguladoras instituírem obrigações independentemente de amparo legal, ou seja, sem que a lei contemple tal autorização; esta poderá aparecer sob a forma de *standards*.

Nesse sentido, Bruna enquadra o poder normativo das agências no conceito de regulamentos autorizados (ou por delegação), por se tratar de competência normativa conferida pelo Legislativo ao Executivo diante de circunstâncias mutáveis e essencialmente técnicas, em que o primeiro se limita a estabelecer princípios gerais e ao segundo incumbe a expedição do respectivo regramento²¹⁹.

O poder normativo é atributo das agências reguladoras, compondo a sua essência. Negar-lhes a edição de regulamentos, dotados de abstração e generalidade, aptos a impor condutas, é ceifar a autarquia regulatória de seu principal e mais característico mecanismo de atuação. Destarte, é possível afirmar que “a descentralização normativa, principalmente de natureza técnica, é a razão de ser das entidades reguladoras independentes”²²⁰, ou seja, a competência normativa está inserida no próprio conceito de regulação.

Nesse diapasão, considerando o caminho traçado pela doutrina no sentido de ampliar o conceito de legalidade, entendendo-o como exigência de respeito ao Direito, e não apenas à lei em sentido formal, é inegável que o ordenamento jurídico pátrio comporta a sistemática do poder normativo das agências reguladoras, o qual não se confunde com o poder regulamentar

²¹⁸ MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF: mutação constitucional do princípio da legalidade? **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97658>>. Acesso em: 23/1/2015, p. 7.

²¹⁹ BRUNA, op. cit., p. 93.

²²⁰ ARAGÃO, op. cit., 2013b, p. 414.

previsto no artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, não se limitando à fiel execução da lei.

Os regulamentos expedidos no exercício da atividade regulatória caracterizam-se como normas, porém, “no direito público, as normas reguladoras surgem como espécies normativas *sui generis*, distintas das normas legais tradicionais, empregadas no Direito Administrativo”²²¹. Portanto, as normas reguladoras não se confundem com as normas legais, originárias do Poder Legislativo, tampouco com as regulamentares, provenientes do Poder Executivo. Não obstante editadas no âmbito da Administração Pública, as normas reguladoras possuem natureza jurídica própria.

Não há como recusar normatividade aos regulamentos expedidos pelas agências reguladoras, assim como não se pode falar em violação ao princípio da legalidade, atualmente compreendido como juridicidade. Na linha do exposto anteriormente, a evolução acerca da compreensão de legalidade não se compatibiliza com um conceito que necessite disciplinar toda e qualquer conduta estatal por meio de lei em sentido formal.

Embora se deva respeito à lei, na perspectiva de estar em consonância com *standards* nela contidos, e aos preceitos constitucionais, os regulamentos não se limitam a reproduzir a lei ou a definir procedimentos para a sua aplicação. O poder normativo das agências reguladoras é instrumento apto para definir regras de conduta, capaz de instituir deveres e obrigações, inovando no ordenamento jurídico, sem que isso implique ofensa ao princípio da legalidade.

Em síntese, o poder normativo das agências reguladoras, conquanto necessite respeitar os parâmetros estabelecidos pela lei que autoriza a edição de regulamentos, não se encontra limitado a ela. Os regulamentos são dotados de criatividade, instrumentos aptos a inovar no ordenamento jurídico, criando deveres e obrigações, com interferência direta sobre a liberdade do particular, desde que pautados por argumentos técnicos e se restrinjam a determinado setor.

Esta limitação conforma o respeito à sua competência. Assim, considerando que o poder normativo está subordinado à juridicidade, segundo a qual a atuação da Administração Pública demanda habilitação legal, e que as agências reguladoras somente estão habilitadas a disciplinar questões técnicas e no respectivo âmbito setorial, o respeito à ampla legalidade, denominada atualmente de juridicidade, está condicionado ao cumprimento de tais requisitos, sob pena de violação do bloco de legalidade, seja no plano legal, por desrespeitar a

²²¹ MOREIRA NETO, op. cit., 2003, p. 113.

delimitação de competência constante da lei, seja no plano constitucional, por ofender reflexamente o princípio da legalidade.

Por fim, não se pode olvidar que a teoria da deslegalização é utilizada para justificar o poder normativo das agências reguladoras, sendo definida por Moreira Neto como “a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei (*domaine de la loi*), passando-as para o domínio do regulamento (*domaine de l’ordonnance*)”²²².

Dada a sua importância, a temática será desenvolvida a seguir, em tópico específico.

3.2.2 Deslegalização

O conceito de legislação, na visão de Hesse, subdivide-se em dois: a) a acepção formal refere-se à edição de atos normativos de acordo com os procedimentos legislativos e na forma da lei; b) a acepção material diz respeito à edição de normas jurídicas por uma autoridade estatal²²³.

Tais conceitos não coincidem necessariamente, ou seja, é possível detectar normas legais que não possuem conteúdo material de lei (como ocorre com os orçamentos), bem como “existe legislação material que não é assunto dos corpos legislativos, como, nomeadamente, a promulgação de regulamentos jurídicos ou estatutos autônomos”²²⁴.

Lecionam Enterría e Fernández²²⁵ que o conceito de reserva legal é construído com base em dois prismas: a) material: diz respeito às matérias que a Constituição reserva à disciplina de lei; e b) formal: baseado nos princípios da hierarquia normativa e congelamento da categoria, refere-se à necessidade de lei para conferir nova disciplina a previsão legal anterior.

Sobre essa concepção formal de reserva legal, Canotilho anota que o congelamento de determinada categoria normativa ocorre quando a matéria é regulada por ato legislativo, o que implica a necessidade de novo ato legal para realizar qualquer alteração na disciplina anterior²²⁶. Esse fenômeno do congelamento do grau hierárquico – consubstanciado na necessidade de a norma legal nova que promove alteração, revogação, modificação ou substituição possuir a mesma hierarquia normativa da norma legislativa anterior – encontra

²²² MOREIRA NETO, op. cit., 2003, p. 122.

²²³ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 381.

²²⁴ Ibid., p. 381.

²²⁵ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 261.

²²⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 841.

justificativa no princípio da preeminência da lei²²⁷, segundo o qual “o regulamento não pode contrariar o acto legislativo”²²⁸, isto é, “a lei tem absoluta prioridade sobre os regulamentos”²²⁹.

Amparada no princípio do *contrarius actus*, a expedição de nova norma deve inserir-se numa categoria no mínimo equivalente à da norma que se presta a substituir ou alterar, haja vista que um ato jurídico só deixa de produzir seus efeitos em face de um ato contrário editado com idêntica solenidade; conseqüentemente, quando certa matéria é disciplinada por meio de lei, ocorre o congelamento dessa classe normativa, de modo que apenas uma lei pode adentrar posteriormente nesse âmbito material²³⁰.

É a ideia de hierarquia das normas, em que um ato normativo de grau superior prevalece sobre o de grau inferior, não se afigurando possível a revogação ou a derrogação do primeiro pelo segundo²³¹. A primazia ou preferência da lei também é trabalhada por Hesse, para quem os atos legais prevalecem sobre os demais atos estatais; dessa forma, “na medida em que há regulações legais, todos os poderes estatais estão a elas vinculados”²³², o que tem por fim a proteção jurídica dos particulares em face do Estado.

Especificamente no campo do Direito Administrativo, fala-se também no princípio da precedência da lei como manifestação do princípio da legalidade, a exprimir que o exercício da atividade administrativa depende de um ato legislativo precedente, apresentando-se a lei como o seu fundamento²³³.

Em síntese, a regra geral aplicável à edição de atos normativos, fundada nos princípios da hierarquia normativa, da preeminência da lei e do congelamento da categoria normativa, é a exigência de norma de hierarquia igual ou superior para que uma lei possa ser objeto de alteração por outra. Dessa primeira premissa decorre uma segunda: a disciplina legal deve prevalecer diante de regras estabelecidas em regulamentos, como os editados por agências reguladoras.

A sistemática formal de congelamento da categoria normativa, fruto do *contrarius actus*, pode ser alterada por intermédio da técnica da delegação ou habilitação. A denominada legislação delegada é um fenômeno por meio do qual o legislador traz a Administração

²²⁷ Ibid., p. 841.

²²⁸ Ibid., p. 835.

²²⁹ Ibid., p. 835.

²³⁰ Ibid., p. p. 261

²³¹ VERGOTTINI, Giuseppe de. A “Delegificação” e a sua Incidência no Sistema das Fontes do Direito. In: BARROS, Sérgio Resende de; ZILVETI, Fernando Aurélio. **Direito Constitucional**: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Dialética, 1999, p. 163.

²³² HESSE, op. cit., p. 166.

²³³ OTERO, op. cit., p. 734.

Pública para participar da ordenação jurídica da sociedade, podendo representar (a) a renúncia da lei à sua primazia, no sentido de levar para o âmbito do regulamento a possibilidade de alterar uma regulamentação anteriormente constante de lei ou (b) uma abertura para a seara do regulamento de matérias inicialmente reservadas à lei, com caráter ocasional, de modo que tal possibilidade não se estende para além de determinada hipótese específica²³⁴.

Hesse observa que, numa ordem constitucional democrática, a legislação não pode ser dissociada do Parlamento, do que decorre a impossibilidade de transferência pelo Legislativo para o Executivo da função (atribuída em plano constitucional) de editar leis ou atos normativos com força de lei²³⁵. Todavia, desde que o Parlamento discipline as questões fundamentais relativas à matéria objeto dos regulamentos, inexistente óbice à transferência de regulações executivas; em tais circunstâncias, não se verifica a abdicação à função atribuída pela Constituição²³⁶.

É que os regulamentos configuram-se como um prolongamento da lei, especialmente aplicáveis em situações de difícil elaboração e consenso no Parlamento. Amplia-se o poder normativo do Executivo, de forma excepcional, para permitir que se proceda à disciplina de matérias que, originariamente, não se encontravam em seu âmbito regular de competência normativa²³⁷.

Porém, não se trata de uma abdicação de responsabilidade por parte do Legislativo ou de uma absoluta transferência de sua competência para outro centro orgânico de poder, haja vista que não lhe é dado recusar uma função constitucionalmente outorgada. O poder de legislar remanesce com o Parlamento; apenas se constata que, acerca de determinada matéria, o Executivo possui maior aptidão para identificar a necessidade de produção normativa e estabelecer a melhor disciplina ao caso concreto.

Conforme mencionado anteriormente, o conceito de reserva legal pode ser repartido em reserva absoluta e reserva relativa de lei, distinção que guarda especial importância quanto ao tema delegação legislativa. Na reserva absoluta não se admite que normas infraconstitucionais editadas pelo Poder Executivo adentrem a disciplina de determinadas matérias. Na reserva relativa, aceita-se “que a lei possa ditar a disciplina de princípios, enquanto aos regulamentos caberia ditar a norma de detalhe e complementar”²³⁸. Nessa

²³⁴ ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, op. cit., p. 262.

²³⁵ HESSE, op. cit., p. 393.

²³⁶ Ibid., p. 394.

²³⁷ ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, op. cit., p. 263.

²³⁸ VERGOTTINI, op. cit., p. 164.

esteira, Vergottini destaca que a delegação legislativa não se mostra possível nos casos de reserva absoluta de lei, sendo admissível nas hipóteses de reserva relativa²³⁹.

Com viés semelhante, Moreira Neto aponta que a reserva legal pode ser satisfeita de duas formas diferentes. O legislador pode optar “ou pela imposição direta de condutas, predefinidas por ele próprio, ou pela disposição direta apenas de finalidades, que deverão ser detalhadas por uma fonte normativa derivada”²⁴⁰. Trata-se do fenômeno da deslegalização, que corresponde “a uma disposição indireta, por meio da regulação que vier a ser produzida pela fonte secundária legitimada”²⁴¹.

A delegação legislativa, na visão de Enterría e Fernández, é um gênero que compreende três espécies. A primeira é a delegação receptícia, que pode ser definida como a transferência da função legislativa ao Poder Executivo para que este edite ato normativo com força de lei, com objeto delimitado na lei delegante. Por intermédio dessa técnica, também denominada de remessa receptícia ou material, o legislador edita uma lei (delegante), cujo conteúdo será preenchido por uma norma de elaboração administrativa²⁴². Seu exemplo, no Brasil, é a lei delegada. A segunda é a remissão normativa, que se consubstancia na possibilidade de a Administração Pública expedir atos normativos complementares à lei, porém sem contrariá-la. Trata-se do poder regulamentar.

A terceira e última é a deslegalização, definida como uma operação mediante a qual uma lei desloca para o âmbito do regulamento (editado pela Administração) a disciplina material de determinado assunto, que até então era objeto de regramento por lei anterior. É assim que a lei deslegalizadora “opera como *contrarius actus* da Lei anterior de regulação material, mas não para inovar diretamente esta regulação, senão para degradar formalmente sua categoria, de forma que possa ser alterada doravante por simples Regulamentos”²⁴³. Observe-se que essa delegação não se esgota num único ato editado pela Administração; enquanto a categoria normativa não for elevada novamente, sua disciplina remanesce no âmbito do regulamento.

Acerca do tema, destaca Canotilho que o congelamento da classe normativa não exclui a possibilidade de o Legislativo valer-se da técnica da deslegalização, realizando a degradação do grau hierárquico:

[O princípio do congelamento do grau hierárquico] não impede, rigorosamente, a possibilidade de **deslegalização** ou de *degradação do grau hierárquico*. Nesse caso,

²³⁹ Ibid., p. 164.

²⁴⁰ MOREIRA NETO, op. cit., 2003, p. 127.

²⁴¹ Ibid., p. 127.

²⁴² ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, op. cit., p. 265.

²⁴³ Ibid., p. 284.

uma lei, sem entrar na regulamentação da matéria, rebaixa formalmente o seu grau normativo, permitindo que essa matéria possa vir a ser modificada por regulamentos²⁴⁴. (destaques no original)

A deslegalização, também denominada de delegificação, possui especial aplicação no âmbito das agências reguladoras. É possível dizer que a deslegalização se configura como uma técnica legislativa que confere competência normativa para órgãos ou entidades pertencentes à Administração Pública, promovendo uma degradação do âmbito normativo em que se dará a disciplina de determinada matéria, a fim de que possam disciplinar o tema em consonância com a lei deslegalizadora.

Todavia, não se trata de um fenômeno restrito ao âmbito regulatório. Moreira Neto leciona que o poder de dispor, isto é, de definir regras sobre certa questão, em caráter definitivo, foi transferido pelo próprio constituinte originário a entes e órgãos públicos, que passaram a deter a função de disciplinar certos setores por meio de normas²⁴⁵. Exemplificativamente, é possível citar o artigo 96, inciso I, alínea “a”, que desloca do Legislativo para o Judiciário a atribuição de dispor sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; e o artigo 207, *caput*, que desloca para as universidades a competência normativa para dispor acerca de matéria didático-científica.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.568²⁴⁶, relativa à possibilidade de o valor do salário mínimo ser fixado por decreto presidencial, desde que respeitados os parâmetros fixados em lei quanto aos índices de reajustes a serem aplicados, o Ministro Luiz Fux, em seu voto, invocou a tese da deslegalização, não por compreendê-la como perfeitamente aplicável à hipótese, mas para utilizá-la como fundamento do repasse de parcela da atividade normativa do Legislativo ao Executivo. Na oportunidade, o pleno do Tribunal julgou improcedente a ADI, entendendo constitucional a delegação realizada pelo Congresso.

Uma das principais características da norma legal deslegalizadora é a aptidão para atribuir competência, com a definição de parâmetros a serem observados, habilitando o Poder Executivo para expedir o ato normativo tendente a disciplinar a matéria. Nessa esteira, a lei, “sem dar início de per se a uma normatização mais completa, e, muito menos, exaustiva da

²⁴⁴ CANOTILHO, op. cit., p. 841.

²⁴⁵ Ibid., p. 123.

²⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.568, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 3 de novembro de 2011, Data da Publicação: 30 de março de 2012, p. 33-34. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1870956>>. Acesso em: 30/8/2015.

matéria, estabelece apenas parâmetros bem gerais da regulamentação a ser feita pelo ente regulador independente”²⁴⁷.

Na deslegalização, a lei “não necessita [...] sequer penetrar na matéria a ser tratada, bastando que abra a possibilidade a quaisquer outras fontes normativas, estatais ou não, de regulá-la por atos próprios”²⁴⁸, de modo que o Legislativo não figura como responsável pela disciplina normativa deslegalizada, passando a exercer a função de controle.

Por consequência, especificamente em relação à atuação das agências, reduz-se a disciplina legal na seara econômica, uma vez que o Legislativo concentra-se na criação de leis-quadro, mediante a definição de parâmetros a serem observados e objetivos a serem perseguidos, ampliando a atividade normativa das entidades regulatórias, que passam a editar normas de natureza técnica no respectivo âmbito setorial.

As normas que resultam da deslegalização – ou seja, os regulamentos – são também denominadas de normas de autorregulação dirigida²⁴⁹, traduzidas na necessidade de observar uma moldura definida na lei habilitante, a qual contém princípios e *standards* balizadores da produção normativa regulatória.

Com fundamento na deslegalização, a lei não adentra efetivamente a matéria a ser tratada, mas apenas modifica a fonte normativa responsável por disciplinar a questão. Noutras palavras, o regramento acerca de determinadas matérias deixa de residir no âmbito legal para figurar na seara do regulamento. A lei confere à Administração Pública a competência para disciplinar o tema, que realizará a regulação por atos próprios, de maneira que a função de editar tais normas deixa de pertencer, *a priori*, ao Poder Legislativo.

A lei de deslegalização [...] não é uma lei de regulação material, não é uma norma diretamente aplicável, não é uma lei cujo conteúdo seja preciso simplesmente completar; em propriedade, a lei de deslegalização não possui conteúdo normativo algum (obviamente, a mesma lei que deslegaliza uma matéria pode conter uma regulação de outra); seu único conteúdo como norma deslegalizadora é a manipulação das categorias para abrir a possibilidade aos Regulamentos de adentrar uma matéria até então regulada por lei²⁵⁰.

Apresenta-se, em tais circunstâncias, a denominada degradação da hierarquia normativa, ou seja, a matéria que exigia lei formal para discipliná-la passa a poder ser regrada por meio de regulamento, desde que observados os *standards* constantes da lei deslegalizadora, bem como os princípios e as regras constitucionais.

²⁴⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 31/10/2013, p. 40.

²⁴⁸ MOREIRA NETO, op. cit., 2003, p. 122.

²⁴⁹ Ibid., p. 126.

²⁵⁰ ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, op. cit., p. 285.

Desta maneira, o próprio legislador opta por transferir para o âmbito do regulamento a competência material para disciplinar a matéria, retirando-a do domínio da lei. A lei deslegalizadora não possui conteúdo material; ela se limita a rebaixar formalmente o grau normativo de determinada matéria e a estabelecer fins a perseguir, fazendo com que o regramento de certas questões passe do plano legal para o do regulamento.

Por meio dessa sistemática, a disciplina da matéria é transferida do Legislativo para o âmbito da Administração Pública, que se torna responsável por concretizar as diretrizes constantes da lei.

Com a deslegalização, opera-se uma verdadeira degradação da hierarquia normativa (descongelamento da classe normativa) de determinada matéria que, por opção do próprio legislador, deixa de ser regulada por lei e passa para a seara do ato administrativo normativo. A lei deslegalizadora não chega a determinar o conteúdo material da futura normatização administrativa, limitando-se a estabelecer *standards* e princípios que deverão ser respeitados na atividade administrativo-normativa²⁵¹.

Noutras palavras, por intermédio da deslegalização, determinada matéria, anteriormente disciplinada em lei, passa a ser regrada por meio de regulamento, o que importa em rebaixamento de seu grau hierárquico, sem que isso configure ofensa à preeminência da lei, haja vista que o próprio Legislativo realiza tal modificação, atribuindo competência e definindo as balizas para a edição dos regulamentos.

Nesse momento, dois pontos merecem ser ressaltados acerca da deslegalização: a) não se afasta a necessidade de norma legal disciplinando a matéria, ainda que esta se preste a disciplinar questões fundamentais e mediante a definição de normas gerais; b) não se cria uma reserva de regulamento, algo que impediria o Parlamento de editar atos legislativos para fixar disciplina diversa.

Antevendo críticas à adoção da sistemática de regulações executivas, Hesse menciona que elas podem ser afastadas pela possibilidade de o Parlamento controlar o exercício da autorização concedida ao Executivo para editar regulamentos, pois “enquanto ele mesmo regula o fundamental, não se desfaz da função a ele atribuída pela Constituição”²⁵², bem como porque permanece viva a faculdade de, a qualquer tempo, “controlar o uso da autorização pelo Poder Executivo e de adotar regulações que abolem, em virtude da primazia da lei, o direito estabelecido pelo Poder Executivo”²⁵³.

Em primeiro lugar, a deslegalização não significa a outorga de um cheque em branco ao Executivo. A Administração Pública, notadamente as autarquias regulatórias, ao elaborar os regulamentos, deve atuar pautada pelo princípio da juridicidade, que impõe sua submissão

²⁵¹ OLIVEIRA, op. cit., 2013b, p. 80.

²⁵² HESSE, op. cit., p. 394

²⁵³ Ibid., p. 394.

ao ordenamento jurídico, ao bloco de legalidade, mormente às normas de envergadura constitucional. Adicionalmente, as agências reguladoras só detêm competência relativamente a questões de ordem técnica e no âmbito do respectivo setor regulado, o que restringe fortemente a sua margem de liberdade.

Sendo o conceito de legislação, na ordem constitucional democrática vigente, indissociável do Parlamento, a técnica da deslegalização não prescinde de uma lei habilitadora, que autorize a Administração a editar atos normativos tendentes a regular determinado setor. Atualmente, “a autorização para a promulgação de regulamentos jurídicos é, até, um meio dificilmente prescindível de deixar a legislação converter-se naquilo que ela deve ser”²⁵⁴.

A lei de deslegalização deverá traçar objetivos a serem alcançados e parâmetros a serem observados, mas não se deterá nas minúcias, isto é, não traçará regulações detalhadas, que ficarão ao encargo dos regulamentos. Com isso, desafoga-se o Parlamento (liberando-o para centrar esforços em questões de maior relevância), reduz-se a necessidade de frequentes alterações legislativas e de produção excessiva de normas legais²⁵⁵, bem como se confere uma maior rapidez para realizar alterações que se mostrem pertinentes, ponto relevante numa sociedade eminentemente dinâmica²⁵⁶.

Não se pode olvidar que a deslegalização se opera em setores legalmente considerados críticos (tendo em vista a alta possibilidade de conflitos entre os diversos atores que compõem o setor, com potencial significativamente expressivo de reflexos negativos para o interesse público) ou que não comportam soluções politicamente predefinidas, de modo que se delega ao Executivo a capacidade para eleger as soluções técnicas que se mostrem mais adequadas²⁵⁷.

Em segundo lugar, a técnica da deslegalização não institui uma reserva de regulamento, a refletir que a mencionada transferência da função legislativa promovida pela lei deslegalizadora não importa em renúncia à competência legislativa repartida pela Constituição. No sistema jurídico brasileiro, essa transferência não retira do Legislativo a aptidão para, em momento posterior, deliberar de forma diversa acerca da matéria. Desse

²⁵⁴ Ibid., p. 394.

²⁵⁵ Acerca dessa questão: “a hipertrofia nomológica torna a sociedade, paradoxalmente, mais confusa e insegura, justificando-se a moderna resposta de um modelo de deslegalização que, como o empregado na regulação, aproxima a regra jurídica dos setores que dela necessitam, subtraindo-os aos olímpicos comandos diretos de leis formalmente postas pelo Estado através de seus órgãos legislativos”. MOREIRA NETO, op. cit., 2003, p. 125.

²⁵⁶ HESSE, op. cit., p. 394.

²⁵⁷ MOREIRA NETO, op. cit., 2003, p. 131.

modo, o legislador permanece com ampla liberdade para editar preceitos contrários às normas constantes dos regulamentos.

Cumprir registrar que essa questão foi objeto de discussão no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.568, já mencionada, com especial destaque para o voto do Ministro Luiz Fux, segundo o qual a deslegalização não concede exclusividade ao Executivo para fixar o valor do salário mínimo; portanto, remanesce no âmbito do Poder Legislativo a competência para deliberar sobre o tema, quando entender pertinente. Na oportunidade, consignou que a técnica da deslegalização não impede que o próprio Legislativo revogue a lei deslegalizadora ou a derogue parcialmente, caso entenda que as diretrizes e os objetivos traçados não foram devidamente observados. Ao final, conclui que, “se é a Lei que ampara o poder normativo do Executivo, também a Lei poderá suprimir ou mitigar tais poderes, de modo que não cabe falar em qualquer forma de silenciamento do Poder Legislativo”²⁵⁸.

Ademais, nas discussões travadas no seio da própria Corte durante o referido julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa ressaltou que as decisões do Parlamento de hoje não vinculam o Parlamento de amanhã, de maneira que é facultado ao Legislativo, a qualquer tempo, dispor de forma diversa, seja para alterar a lei deslegalizadora, seja para dispor de forma diversa do ato normativo infralegal editado pela Administração Pública²⁵⁹.

A deslegalização não importa em renúncia de competência, porquanto o Legislativo continua a ser competente para legislar de forma diversa, caso entenda necessário, bem como detém competência para controlar eventuais exorbitâncias dos atos normativos editados pelo Executivo. Tampouco há de se falar em usurpação de competência, uma vez que se trata de uma opção do legislador.

O rebaixamento do âmbito normativo em que se dará a disciplina de determinada matéria, observe-se, é questão de política legislativa, uma opção a cargo do Poder Legislativo de transferir a regulação de certos temas para um ente especializado no assunto, que se valerá de sua *expertise* para disciplinar determinadas matérias com maior propriedade. Há que se ter em mente, conforme ressalta Godoy, que “a regulação é, antes de tudo, um processo político,

²⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.568, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 3 de novembro de 2011, Data da Publicação: 30 de março de 2012, p. 34. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1870956>>. Acesso em: 30/8/2015.

²⁵⁹ Ibid., p. 50.

que representa uma prerrogativa de direito público, pois que o conferido aos órgãos tem incumbência de gestão de interesses públicos”²⁶⁰.

A lei deslegalizadora não padece de vício de inconstitucionalidade, sobretudo porque nada obsta que seja posteriormente revogada (dado que não se cria uma reserva de regulamento), afastando eventual alegação de ofensa à Constituição por derrogação infraconstitucional de competências nela fixadas. A adoção dessa sistemática não impede que o Parlamento, em momento posterior, venha a instituir disciplina em sentido diverso, preservando-se integralmente sua competência.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 140.669-1/PE, o Ministro Ilmar Galvão, também do Supremo Tribunal Federal, afirmou a constitucionalidade do fenômeno da deslegalização. Segundo ele, o cotejo entre os princípios da legalidade, do congelamento do grau hierárquico e da precedência da lei não subtrai a possibilidade de degradar do grau hierárquico. Assim, nos casos de deslegalização, “uma lei, sem entrar na regulamentação da matéria, rebaixa formalmente o seu grau normativo, permitindo que essa matéria possa vir a ser modificada por regulamentos”.

Nesse contexto, percebe-se que o Ministro admite a possibilidade de que, mediante a degradação do grau hierárquico, promovida pela deslegalização, a matéria deixe de ser tratada no âmbito legal e passe para a seara do regulamento, de maneira que o regramento anterior poderá ser perfeitamente modificado por ato normativo editado pela Administração Pública, sem que tal circunstância implique ofensa à ordem constitucional vigente²⁶¹.

Novamente, o Supremo Tribunal Federal, ainda que não expressamente, acolheu a tese da deslegalização no julgamento da Questão de Ordem em Medida Cautelar em Ação Cautelar nº 1.193²⁶², de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, ao entender constitucional o Decreto Presidencial que estabeleceu, em favor da Petrobrás, um procedimento simplificado de licitação, conforme autorizou o artigo 67 da Lei nº 9.478/1997.

²⁶⁰ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Agências Reguladoras – origens, fundamentos, direito comparado, poder de regulação e futuro. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 150, p. 16-22, jun. 2014.

²⁶¹ Não é demais destacar que o Supremo Tribunal Federal utilizou o termo “delegalização” ao julgar o Recurso Extraordinário nº 140.669-1/PE, quando reconheceu a aplicação do fenômeno da deslegalização como forma de degradação do grau hierárquico de disciplina de determinada matéria, afastando assim a reserva de lei, e em decisão monocrática proferida pelo Ministro Luiz Fux no Mandado de Segurança nº 31.463; porém, nesta oportunidade, não se conferiu profundidade à questão. Ademais, não foi possível verificar outra menção a “deslegalização” no sistema de pesquisa de jurisprudência do egrégio Tribunal.

²⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem em Medida Cautelar em Ação Cautelar nº 1.193. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 9 de maio de 2006, Publicado em 30 de junho 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=353763>>. Acesso em: 30/8/2015.

Em outra oportunidade, pronunciando-se acerca do poder normativo conferido por lei ao Tribunal Superior Eleitoral, o pleno do STF julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.020²⁶³, na qual se discutia a constitucionalidade do poder normativo conferido àquela Corte, quando o caracterizou como função normativa *sui generis*, inconfundível com o poder regulamentar e com os regulamentos autônomos (igual entendimento foi adotado no julgamento das ADIs 4.965²⁶⁴ e 5.028²⁶⁵).

Dois pontos são bastante relevantes no julgado. Primeiro, admite-se que o princípio da reserva legal permite a delegação de funções normativas a entes com funções administrativas, contudo, sem dispensar a existência de lei que formalize a transferência de competência normativa. Segundo, observa-se que os atos normativos possuem força de lei, mas submetem-se a limites materiais fixados pelo legislador.

Desta maneira, aduz que “a norma de caráter regulatório preserva sua legitimidade quando cumpre o conteúdo material da legislação eleitoral”, e vai além, consignando a possibilidade de inovação: “Nesse exercício, pode, sim, conter regras novas, desde que preservada a ordem vigente de direitos e obrigações, que se impõe como limite ao agir administrativo: regras novas, e não direito novo”.

Por fim, acredita-se ser possível introduzir uma classificação em que se identifica a existência de duas modalidades de delegação legislativa: a) perfeita: o Legislativo transfere integralmente a competência para disciplinar determinada matéria, abdicando do poder que lhe foi outorgado pela Constituição; b) imperfeita: o Legislativo transfere parcialmente a competência de disciplina de certa matéria, remanescendo com o poder outorgado pela Constituição.

A primeira hipótese seria denominada de perfeita porque integral, isto é, transferiria completamente tal parcela de poder e resultaria em abdicação de competência, significando a transferência de todo o ciclo de produção normativa. De outro lado, a imperfeita reflete a ideia de parcelamento, ou seja, não implicaria transferência integral de sua competência. Perceba-se que a classificação leva em consideração a amplitude da transferência da competência

²⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.020, Relator(a): Ministro Gilmar Mendes, Relatora para Acórdão: Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 1 de julho de 2014, Publicado em 30 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081174>>. Acesso em: 1/3/2016.

²⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.965, Relator(a): Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 1 de julho de 2014, Publicado em 30 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081174>>. Acesso em: 1/3/2016.

²⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.028, Relator(a): Ministro Gilmar Mendes, Relatora para Acórdão: Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 1 de julho de 2014, Publicado em 30 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081173>>. Acesso em: 1/3/2016.

normativa pelo Legislativo, a fim de aferir se esta engloba todo o ciclo de elaboração do regramento aplicável ou apenas parcela deste.

O primeiro caso, denominado de delegação legislativa perfeita, é rejeitado pelo ordenamento jurídico pátrio. O segundo, batizado de delegação legislativa imperfeita, apresenta-se em perfeita consonância com a ordem jurídica vigente, na medida em que não importa em renúncia ou negativa ao exercício de competência.

Duas observações são pertinentes. Primeiro, o delegante (Legislativo) pode, a qualquer tempo, editar lei em sentido diverso do estabelecido pelo delegado. Segundo, o delegante não perde o poder de controlar a atuação do delegado, de modo que sempre poderá afastar do ordenamento os atos que exorbitem dos limites da delegação. A deslegalização enquadra-se, portanto, no conceito de delegação legislativa imperfeita, caracterizando-se pela degradação do grau hierárquico em que se dará a disciplina material de determinada questão.

A teoria da deslegalização, que vem sendo reconhecida no ordenamento jurídico pátrio, tanto na doutrina quanto no âmbito jurisdicional, tem perfeita aplicação no âmbito das agências reguladoras, justificando seu poder normativo. Trata-se de um deslocamento da seara em que determinada matéria será objeto de regramento, de modo que questões de natureza técnica passam a ser disciplinadas por meio de regulamentos, com o fito de concretizar os objetivos delineados na lei deslegalizadora e sem olvidar a necessidade de respeito aos ditames constitucionais.

3.2.2.1 A Revogação de Leis Anteriores em Caso de Deslegalização

Resta, ainda, enfrentar a questão da revogação da lei que realizava a disciplina anterior. Explica-se. Ao ser editada uma lei deslegalizadora, qual o diploma normativo que procede à revogação da lei anterior? A revogação se opera pelo diploma legal que se vale da técnica da deslegalização ou pelo próprio regulamento?

A questão não é objeto de consenso. Na visão de Binjenbojm, “permitir que regulamentos editados por agências possam alterar ou revogar leis constitui a exata antítese das aspirações do Estado Democrático de Direito”²⁶⁶. Nessa linha de raciocínio, a atuação das entidades reguladoras estaria restrita ao campo da discricionariedade, de cunho infralegal, razão pela qual sua atuação não poderia contrariar qualquer dispositivo legal precedente.

²⁶⁶ BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 3, agosto/setembro/outubro, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 31/8/2013, p. 11.

Na concepção de Souto, a norma regulatória não é instrumento apto a revogar a lei anterior, seja do ponto de vista formal, seja do ponto de vista material, sob pena de se admitir que uma lei possa alterar o centro de decisão política, deslocando-o do legislador para o regulador, o que contrariaria o princípio democrático, haja vista que a formulação de políticas públicas estaria ao encargo de quem a recebeu diretamente do povo²⁶⁷.

Assim, entende o mencionado autor que a própria lei de deslegalização, ao modificar a competência para a fixação de normas de natureza técnica, revoga o diploma legal anterior, porém a eficácia da revogação é diferida para o instante em que o regulador, dotado de respaldo legal, edita a norma regulatória. Contudo, a revogação somente se operaria quando verificada a contradição entre a lei anterior e a lei deslegalizadora. Caso contrário, inexistindo qualquer incompatibilidade de natureza material, a alteração da forma não seria suficiente para revogar a lei que com ela não é incompatível. Noutras palavras, a simples mudança da sede normativa não se presta a revogar a lei precedente que ingressou no mundo jurídico pela forma exigida ao tempo de sua edição.

Vergottini compartilha o mesmo posicionamento. A questão é trabalhada tendo em vista o princípio da hierarquia, segundo o qual um ato normativo que se subordina à lei não pode revogar ou derrogar preceitos legais. Os regulamentos editados pela Administração Pública no exercício da atividade regulatória não têm força para retirar do ordenamento jurídico leis anteriores que lhes sejam contrárias, ou seja, “a lei não pode atribuir a uma fonte regulamentar a força de derrogar ou revogar precedente disposição legislativa”²⁶⁸.

Partindo da premissa de que uma lei pode revogar outra que lhe seja anterior, até mesmo para relegar a matéria a um vazio legislativo, não haveria razão em recusar a possibilidade de uma norma legal degradar para o âmbito do regulamento a disciplina de determinada matéria, incumbindo o regulamento de efetivar a revogação da disciplina anterior.

Os questionamentos de Aragão seguem essa linha:

Por este entendimento, com o qual concordamos, não há qualquer inconstitucionalidade na deslegalização, que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a outra sede normativa a regulação de determinada matéria. E, com efeito, se este tem poder para revogar uma lei anterior, por que não o teria para, simplesmente, rebaixar seu grau hierárquico? Por que teria que direta e imediatamente revogá-la, deixando um vazio normativo até que fosse expedido o regulamento, ao invés de, ao degradar a sua hierarquia, deixar a revogação para um momento posterior, a critério da Administração Pública, que tem

²⁶⁷ SOUTO, op. cit., 2005, p. 54.

²⁶⁸ VERGOTTINI, op. cit., p. 168.

maiores condições de acompanhar e avaliar a cambiante e complexa realidade econômica e social?²⁶⁹.

Nessa esteira, inexistindo óbice à revogação de uma lei anterior por uma lei posterior, ainda que esta última relegue a questão a um vazio legislativo, não se afiguraria possível admitir que lei nova não possa optar por degradar a hierarquia do diploma normativo que regerá certa matéria, com a consequência de transferir para um preceito infralegal a competência para dispor sobre o tema e, até mesmo, revogar dispositivos de lei pretérita que contrariem o que nela for veiculado, uma vez que a mesma lei pode, simplesmente, revogar o diploma anterior e criar um vácuo legislativo.

Observe-se a peculiaridade do entendimento de Aragão, para quem o regulamento não revoga propriamente a lei anterior, configurando-se apenas como instrumento de que se vale a lei posterior para, de forma diferida, revogar a norma legal precedente²⁷⁰.

Diz-se, então, que o legislador optou pela adoção da técnica da revogação diferida, por meio da qual o “efeito revogatório [...] é remetido à lei, enquanto o regulamento de delegificação assume o valor de um simples fato²⁷¹”. Dessa maneira, a revogação de eventuais disposições legais precedentes ao regulamento encontra fundamento na lei deslegalizadora. É de se ressaltar que o ato normativo fruto da deslegalização funcionará como mera circunstância fática promotora da revogação, sendo a lei o seu sustentáculo jurídico.

Já no direito comparado, Enterría e Fernández compreendem o fenômeno da deslegalização de modo diverso neste ponto. Para os autores espanhóis, “simples Regulamentos poderão inovar e, portanto, derrogar Leis formais anteriores, operação que, obviamente, não seria possível se não existisse a Lei degradatória prévia²⁷², ou seja, a revogação se realiza por meio do regulamento.

A lógica funda-se na ideia de que o âmbito de disciplina da matéria deixa de ser o legal e passa a ser o do regulamento. A lei deslegalizadora atua de modo a rebaixar o grau hierárquico em que se dará o regramento de determinadas questões. Por esta razão, a legislação anterior que dispusesse acerca daquela matéria perderia, sob a perspectiva da reserva de lei formal, a prerrogativa de somente poder ser revogada por ato normativo editado pelo Poder Legislativo.

Esse parece ser o entendimento adotado pelo Ministro Luiz Fux no julgamento da ADI 4568, para quem o salário mínimo definido em lei seria substituído nos anos

²⁶⁹ ARAGÃO, op. cit., 2013b, p. 454-455.

²⁷⁰ Ibid., p. 455.

²⁷¹ VERGOTTINI, op. cit., p. 168.

²⁷² ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, op. cit., p. 284.

subsequentes com a edição dos decretos que consolidassem os novos valores, de modo que o dispositivo legal seria revogado pelo ato normativo editado pelo Executivo.

Pela pertinência, transcreve-se excerto do referido voto:

Ora, é justamente disso que se trata *in casu*, porquanto, inicialmente, a Lei define em seu art. 1º o valor do salário mínimo com referência ao ano de 2011, que deverá, nos anos subsequentes, ter-se por revogado conforme sejam editados os Decretos consolidando o novo valor à luz dos índices definidos nos §§ 1º a 5º do art. 2º. Em outros termos, após a previsão em lei, nos anos subsequentes a previsão do salário mínimo constará de Decreto, ainda que, para tanto, tenham de ser estritamente observados os critérios definidos pela própria lei, substituindo *in totum* o conteúdo normativo do art. 1º da Lei. Assim, a maior ou menor margem de atuação do Poder Executivo não descaracteriza o rebaixamento do *status* normativo da matéria, justamente o que configura o fenômeno da deslegalização, que, como visto acima, é válida desde que operada com o estabelecimento de parâmetros inteligíveis, em prestígio ao princípio democrático²⁷³.

O entendimento adotado pelos autores espanhóis, e aparentemente compartilhado pelo Ministro Luiz Fux, compreende a deslegalização como um fenômeno que acarreta a renúncia da lei à sua primazia, com a consequente possibilidade de determinada matéria alterar disciplina de lei anteriormente editada pelo Parlamento. Neste ínterim, a consequência seria a possibilidade de o regulamento efetivamente revogar normas legais precedentes (o regulamento seria o fundamento jurídico da revogação, e não a lei deslegalizadora).

Em que pese o respeito ofertado à doutrina mencionada, admitir que um regulamento seja instrumento apto a revogar lei anterior não parece correto. Embora a deslegalização torne competente um órgão da Administração Pública (no caso, a agência reguladora) para produzir ato normativo e regerar determinada questão, tal ato não adquire natureza jurídica legislativa, ou seja, não se equipara à lei, mas tão somente dela deriva/decorre, inclusive nos limites em que a lei deslegalizadora estabelecer²⁷⁴. Em consequência, o regulamento não é instrumento hábil a revogar lei que lhe seja anterior²⁷⁵.

Assim, o fundamento de validade da revogação, em tais casos, será a lei de deslegalização (editada pelo Parlamento). Procede-se, em casos tais, a uma revogação

²⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.568, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 3 de novembro de 2011, Data da Publicação: 30 de março de 2012, p. 33-34. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1870956>>. Acesso em: 30/8/2015.

²⁷⁴ MOREIRA NETO, op. cit., 2003, p. 171.

²⁷⁵ Não é demais lembrar, sobre este tema, as lições de Norberto Bobbio sobre a teoria do ordenamento jurídico. Seguindo a teoria da construção gradual do ordenamento jurídico, que se presta a explicar a unidade ao sistema, menciona a existência de normas superiores e inferiores, em que as de mais baixo nível derivam daquelas que se encontram em patamar superior, encontrando-se a norma jurídica fundamental no mais alto nível. Sob esta sistemática de normas superiores e inferiores, o ordenamento jurídico é considerado como uma estrutura hierárquica. Uma das consequências dessa visão seria a impossibilidade de as normas inferiores ab-rogarem as superiores; a ab-rogação apenas se afiguraria possível por normas de hierarquia igual ou superior. BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 211 et. seq.

diferida, fundamentada na lei deslegalizadora, mas com efeitos postergados para fato futuro, a saber, a edição do regulamento.

3.3 O Posicionamento dos Tribunais quanto ao Poder Normativo das Agências Reguladoras

Não obstante o poder normativo das agências reguladoras tenha sido reconhecido pelo Poder Legislativo desde o final do último século, até hoje a questão enseja posicionamentos divergentes no âmbito jurisdicional. Nesta etapa, busca-se analisar as principais decisões acerca da matéria, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (sem excluir a possibilidade de analisar a posição de outros Tribunais), a fim de apontar os diferentes posicionamentos.

Em 2014, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.093²⁷⁶, de relatoria da Ministra Rosa Weber, em que se questionava a constitucionalidade de lei estadual com disciplina conflitante com regulamento expedido por agência reguladora, o pleno do Supremo Tribunal Federal entendeu que as agências não possuem competência para legislar, mas tão somente para promover a normatização no respectivo âmbito setorial que se presta a regular, isto é, somente detém poder regulador.

Reconhece, portanto, que o agente regulador atua com certa margem de liberdade, consignando que a finalidade da norma regulatória se restringe a integrar a espécie normativa primária, procedendo à adaptação e à especificação de seu conteúdo, isto é, sua função está adstrita à complementação da lei deslegalizadora, sendo vedadas inovações *ab ovo*. Embora reconheça uma certa margem de atuação, o Tribunal limitou significativamente a aptidão dos regulamentos para inovar. Entendimento semelhante foi adotado no julgamento da ADI nº 4.954²⁷⁷.

As leis que instituem as agências, rememore-se, são compostas por comandos genéricos, *standards*, objetivos a serem perseguidos, de modo que não são aptas, concretamente, a restringir direitos ou a impor condutas. Por certo, os regulamentos devem guardar compatibilidade com a ordem constitucional e com a norma legal que promove a

²⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.093, Relator(a): Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 24 de setembro de 2014, Publicado em 17 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6972092>>. Acesso em: 30/8/2015.

²⁷⁷ Nesse caso, a Corte entendeu, ainda, que o exercício da atividade normativa regulatória não poderia se sobrepor à competência legislativa dos Estados-membros. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.054, Relator(a): Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 20 de agosto de 2014, Publicado em 30 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081133>>. Acesso em: 30/8/2015.

deslegalização, mas isso não significa a impossibilidade de inovar, sobretudo porque atuam para estabelecer regras de natureza eminentemente técnica. A atividade regulatória não se confunde com o poder regulamentar, previsto no artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, razão pela qual não se limita à fiel execução da lei.

Com efeito, o voto condutor do julgamento consigna que “a norma regulatória deve se compatibilizar com a ordem legal, integrar a espécie normativa primária, adaptando e especificando seu conteúdo, e não substituí-la ao inovar na criação de direitos e obrigações”. Perceba-se que ao negar às agências reguladoras a aptidão para inovar no ordenamento jurídico e considerando que as leis deslegalizadoras não instituem, concretamente, direitos e obrigações, a finalidade do poder normativo restaria esvaziada.

Não se pode restringir o poder normativo das agências reguladoras à simples adaptação e especificação do conteúdo da norma, negando-lhe a aptidão para promover inovação na ordem jurídica. Se, de um lado, é indispensável o respeito aos ditames constitucionais e à lei de deslegalização, de outro, não se pode negar que os regulamentos criam limitações e obrigações para os sujeitos integrantes do setor regulado e, portanto, inovam no ordenamento jurídico, respeitando-se os parâmetros definidos no plano legal.

Malgrado não se concorde com o entendimento adotado pela Ministra Rosa Weber, a Suprema Corte já havia perfilhado posição restritiva no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668-5²⁷⁸, que questionava dispositivos da lei que instituiu a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, notadamente a competência para expedir normas referentes a outorga, prestação e fruição de serviços de telecomunicações. Na oportunidade, entendeu pela necessidade de interpretação do artigo 19 da Lei nº 9.472/1997 conforme a Constituição, sem redução de texto, no sentido de “fixar a exegese segundo a qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares”.

Todavia, é importante ressaltar que o próprio STF já reconheceu a possibilidade de delegação legislativa e a aplicabilidade do fenômeno da deslegalização, admitindo maior amplitude para a produção normativa realizada por órgãos diversos do Poder Legislativo.

Por sua vez, a primeira turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 640.460²⁷⁹, interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região,

²⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668, Relator(a): Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 20 de agosto de 1998, publicado em 16 de abril de 2004.

²⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 640.460/RJ, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 11 de setembro de 2007, publicado em 27 de novembro de 2007, p. 224.

sob a relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, entendeu legítima a exigência constante de portaria da Agência Nacional do Petróleo – ANP no sentido de que as distribuidoras de petróleo comprovassem sua regularidade junto ao Sistema Unificado de Fornecedores – SICAF. O Ministro Relator destacou a existência de “regular manifestação do poder regulatório e fiscalizatório atribuído à ANP pelo dispositivo legal” e que “é característica das agências reguladoras o poder de normatizar as condições de exercício das atividades fiscalizadas”.

O mesmo Tribunal, no julgamento do Recurso Especial 1.101.040²⁸⁰, sob relatoria da Ministra Denise Arruda, seguindo a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho, decidiu que as agências têm aptidão para exercer a função reguladora, com caráter técnico, oriunda de delegação legislativa, apresentando-se com capacidade para introduzir normas no ordenamento jurídico como direito novo, mediante a adoção do fenômeno da deslegalização.

Ademais, ao julgar os Recursos Especiais nº 1.386.994²⁸¹, 1.481.550²⁸² e 1.553.007²⁸³, bem como o Agravo em Recurso Especial nº 1.371.426²⁸⁴, o STJ reconhece a possibilidade de o Legislativo delegar competência normativa às agências reguladoras, sem que reste caracterizada qualquer ofensa ao princípio da legalidade.

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região vem perfilhando entendimento segundo o qual os atos normativos editados pelas agências reguladoras defluem “da lei instituidora da agência. Dessa forma, tais leis, ao instituírem as agências reguladoras, conferem-lhes também o exercício de um abrangente poder normativo no tocante às suas áreas de atuação”²⁸⁵, de

²⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.101.040/PR, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 16 de junho de 2009, publicado em 5 de agosto de 2009.

²⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.386.994/SC, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 5 de novembro de 2013, publicado em 13 de novembro de 2013.

²⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.481.550/SC, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 4 de novembro de 2014, publicado em 14 de novembro de 2014.

²⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.553.007/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 10 de novembro de 2015, publicado em 19 de novembro de 2015.

²⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.371.426/SC, Relator Ministro Humberto Martins, Terceira Turma, julgado em 17 de novembro de 2015, publicado em 24 de novembro de 2015.

²⁸⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível nº 462171/CE. Relator: Desembargador Federal Francisco Barros Dias. Segunda Turma. Julgado em 23 de março de 2010. Publicado em 30 de março de 2010. No mesmo sentido: TRF-5. Apelação Cível nº 498575/PE. Relator: Desembargador Federal Francisco Barros Dias. Segunda Turma. Julgado em 15 de junho de 2010. Publicado em 22 de junho de 2010; TRF-5. Apelação Cível nº 535416/RN. Relator: Desembargador Federal Walter Nunes da Silva Júnior (convocado). Segunda Turma. Julgado em 28 de fevereiro de 2012. Publicado em 1 de março de 2012; TRF-5. Apelação Cível nº 535416/RN. Relator: Desembargador Federal Walter Nunes da Silva Júnior (convocado). Segunda Turma. Julgado em 28 de fevereiro de 2012. Publicado em 1 de março de 2012; TRF-5. Apelação Cível nº 471292/CE. Relator: Desembargador Federal José Eduardo de Melo Vilar Filho (convocado). Segunda Turma. Julgado em 5 de fevereiro de 2013. Publicado em 14 de março de 2013.

modo a reconhecer a legalidade dos regulamentos, ressaltando que são normas de caráter técnico e subordinadas à lei²⁸⁶.

A quinta turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ao julgar a Apelação nº 0014945-46.2011.4.02.5001²⁸⁷, em que se discutia a constitucionalidade de resolução editada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, entendeu por unanimidade que os atos normativos por ela editados seguiram a expressa previsão legal, “que lhe delegou tal atribuição, em um fenômeno que vem sendo conhecido – e aceito – com o nome de deslegalização ou delegificação”.

Em complemento, aduziu-se:

Neste [deslegalização], os detalhes técnicos a regular um determinado setor econômico serão deferidos a agências reguladoras especializadas naqueles temas, as quais, mediante delegação expressa conferida por lei em sentido formal, editarão Regulações técnicas para regulamentar a questão. A razão que subjaz a tal mecanismo de a própria lei conferir ao ato infralegal a normatização dos detalhes técnicos reside na própria impossibilidade de o Congresso Nacional deter o conhecimento técnico necessário e de acompanhar com rapidez as dinâmicas mudanças de tais setores.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em decisão monocrática proferida na Apelação Cível nº 5025482-62.2014.404.7100²⁸⁸, interposta para questionar ato normativo da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, filiou-se à tese que reconhece a possibilidade de as leis atribuírem poder normativo às agências reguladoras, que se caracterizam por sua baixa densidade normativa, consubstanciando típicos *standards* e ensejando autonomia e agilidade da autarquia regulatória em matérias de natureza técnica e de alta complexidade.

Nessa esteira, pontua que “a lei de criação da agência reguladora não desce ao detalhamento da competência normativa outorgada a tal entidade: limita-se a fixar parâmetros dentro dos quais o exercício dessa competência há de ser considerado legal”.

Em seguida, acrescenta:

ainda que do exercício dessa competência advenha ato normativo que inove na ordem jurídica, se essa inovação visa à consecução das finalidades públicas para as quais foi criada a agência reguladora e não se verifica excesso aos elásticos parâmetros de competência fixados na lei de criação da autarquia especial, esse ato deve ser entendido como “ato jurídico conforme o Direito” e, especificamente, ato jurídico em consonância com o princípio da legalidade.

²⁸⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível nº 508943/PE. Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti. Primeira Turma. Julgado em 30 de agosto de 2012. Publicado em 06 de setembro de 2012; TRF-5. Apelação Cível nº 499461/CE. Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti. Primeira Turma. Julgado em 30 de agosto de 2012. Publicado em 06 de setembro de 2012.

²⁸⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação nº 0014945-46.2011.4.02.5001. Relator: Desembargador Federal Marcus Abraham. Quinta Turma. Julgado em 28 de maio de 2013.

²⁸⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº 5025482-62.2014.404.7100. Relator: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Julgado em 27 de outubro de 2014.

No âmbito do Estado de Alagoas, poucas vezes o Tribunal de Justiça manifestou-se sobre o poder normativo das agências reguladoras. Julgando apelação cível, adotou a tese restritiva, no sentido de não ser possível que os regulamentos editados pelas autarquias regulatórias inovem no ordenamento jurídico²⁸⁹, porém, sem realizar uma abordagem profunda do tema.

Enfim, conforme já mencionado anteriormente, os Tribunais não guardam posicionamento uniforme acerca do poder normativo das agências reguladoras. Enquanto o Supremo Tribunal Federal vem adotando entendimento mais restritivo, no sentido de que as agências somente podem expedir regulamentos tendentes a complementar a lei, sem promover inovação *ab ovo* na ordem jurídica, o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Regionais Federais da 2ª, 4ª e 5ª Regiões vêm admitindo a tese da deslegalização, de modo a possibilitar que as agências editem regulamentos capazes de promover inovação no ordenamento jurídico pátrio.

Importante acrescentar que, na prática, as diversas agências reguladoras criadas se valem do poder normativo para disciplinar questões de ordem técnica no respectivo âmbito setorial. Por exemplo, valendo-se de estudos técnicos, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária já editou resolução que proíbe a comercialização de medicamentos que contenham determinadas substâncias (Resolução RDC nº 52/2011); a ANEEL aprovou reajustes tarifários (Resolução Homologatória nº 1927/2015); e a Agência Nacional do Petróleo estabeleceu requisitos para o exercício da atividade de revenda varejista de combustíveis automotivos (Resolução ANP nº 41/2013).

Em que pese o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em alguns casos apresentados acima, em sentido contrário ao poder normativo das agências, a Corte já reconheceu expressamente a tese da deslegalização no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.568, conforme se narrou no tópico anterior. Desta feita, percebe-se que a questão ainda não se encontra definitivamente resolvida pela Corte, na linha dos posicionamentos exarados pelos demais Tribunais.

²⁸⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Apelação Cível nº 2010.006671-7. Relator: Des. Washington Luiz D. Freitas. Julgado em 31 de janeiro de 2011. Disponível em: <<http://www2.tjal.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6149&cdForo=0>>. Acesso em: 1/3/2016; Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Apelação Cível nº 2010.000857-4. Relator: Juiz Conv. José Cícero Alves da Silva. Julgado em 12 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www2.tjal.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9992&cdForo=0>>. Acesso em: 1/3/2016.

4 A LEGITIMIDADE E OS MECANISMOS DE CONTROLE DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

4.1 A Questão da Legitimidade Democrática

4.1.1 O Alegado Déficit Democrático

Tema controverso no âmbito das agências reguladoras é a questão da legitimidade democrática (Moreira Neto fala em legitimidade política²⁹⁰). A exemplo de Binjenbojm, a doutrina menciona que a edição de normas pelas agências reguladoras careceria de legitimidade democrática²⁹¹. Nessa esteira, aponta-se a existência de um déficit democrático para o exercício de seu poder normativo.

Tal circunstância ocorreria, em primeiro lugar, porque seus dirigentes não são escolhidos diretamente pelo povo, por meio do exercício do direito de voto; em segundo, porque as leis que as instituem seriam dotadas de alto grau de abstração e vagueza; e, por fim, porque as agências não se submetem hierarquicamente à Chefia do Poder Executivo.

Analisando a realidade portuguesa, Calvão da Silva não reconhece nas agências reguladoras a necessária legitimação democrática, circunstância que origina uma ausência de responsabilidade eleitoral:

a legitimação democrática não pode dar lugar à legitimação tecnocrática: a falta de credibilidade dos políticos não é solucionada pela emergência de novos burocratas, nacionais ou comunitários, a quem os cidadãos não podem pedir contas... O fosso entre sociedade civil e Poder Público aprofunda-se e a proliferação de reguladores independentes (nacionais e europeus) contribui, ao contrário do que se faz crer, para esse perigoso caminho²⁹².

Nessa linha, evitados de déficit democrático, os regulamentos não se mostrariam compatíveis com o sistema político democrático da Constituição Federal de 1988. Tal situação seria agravada pela estabilidade provisória concedida aos dirigentes, com vedação à exoneração *ad nutum*, e pela não coincidência de mandato destes com o da Chefia do Poder Executivo.

Moreira Neto menciona, ainda, que a independência política dos dirigentes das agências e a ausência de eleição prévia à investidura fortaleceriam, em tese, o déficit democrático das agências reguladoras:

Bem à semelhança dos demais equívocos já apontados, que surgem à conta dessa percepção estritamente juspositivista, acoimam-se de ilegítimos as agências e os agentes porque, primeiro, no caso daqueles órgãos, a criação de entes independentes

²⁹⁰ MOREIRA NETO, op. cit., 2003, p. 62.

²⁹¹ BINENBOJM, op. cit., p. 289.

²⁹² SILVA, op. cit., 2015, p. 390.

no sistema administrativo os excluiria do sistema e, portanto, os subtrairia da direção superior da administração pública, atribuição do Chefe do Poder Executivo (art. 84, II, CFRB) e, segundo, no caso desses agentes, para desempenharem essas funções independentes, todos padeceriam de ilegitimidade originária, *usque titulum*, pois que suas investiduras não decorrem de uma escolha eleitoral democrática²⁹³.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, consagra que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, em que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”. Nessa linha, Cuéllar afirma que “a noção de Estado Democrático de Direito está associada à de participação popular no exercício do poder político, concretizada de forma direta ou indireta”²⁹⁴.

O povo, por meio da eleição, legitima seus representantes para elaborar normas; desse modo, “a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido direta ou indiretamente pelo povo e em proveito do povo”²⁹⁵. Neste cenário, as leis seriam a verdadeira manifestação da vontade popular. A legitimidade da atuação estatal estaria diretamente vinculada à legalidade e, por consequência, à edição de normas por representantes eleitos democraticamente para compor o Legislativo²⁹⁶.

O fato de os dirigentes das agências reguladoras não serem eleitos para os cargos ocasionaria uma “ausência de responsabilidade eleitoral dos atores das agências”²⁹⁷. Entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro não acolhe a escolha de representantes através do sufrágio universal como o único mecanismo de legitimação da atuação da Administração Pública.

A eleição, como é cediço, foi a sistemática adotada no ordenamento jurídico pátrio para a escolha dos representantes do povo para o Legislativo e para a Chefia do Executivo. Porém, outras opções também foram ventiladas já em sede constitucional, ou seja, “a investidura eletiva não é a única via constitucional de legitimação de agentes políticos”²⁹⁸, e, como exemplo, é possível pontuar que os cargos de Ministros de Estado, Membros dos

²⁹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Regulação sob a Perspectiva da Nova Hermenêutica. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 12, novembro/dezembro/janeiro, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 27/10/2013, p. 11.

²⁹⁴ CUÉLLAR, op. cit., p. 130.

²⁹⁵ SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 45.

²⁹⁶ Goyard-Fabre, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 282.

²⁹⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O Modelo Norte-Americano de Agências Reguladoras e sua Recepção pelo Direito Brasileiro. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 22, junho/julho/agosto, 2010. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-22-JUNHO-2010-RAFAEL-OLIVEIRA.pdf>>. Acesso em: 22/10/2013, p. 5.

²⁹⁸ MOREIRA NETO, op. cit., 2008, p. 12.

Tribunais de Contas e Magistrados de Tribunais Superiores e Tribunais Estaduais são providos por escolha, e não por eleição direta. Nesse mesmo sentido, é inofensivo que a destacada maioria dos cargos públicos é provida por nomeação, após aprovação em concurso público, nos termos do artigo 37, II, da Constituição Federal de 1988.

Por outro giro, salienta Cuéllar que a eleição, do ponto de vista técnico, não torna os membros do Poder Legislativo mais aptos ao exercício da função normativa conferida às agências reguladoras²⁹⁹. Acerca desta perspectiva, Goyard-Fabre menciona que “seria [...] dar prova de cegueira intelectual afirmar sem matizes a identidade, no Estado moderno, entre a legitimidade e a legalidade”³⁰⁰. A edição de leis pelo Legislativo, no âmbito da competência técnica das agências reguladoras, não implica dizer que estas são qualitativamente melhores, bem como não confere legitimidade à escolha estatal.

Os atos normativos editados pelo Poder Legislativo têm natureza primordialmente política, enquanto os regulamentos editados pelas agências reguladoras têm natureza eminentemente técnica (ainda que não se possa negar a existência de um componente político). Tratando-se de regulamentos dessa natureza, é natural que órgãos especializados na matéria estejam mais preparados para editar os respectivos regulamentos.

Há de se levar em consideração que o caráter técnico-científico das questões submetidas à disciplina de regulamentos subtrai, em regra, a capacidade de o legislador deliberar e estabelecer regras acerca da matéria. As agências e seu respectivo corpo de pessoal, atuando de forma setorizada e especializada, são capazes de promover ganhos qualitativos na produção de normas no âmbito de sua especialidade, circunstância que não afasta a necessidade de observância das finalidades previstas nas leis que as criam, tampouco exclui a possibilidade de controle dessa atuação.

Adicionalmente, não se pode esquecer que os dirigentes das agências são escolhidos pela Chefia do Poder Executivo e, posteriormente, submetidos ao crivo do Legislativo, razão pela qual Cuéllar chega a afirmar que a criação de tais entidades, em verdade, pode ser considerada como um meio de suprir deficiências do legislador quanto à ausência de conhecimento técnico, sem esquecer que a atividade regulatória deve pautar-se pelos fins estabelecidos em lei³⁰¹.

Desta feita, ainda que as normas editadas no exercício da atividade regulatória sejam elaboradas por corpo de pessoal não eleito diretamente pelo povo, sua atuação tem natureza

²⁹⁹ CUÉLLAR, op. cit., p. 130.

³⁰⁰ GOYARD-FABRE, op. cit., 1999, p. 283.

³⁰¹ CUÉLLAR, op. cit., p. 130.

técnica e vincula-se às diretrizes constantes da lei, de maneira que deverá sempre haver uma condução de acordo com parâmetros definidos por representantes legitimamente escolhidos pelo povo. Soma-se a isso o fato de os dirigentes serem designados para ocupar o cargo pela própria Chefia do Executivo, com a chancela do Legislativo.

4.1.2 A Democracia Participativa e seu Reflexo sobre a Legitimidade da Atuação Estatal

O conceito de democracia está etimologicamente relacionado ao poder do povo. Em sua origem, a democracia era essencialmente direta, modelo este que se afigura impraticável na sociedade hodierna³⁰². Com o passar do tempo há uma paulatina alteração dessa concepção inicial: a manifestação da vontade popular passa a ser concretizada mediante a mediação de representantes (democracia representativa), ainda que o consentimento continue a emanar do povo³⁰³.

As ideias de democracia representativa e de Administração Pública restringiam a participação popular ao exercício do direito de voto, mediante a escolha de representantes no cenário político, sobre os quais recairia o encargo de defender os interesses do povo (ou, ao menos, do segmento majoritário). Assim, de modo geral, o Estado editava seus atos de forma unilateral, ou seja, a definição de objetivos (e respectiva execução) se dava unilateralmente.

Esse conceito não comportava a efetiva participação popular no processo de formação dos atos administrativos ou nas escolhas de políticas públicas, enfim, na gestão da coisa pública, o que, de certa forma, afasta o cidadão do poder público/político sempre que seus anseios são preteridos em detrimento de outros ou quando simplesmente não são realizados a contento.

Chevallier aduz que uma concepção mais exigente de democracia não se contenta com a onipotência dos eleitos, de maneira que seu conceito não pode ser reduzido exclusivamente à realização de processos eletivos; ao contrário, demanda uma participação mais efetiva dos cidadãos na definição dos desígnios da sociedade³⁰⁴.

Atualmente, já não se percebe a democracia representativa como mecanismo de completa legitimação da atuação estatal. Surge, então, a discussão acerca “da necessidade de

³⁰² MULLER, Friedrich. **Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 108.

³⁰³ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 45-46.

³⁰⁴ CHEVALLIER, op. cit., p. 116.

aperfeiçoamento democrático, com a revalorização e o reequacionamento da deliberação”³⁰⁵, fortalecendo-se paulatinamente a ideia de democracia participativa:

a democracia tradicionalmente aplicada, como exclusivamente representativa, que se exerce pela participação mínima do sufrágio eletivo de mandatários populares ara o desempenho de cargos públicos – e, no caso brasileiro, de legisladores e de governantes nos seus três níveis federativos – se tem mostrado insuficiente como instrumento de legitimação de condutas públicas, estimulando-se, assim, cada vez mais intensamente, o seu exercício por outras formas de participação política, que se ampliam e confluem no conceito de democracia participativa³⁰⁶.

Ao discorrer sobre a operacionalização de um processo democrático, Dahl elenca critérios necessários à caracterização da democracia, entre os quais a participação efetiva (oportunidade de participar e influenciar no processo político), o entendimento esclarecido (que a participação se dê em situação de igualdade, conferindo-se informações suficientes para apreender a situação e suas possíveis consequências, bem como tempo razoável para manifestação) e o controle do programa de planejamento (possibilidade de pautar os temas que serão objeto de deliberação)³⁰⁷. A participação popular, permitindo que o cidadão possa manifestar-se com aptidão para influenciar nas escolhas e decisões estatais, é colocada como atributo da democracia.

Já Bonavides aponta a democracia participativa como o caminho para transcender as deficiências encontradas nos sistemas representativos³⁰⁸. Ao se autodeclarar como um Estado Democrático de Direito, que conta com a cidadania como um de seus principais fundamentos, a participação popular ganha especial importância na condução da República. Nesse sentir, afirma Almeida:

O Estado Democrático de Direito estrutura um novo paradigma para a Administração: a participação popular. Passa-se da estrutura de uma Administração unicamente unilateral para a exigência da Administração dialógica. Os indivíduos na relação com a Administração saem da condição de administrados para serem tratados como cidadãos, pois só assim é possível se atingir a democracia³⁰⁹.

Parcela da doutrina defende que a participação popular seria um direito fundamental implícito. Sobre o tema, Santos confere enfoque à soberania popular, em que a titularidade do poder estatal pertence ao povo, bem como a insere na categoria de direitos políticos, extraindo dos artigos 1º e 14 da Constituição Federal de 1988 a qualidade de direito fundamental da

³⁰⁵ BEÇAK, Rubens. **Democracia: hegemonia e aperfeiçoamento**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 70.

³⁰⁶ MOREIRA NETO, op. cit., 2014, p. 138.

³⁰⁷ DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Brasília: Editora UnB, 2001, p. 49.

³⁰⁸ BONAVIDES, Paulo. **Teoria da Democracia Participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 27.

³⁰⁹ ALMEIDA, Natália Silva Mazzutti. **Audiência Pública no Processo Administrativo Federal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015, p. 105-106.

participação popular³¹⁰. De igual maneira, o direito de participação poderia ser extraído do artigo 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos³¹¹. Independentemente de tal caracterização, observa-se que “a cidadania é o foco para onde converge a soberania popular”³¹².

A participação popular na seara política tem por finalidade inicial a superação do desinteresse político (em quaisquer de suas formas) que se encontra instalado na sociedade, com o fito de aumentar a atuação dos cidadãos no processo decisório, na gestão do poder público:

A teoria participativo-democrática é o polo oposto da catalaxe, e se concebe também contra todas as versões de democracia liberal que veem a política ativa como o domínio do governo e (como no caso dos pluralistas clássicos) de líderes de grupos de interesse. Ainda que essas proposições vejam uma larga medida de apatia e inatividade política da parte dos cidadãos ordinários como essencial à democracia, os democratas participativos consideram a apatia como uma falha e como uma tarefa maior dos democratas maximizar o engajamento ativo do cidadão³¹³.

Emerge a noção de deliberação como parte integrante do processo democrático e como essencial para o processo de tomada de decisões, estimulando-se a manifestação popular, com livre exposição de ideias e justificativas a fundamentar a adoção de um ou outro caminho na construção da decisão³¹⁴.

Como bem ressalta Boaventura Santos, a “Constituição foi capaz de incorporar novos elementos culturais, surgidos na sociedade, na institucionalidade emergente, abrindo espaço para a prática da democracia participativa”³¹⁵. Nessa linha, é possível apontar as consultas e audiências públicas como importantes exemplos das práticas democráticas oriundas da nova ordem constitucional.

A ideia que prevalece é a de incentivar a participação dos diversos atores sociais, eliminando a exclusão e a desconfiança, o que se faz mediante a criação de procedimentos aceitos pela sociedade; o foco não é propriamente a obtenção de um resultado (isto é, a posição prevalente entre a maioria dos presentes), mas sim a oportunidade de manifestação, o exercício da democracia em seu viés deliberativo³¹⁶.

³¹⁰ SANTOS, Fábio Gomes dos. Participação na Administração como **Direito Fundamental**. **Revista Digital de Direito Administrativo**, vol. 1, n. 2, 2014, p. 443-449. Disponível na Internet: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/74509>>, p. 443-449.

³¹¹ Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969.

³¹² SILVA, op. cit., 2000, p. 138.

³¹³ CUNNINGHAM, Frank. **Teorias da Democracia**. Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 148.

³¹⁴ BEÇAK, op. cit., p. 75.

³¹⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 65.

³¹⁶ OROZCO, Rosana Margarita Lizcano. *La Participación Ciudadana: ¿un baluarte de la democracia?*. **Revista de Derecho Público**, 34. Universidad de los Andes (Colombia), p. 10.

A concepção de democracia, que se alia à participação popular, ou seja, de superação da democracia meramente representativa por uma democracia participativa, de fato, estimula o fortalecimento de uma consciência social, desde que se possua a crença/confiança de que sua atuação é capaz de influenciar de forma efetiva nos desígnios da gestão pública e na concretização de seus respectivos interesses:

O princípio da participação está intimamente referido à expansão da consciência social e ao natural anseio das pessoas em influir de algum modo nas decisões do poder que repercutam sobre seus respectivos interesses; é nessa linha que se estão produzindo as transformações dos modelos simples de democracias representativas em modelos politicamente mais complexos, de democracias participativas, possibilitando aos cidadãos, na terça lição de Jean Rivero, não apenas escolher quem os governará, mas como querem ser governados³¹⁷.

Acerca da compreensão de democracia participativa como evolução da democracia representativa, sem que isso signifique a eliminação desta última, arremata Bim:

a leitura correta da democracia participativa é aquela que a considera como instrumento auxiliar da democracia representativa e, como tal, não deve deformar os institutos de participação nas decisões estatais, transformando-os em instrumento do mito da democracia direta, como se eles representassem a vontade geral e vinculassem os poderes públicos. A democracia participativa deve conviver com a representativa, sendo esta a regra e aquela a exceção, cujo exercício deve ocorrer dentro dos estritos parâmetros constitucionais, implicando, dessa forma, a exegese de seus instrumentos, ainda que previstos na Constituição³¹⁸.

A participação democrática deve ser encarada como importante instrumento de organização da titularidade e exercício do poder, possibilitando uma real constituição, legitimação e controle pelos cidadãos. Desta forma, o direito de participação se apresenta como uma forma de democratização das decisões estatais:

O princípio democrático, portanto, pode ser visto como um princípio de organização da titularidade e do exercício do poder. Com efeito, através dele o poder público passa a ser constituído, legitimado e controlado pelos cidadãos, que também interferem na definição quanto à forma de Estado e de governo. [...] Pode-se admitir, então, o direito de participação no âmbito administrativo como um meio de democratização da esfera do poder público. Tal direito, portanto, determina uma maior contribuição dos cidadãos na tomada de decisões referentes ao Estado. Fala-se, destarte, em processualização das decisões administrativas e da formação de sua “vontade”³¹⁹.

A legitimidade está relacionada com a justificação do poder estatal. É nesse sentido que a participação popular se presta a conferir maior legitimidade à atuação da Administração Pública, notadamente no que concerne à edição de atos normativos. Noutras palavras, a democracia participativa se apresenta como mecanismo de legitimação democrática das ações e decisões do Estado.

³¹⁷ MOREIRA NETO, op. cit., 2014, p. 138.

³¹⁸ BIM, Eduardo Fortunato. **Audiências Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 35.

³¹⁹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A Participação Popular na Administração Pública**: o Direito de Reclamação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 74.

Ressalta Moreira Neto³²⁰ que essa revisitação do princípio democrático através de uma “ampliação juspolítica do conteúdo da cidadania faz do princípio da participação [...] um instrumental indispensável para valorizar o princípio substantivo da legitimidade e dar-lhe efetividade no modelo contemporâneo de Estado de Direito”.

Assim, considerando que “a legitimidade é a regularidade das decisões e das ações do Estado”³²¹, mostra-se necessária a adoção de mecanismos participativos no âmbito da Administração Pública, notadamente no âmbito das agências reguladoras, como forma de conferir maior legitimidade democrática à sua atuação, isto é, maior regularidade às decisões estatais no campo da democracia participativa, permitindo que os cidadãos se manifestem acerca de seus interesses e expectativas, com aptidão para influir nas decisões a serem adotadas pelo Estado.

Os mecanismos de democracia participativa, que viabilizam a participação dos cidadãos na formação das decisões estatais, “são fundamentais porque aproximam o cidadão dos assuntos da *polis/civitas* e da responsabilidade na gestão da *res publicae*, ou seja, educam o cidadão para a democracia”³²². Democracia que, na visão de Bobbio, recebe a seguinte definição mínima: “por regime democrático entende-se primariamente um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados”³²³.

Destarte, a participação cidadã seria viabilizada por meio de técnicas consultivas (direcionadas aos setores interessados ou ao público em geral), sobretudo mediante a realização de consultas e audiências públicas.

Binenbojm assevera que:

a participação dos cidadãos se apresenta como a mais alentada forma de suprimento do problema do déficit de legitimação democrática das agências independentes. Se há uma dificuldade de legitimação decorrente da alocação de porção do poder do Estado em reguladores não eleitos e não sujeitos aos mecanismos tradicionais de aferição da responsividade social de sua atuação, o fomento à participação social nos processos regulatórios seria uma possível maneira de reforçar a autoridade das decisões das agências³²⁴.

Não se afigurando possível restringir hodiernamente a legitimidade da ordem jurídica à ideia de legalidade, que passa a ser encarada como a identidade entre a atuação do Poder Público e os anseios dos cidadãos, “a deliberação pública representa um importante

³²⁰ MOREIRA NETO, op. cit., 2014, p. 138.

³²¹ GOYARD-FABRE, op. cit., 1999, p. 281.

³²² BIM, op. cit., p. 35.

³²³ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 12.

³²⁴ BINENBOJM, op. cit., 2005, p. 15.

instrumento para reforçar a legitimidade da ação estatal”³²⁵. Nessa esteira, Fábio Lins afirma que “a instalação de uma Administração Pública democrática resolve o problema do déficit de legitimidade do Poder Público”³²⁶.

É nesse contexto que a legitimidade da regulação guarda íntima relação com os instrumentos democráticos. No âmbito das agências reguladoras, o exercício da cidadania, constante do artigo 1º da Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos da República, vem sendo apontado como alternativa para a superação do alegado déficit democrático. A participação popular nos atos normativos editados pelas autarquias regulatórias seria o caminho para garantir a legitimação democrática e o respeito ao princípio da participação administrativa³²⁷.

Em que pese a aptidão da participação popular para suprir o alegado déficit democrático da função normativa das agências reguladoras, não se pode olvidar que os regulamentos não possuem natureza legislativa. Trata-se de normas de natureza *sui generis*, produzidas no âmbito da Administração Pública, com conotação eminentemente técnica e distanciadas do componente político.

Quanto ao tema, Moreira Neto vislumbra dois planos distintos de legitimação da função estatal: político e administrativo³²⁸. A legitimação política refere-se à representação democrática e à atividade legislativa; já a legitimação administrativa diz respeito à participação democrática no seio da Administração Pública, notadamente para questões de natureza técnica.

O emprego de institutos eleitorais próprios de uma seleção política não se mostra compatível com a seleção técnica³²⁹. Desta sorte, não se conformando a capacidade normativa das agências reguladoras como exercício da função legislativa³³⁰, a escolha de dirigentes por via diversa da eletiva não importa em ausência de legitimidade democrática. A legitimidade da regulação, sobretudo no que concerne ao seu poder normativo, estaria relacionada à adoção de mecanismos de participação popular.

Com o intuito de fortalecer ainda mais a legitimidade das agências e sem afastar a adoção de instrumentos participativos, é possível pensar no fortalecimento da independência

³²⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 65.

³²⁶ CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. A Eficiência da Administração Pública e a Efetivação dos Direitos Fundamentais. In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa (coord.). **Direito Administrativo Inovador**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 167.

³²⁷ OLIVEIRA, op. cit., 2010, p. 13.

³²⁸ MOREIRA NETO, op. cit., 2003, p. 155.

³²⁹ Ibid., p. 162.

³³⁰ MOREIRA NETO, op. cit., 2006, p. 416.

política das agências reguladoras mediante a designação de dirigentes entre os servidores de carreira que compõem a própria autarquia regulatória. Trata-se de uma forma de conferir maior impessoalidade à escolha, observando o critério técnico e sem que se afaste inteiramente a liberdade de escolha do Executivo.

Apresentada a aptidão da participação popular como meio de legitimação da atuação estatal, com enfoque sobre o poder normativo das autarquias regulatórias, passa-se à análise dos mecanismos de controle social, político e jurisdicional exercidos sobre a atuação das agências, os quais fortalecem a sua legitimidade, porquanto se prestam à verificação da compatibilidade da atividade regulatória com a ordem jurídico-constitucional vigente.

4.2 A Participação Popular como Instrumento de Controle Social e seu Reflexo sobre o Poder Normativo das Agências Reguladoras

4.2.1 O Controle Social como Mecanismo de Legitimação da Atividade Normativa Regulatória

A referência ao controle social traz consigo a ideia de a sociedade participar ativa e diretamente no âmbito da Administração Pública, influenciando em suas decisões e na gestão da coisa pública. SILVA afirma que “o princípio participativo caracteriza-se pela participação direta e pessoal do eleitorado na formação dos atos de governo”³³¹.

No direito comparado, Calvão da Silva reconhece a existência de um déficit na legitimidade política das agências reguladoras e a busca pela compensação dessa falha por meio da adoção de procedimentos transparentes e participativos. Contudo, não admite que tal sistemática seja capaz de conferir a necessária legitimidade democrática:

À falta de uma legitimidade baseada na representatividade política, as autoridades reguladoras independentes tentam compensar o afastamento do circuito democrático pela racionalidade e correção formal das suas decisões, pela adoção de procedimentos transparentes, participativos e controlados diretamente pela comunidade social, numa abertura do processo decisório à sociedade civil, em concretização da democracia participativa.

Pela nossa parte, consideramos importante a adoção de procedimentos transparentes e participados pelos reguladores, mas não podemos admitir a superação da legitimidade democrática político-representativa, chave dos sistemas democráticos ocidentais, por pretensões de autorreferencialidade ancoradas em valores como a imparcialidade e a eficiência³³².

³³¹ SILVA, op. cit., 2000, p. 51.

³³² SILVA, op. cit., 2015, 406-407.

Em sentido diverso, Justen Filho aponta a participação popular como meio eficaz de conferir legitimidade democrática à atuação das agências reguladoras, destacando que “a concepção de agência independente legitima-se democraticamente não pela eleição dos seus membros, mas pela participação da sociedade na formação das decisões de competência da agência”³³³.

Nessa linha, Gordillo sustenta que o controle social permanente seria o principal mecanismo de promoção da democracia no seio da Administração Pública visando satisfazer os anseios da sociedade, de modo que a condução da Administração Pública demanda a participação popular, a qual não seria apenas possível, mas sim necessária³³⁴.

Não sendo o procedimento eletivo compatível com as seleções de natureza técnica, o controle social, corporificado na participação popular nos processos construção dos atos normativos regulatórios, qualifica-se como veículo de legitimação democrática das agências reguladoras, verdadeira consagração da democracia participativa.

O fomento à adoção de mecanismos de participação popular do cidadão na Administração Pública, em especial na atividade regulatória, visa estimular a manifestação dos diversos interessados nos processos de tomada de decisão das agências reguladoras, com destacada atenção para a edição de regulamentos (poder normativo).

Segundo a lição de Bim, a democracia participativa pode revestir-se de caráter político ou administrativo³³⁵. Na acepção política encontram-se o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular. Pela perspectiva administrativa, vislumbra-se uma subdivisão em orgânica (presença de cidadãos em órgãos consultivos ou de decisão) e não orgânica (oitiva da população por meio de consultas ou audiências públicas, exemplificativamente).

As leis que regem as diversas agências reguladoras preveem a realização de consultas e audiências públicas previamente à expedição de atos normativos. Trata-se de concretização do mandamento constitucional constante do artigo 37, § 3º, da Constituição Federal de 1988 e se caracteriza como manifestação de dois fundamentos da república: a cidadania e o pluralismo político³³⁶.

Lecionando sobre as audiências públicas, Gordillo pontua que a garantia de oitiva dos interessados antes de se proferir uma decisão que tenha aptidão para afetar seus interesses é um princípio clássico dos direitos constitucional e administrativo, seja implícito ou

³³³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na “Regulação Independente”?* In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.

³³⁴ GORDILLO, op. cit., p. II-28.

³³⁵ BIM, op. cit., p. 28.

³³⁶ BRUNA, op. cit., p. 272

explícito³³⁷. Sob tal perspectiva, a participação cidadã prevista no supracitado dispositivo constitucional poderia ser enquadrada como norma autoaplicável, a significar que sua realização nem sequer demandaria uma imposição legal.

A adoção de instrumentos participativos, em especial as audiências públicas, propicia o controle social³³⁸, por meio do qual os cidadãos podem verificar se a atuação administrativa se encontra de acordo com o ordenamento jurídico, respeitando parâmetros de juridicidade, circunstância que contribui para a legitimação das decisões estatais.

Um dos principais escopos das audiências públicas é exatamente conferir maior legitimidade às atuações e decisões administrativas, já que “possibilitam à Administração obter uma forma de legitimidade suplementar à legitimidade de que ela usualmente dispõe, por conta da forma como o diálogo propiciado por elas ocorre”³³⁹.

Tal forma de legitimação é considerada por Santos como legitimidade de proximidade, haja vista que relacionada com uma postura estatal de buscar aproximar-se dos cidadãos e perceber a sua realidade. Assim, constrói-se uma relação de diuturna interação com a sociedade, “tornando-se acessível e sendo permanentemente receptivo às manifestações da população, respondendo-as e justificando as decisões que toma”³⁴⁰, o que fomenta também o exercício da prática democrática pelos cidadãos.

No mesmo sentido, Chevallier aponta que a atual concepção de democracia reflete “a dessacralização da legitimidade fundada sobre a eleição”³⁴¹, uma vez que a legitimação da atuação estatal pode ser alcançada por outros caminhos, a exemplo da legitimidade de proximidade, identificando a regulação independente como um desses mecanismos.

Sem olvidar essa perspectiva de proximidade, é possível falar numa legitimação pela adoção de um procedimento democrático, em que a Administração Pública se vale de instrumentos participativos a fim de viabilizar o conhecimento de diversos pontos de vista sobre a matéria em exame, discutindo-se abertamente a questão e potencializando as chances de uma decisão racionalmente justificada, a ensejar a legitimação do uso do poder:

Aplicando a teoria da legitimidade pelo procedimento à função administrativa do Estado, concebe-se o processo como instrumento adequado para promover o desenvolvimento da atividade administrativa com a observância do sistema de direitos fundamentais, tendo sempre em foco o princípio da participação popular, que garante aos cidadãos atuarem no exercício das funções estatais em todas suas esferas de poder. Possibilita-se, assim, o rompimento com a tradicional estrutura

³³⁷ GORDILLO, op. cit., p. XI-1 et seq.

³³⁸ SANTOS. Fábio Gomes dos. **Audiências Públicas Administrativas no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 162.

³³⁹ Id., p. 164.

³⁴⁰ Id., p. 167.

³⁴¹ CHEVALLIER, op. cit., p. 117.

pautada exclusivamente pelo ato administrativo eminentemente unilateral para a exigência do desenvolvimento dialético da função administrativa. Assim, ao abrir a Administração Pública para a procedimentalização, permite-se que os pontos de vista dos cidadãos sejam conhecidos pelo poder público, amplia-se a possibilidade de discussão e aumenta-se a chance de se alcançar uma decisão racionalmente justificada – legitima-se o uso do poder³⁴².

Numa visão habermasiana, vislumbra-se a ideia de democracia deliberativa procedimental, em que a legitimação das decisões públicas não se justifica apenas pela vontade da maioria, tampouco pela eleição. Para ser reputada legítima, a decisão necessita originar-se de um processo discursivo racional e inclusivo. A soberania popular se apresenta, nesse contexto, como fundamento da adoção dos processos comunicativos, a fim de que a atuação do Poder Público resulte de deliberações populares. Por conseguinte, a racionalização discursiva caracteriza-se pela formação democrática da opinião, que se presta a direcionar a Administração Pública (não se trata de dominação)³⁴³.

Ao permitir a participação de diversos atores na formação da atuação estatal, mediante a oferta de diferentes perspectivas possíveis, sem discriminação e com diálogo em nível igualitário, com a superação de um modelo de soluções automáticas e atos unilaterais (fuga do monismo jurídico), verifica-se o que Hespanha denomina de mudança do paradigma legalista para o paradigma pluralista, em que este último surge como um complemento para a democracia³⁴⁴.

Com prevalência da noção de democracia participativa, a justificação das decisões estatais demanda do Estado a instauração de “procedimentos que permitam a deliberação pública, com a troca racional e motivada de opiniões entre pessoas que possuem visões diversas”³⁴⁵, não se admitindo a mera imposição unilateral de vontade. Desta feita, o debate entre os participantes, com exposição pública de ideias, faz-se acompanhar de um maior esforço argumentativo para alcançar o convencimento dos demais, fortalecendo a legitimação pelo procedimento³⁴⁶.

Nessa esteira, a legitimação da atuação administrativa por meio do processo recai especialmente sobre a abertura que se propicia à participação; assim, há o reconhecimento de

³⁴² ALMEIDA, op. cit., p.125.

³⁴³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – entre facticidade e validade**. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 23.

³⁴⁴ HESPANHA, António Manuel. Estadualismo, pluralismo e neo-republicanismo: perplexidades dos nossos dias. In: WOLKER, Antonio Carlos et al. (orgs.). **Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 156.

³⁴⁵ OLIVEIRA, op. cit., 2015, p. 65.

³⁴⁶ Ibid., p. 66.

que o processo, por si só, não é apto a legitimar, mas o maior envolvimento das partes na construção da norma (ou da decisão) traz consigo a almejada legitimidade³⁴⁷.

A discussão acerca da legitimidade democrática do poder normativo das agências reguladoras encontra-se inserida numa tendência de processualização, na qual a atividade administrativa, sob o influxo da democracia participativa, demanda a adoção de mecanismos de participação que possibilitam aos cidadãos influenciar na construção das normas regulatórias, conferindo-lhes legitimidade. Trata-se de uma forma de fortalecer a legitimação da atividade regulatória por meio do controle social, em que as decisões tomadas não são unilaterais (monismo), mas justificadas na própria sociedade (pluralismo).

4.2.2 Audiências e Consultas Públicas: a Efetivação do Controle Social pela Participação Cidadã

As audiências e consultas públicas, mecanismos de controle social existentes no seio das agências reguladoras, são descritas como notáveis por Aragão, haja vista que, regra geral, as leis determinam que tais procedimentos de participação popular sejam realizados em momento anterior à tomada de decisões e à expedição de atos normativos³⁴⁸.

A consulta pública significa o questionamento ao público em geral acerca de determinada questão; no caso do exercício do poder normativo, antes de editada a norma. Assim, por intermédio dessa sistemática, busca-se conhecer a opinião pública acerca do tema por meio da apresentação de manifestações formais (escritas).

As audiências públicas, por sua vez, se prestam a viabilizar participação de cidadãos (individualmente) e da sociedade civil organizada, facultando a exposição de ideias, questionamentos, críticas e sugestões, a fim de que a Administração Pública leve em consideração os diversos interesses envolvidos e tenha aptidão para decidir com maior embasamento, especialmente na elaboração e alteração de normas regulatórias.

Acerca do tema, leciona Rais:

a audiência pública pode ser conceituada como um instrumento que auxilia a tomada de decisões, permitindo o diálogo entre a autoridade que decide e a sociedade que conhece as peculiaridades do objeto da decisão, seja pela *expertise* na área, seja por ser sujeito direto ou indireto dos efeitos da decisão que se seguirá. Sua condução se dá, necessariamente, pela oralidade e é pautada pela elevada transparência,

³⁴⁷ BAPTISTA, op. cit., p. 245.

³⁴⁸ ARAGÃO, op. cit., 2013b, p. 469.

atribuindo maior substrato factual para a autoridade que decide, além de ampliar a legitimidade dessa decisão³⁴⁹.

Duas características das audiências públicas merecem ser destacadas. Em primeiro lugar, a necessidade de prévia designação de sessão específica, com o fito de realizar debates orais sobre determinado tema, ressaltando que não há submissão aos cidadãos de “quesitos ou soluções que necessariamente deverão ser implementadas; submete problemas e possíveis cursos de ação”³⁵⁰. Em segundo, em processos dessa natureza é facultado o comparecimento de qualquer do povo para oferecer sua contribuição, “independentemente de estar em pleno gozo de seus direitos políticos”³⁵¹, conformando este instituto como um espaço de cidadania por essência (não restrito aos que possuem o direito de votar).

A fim de exemplificar a participação no âmbito das agências reguladoras, é possível citar a Lei 9.427/1996, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), ao estabelecer em seu artigo 4º, § 3º, que será precedido de audiência pública, convocada pela agência, o processo decisório com possibilidade de afetar direitos dos agentes econômicos do respectivo setor ou dos consumidores.

De igual modo, no âmbito da Agência Nacional de Petróleo (ANP), o artigo 19 da Lei 9.478/1997 menciona a necessidade de se realizar prévia audiência pública nos casos de “iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários”. Sistemática semelhante consta dos artigos 19, inciso III, e 42 da Lei 9.472/1997 e do artigo 27 da Lei 11.182/2005, que impõem, respectivamente, à Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e à Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) a realização de consultas e audiências públicas em momento anterior ao exercício do poder normativo.

Concretamente, entre diversos casos de audiências públicas realizadas pelas agências reguladoras, cita-se a Audiência 53/2015, realizada pela ANEEL, que visava à obtenção de subsídios para a adequação do sistema de bandeiras tarifárias. A nota técnica elaborada pela agência com a finalidade de ofertar resposta às considerações faz menção à participação de distribuidoras, conselhos de consumidores e consumidores de forma geral, contendo num anexo específico o relatório de análise das contribuições³⁵². Somente após a conclusão do procedimento foi editada a Resolução Homologatória nº 1.945, de 28 de agosto de 2015.

³⁴⁹ RAIS, Diogo. **A Sociedade e o Supremo Tribunal Federal**: o caso das audiências públicas. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 34.

³⁵⁰ BIM, op. cit., p. 88.

³⁵¹ Ibid., p. 29.

³⁵² BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Nota Técnica nº 226/2015-SGT/ANEEL, de 27 de agosto de 2015. Processo 48500.000484/2015-77. Assunto: Aperfeiçoamento do Sistema de Bandeiras Tarifárias.

No caso das consultas públicas, as respostas e sugestões dadas à questão devem ser levadas em consideração, ainda que seu posicionamento não precise ser necessariamente observado, ou seja, caso a opinião pública sinalize um caminho a ser seguido, a agência reguladora não necessariamente deverá acolhê-lo, porém, far-se-á necessária uma manifestação de sua parte com a respectiva motivação, seja na hipótese de adoção da medida ou de sua rejeição.

Em sentido semelhante, as discussões travadas no âmbito das audiências públicas não possuem caráter vinculante para a Administração (o que vale também no âmbito das agências), que pode editar a norma regulatória em sentido contrário às considerações e sugestões realizadas. Trata-se, portanto, de um instrumento consultivo de participação popular (e não deliberativo)³⁵³, caracterizando-se como espaço para o diálogo.

Nessa esteira, é “impróprio falar em resultado de audiência pública, uma vez que nela não se vota sim ou não, apenas se colhem sugestões, opiniões e comentários do cidadão”³⁵⁴, coletando-se diversas manifestações, com pontos de vista distintos, que subsidiarão futura decisão do poder público. A ausência de deliberação (votação) e a ausência de cidadania propriamente dita (capacidade eleitoral ativa) implicam a impossibilidade de se falar em formação de maioria ou que representariam a vontade popular³⁵⁵.

Conforme se mencionou anteriormente, a democracia participativa é a democracia representativa com algumas concessões à participação popular, não se consubstanciando como um exercício de democracia direta, mas sim semidireta³⁵⁶. Por esta razão, em algumas situações específicas, a oitiva da população será necessária, inclusive possibilitando a declaração de invalidade do ato editado sem a sua observância, mas não terá efeito vinculante³⁵⁷; pois “eles não podem ser vistos como canalizadores da vontade geral”³⁵⁸.

Com efeito, impõe-se a defesa de que deliberações dessa natureza sejam levadas em consideração na construção de regulamentos e de decisões administrativas, ainda que o caminho trilhado pela agência seja diverso. Em que pesem as considerações ofertadas durante a realização de instrumentos participativos não vincularem os órgãos públicos, sempre que a

Disponível em: http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2015/053/resultado/ntecnica_aneel_226_2015.pdf.

Acesso em: 4/4/2016.

³⁵³ SANTOS, op. cit., 2015, p. 150.

³⁵⁴ BIM, op. cit., p. 85.

³⁵⁵ Ibid., p. 94.

³⁵⁶ Ibid., p. 31.

³⁵⁷ Para Eduardo Fortunato Bim, as audiências públicas jamais vincularão a Administração Pública, ainda que exista lei dispondo nesse sentido, uma vez que não detêm natureza plebiscitária ou de veto. Ibid., p. 35 e 87.

³⁵⁸ Ibid., p. 35.

realização desta fase procedimental for prevista em lei como necessária constituir-se-á como fundamento de validade do procedimento administrativo³⁵⁹.

Assim, a principal consequência da realização do procedimento participativo é o dever de manifestação por parte da Administração Pública, que se encontra obrigada a considerar o que foi debatido. Observe-se que “a abordagem das contribuições dos participantes consubstancia uma forma peculiar de motivação, mais detalhada, onde pode ser produzida justificação profunda das escolhas feitas pelo Poder Público”³⁶⁰.

Não obstante se defenda a utilização dos instrumentos participativos como forma de legitimação democrática do poder normativo das agências reguladoras, nem sempre a legislação prevê a obrigatoriedade de participação popular. Nessa linha, quando as consultas e audiências públicas não forem estabelecidas na lei de criação da agência como de realização obrigatória, impõe-se a aplicação subsidiária do artigo 31 da Lei 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo Federal), que previu a possibilidade de convocação de consulta pública nos casos em que a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, consignando expressamente o direito de o participante obter resposta fundamentada da Administração.

Noutras palavras, na forma da Lei do Processo Administrativo, embora de realização discricionária (facultativa), a consulta pública (e tal entendimento aplica-se perfeitamente às audiências públicas) gera o dever de manifestação da Administração Pública, no sentido de esclarecer o caminho a ser trilhado, tendo em vista as considerações e sugestões dos participantes.

Ainda, com fundamento no artigo 48 da citada lei, caso um cidadão ou uma entidade requeira a realização de um dos instrumentos participativos, sem que outra lei preveja a sua realização como obrigatória, a recusa do poder público merecerá, ao menos, uma motivação satisfatória, como mecanismo de privilegiar a democratização do procedimento.

Sempre que realizada consulta ou audiência pública, impõe o dever de manifestação acerca das considerações formuladas pelos participantes, o qual constitui fundamento de validade do ato, de maneira que sua inobservância ensejará a decretação de sua invalidade (no caso do poder normativo, a invalidade do regulamento).

As considerações esposadas, além de promover o respeito ao titular do poder (o povo), prestam-se a preservar o interesse dos cidadãos para voltar a participar noutras oportunidades. E mais, conforme aduz Schier, dessa maneira “o direito de participação

³⁵⁹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Participação Administrativa. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público da Bahia, nº 3, set./out./nov. 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 2 de maio de 2015, p. 18.

³⁶⁰ SANTOS, op. cit., 2015, p. 152.

contribui para a alteração do poder e para a mudança das relações de domínio, é um direito que une e integra os homens, transformando-os em uma comunidade de sujeitos ativos”³⁶¹.

Ainda que não se atribua caráter vinculante à participação popular, não há que se desmerecer sua função como importante mecanismo de controle por meio do exercício da cidadania, uma vez que se trata de uma oportunidade para a sociedade influenciar os poderes públicos, denominado de controle-fiscalização ou controle-influência.

o controle efetuado pelas consultas e audiências públicas é exatamente o controle-fiscalização, no qual o dirigismo da atividade estatal é controlado pela influência. Mais recentemente, com o surgimento do dever de motivar os atos estatais, a influência exercida pela audiência pública foi qualificada porque o Estado deve considerar, motivadamente, as opiniões populares recolhidas nos processos de auscultação popular³⁶².

No entanto, a despeito de a previsão legal estabelecer a facultatividade da utilização de procedimentos participativos, impõe-se a evolução desse entendimento, no sentido de compreender como obrigatória a participação popular para o exercício da atividade normativa regulatória, que encontra amparo constitucional na cidadania e no pluralismo político (fundamentos da República constantes do artigo 1º), na soberania popular (uma vez que todo poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes eleitos, na forma do parágrafo único do mesmo artigo) e no direito de participação (artigo 37, § 3º). O poder normativo das agências reguladoras legitima-se e se fortalece quando fruto de uma construção pluralista, processualizada e democrática.

No direito comparado, o exemplo americano pode contribuir para a sistematização de um procedimento de consulta popular. O modelo de produção normativa denominado de *informal rulemaking* é capaz de trazer contribuições salutares. Tida como um processo, a produção normativa das agências se inicia com a publicação da proposta do ato normativo e o convite aos interessados para se manifestarem. Todas as manifestações devem ser objeto de consideração, com a obtenção da respectiva resposta, ainda que seja para desconsiderá-la.

A processualidade do exercício do poder normativo das agências reguladoras, devidamente acompanhada da prestação de todas as informações³⁶³ necessárias pela Administração Pública em linguagem compreensível para o senso comum (ou seja, uma espécie de tradução da linguagem técnica), fortalece sua legitimidade, na medida em que permite a efetiva participação cidadã no processo de edificação da atuação estatal.

³⁶¹ SCHIER, op. cit., p. 74.

³⁶² BIM, op. cit., p. 46.

³⁶³ No âmbito da Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Município de Maceió – ARSMAC, a Lei nº 6.516/2015 preserva, em seu artigo 9º, o amplo acesso à informação.

A necessidade de prestação de informações, que encontra amparo nos princípios da publicidade e da moralidade, é ressaltada por Bruna:

os princípios da publicidade e da moralidade exigem que os procedimentos não sejam manobrados pela autoridade como armadilhas ou como meras simulações voltadas à legitimação formal de decisões preconcebidas. Para que isso não ocorra, é fundamental que a autoridade disponibilize aos interessados todas as informações relevantes de que disponha, especialmente as que vierem posteriormente a determinar o conteúdo de sua decisão, inclusive – e principalmente – a minuta da norma cuja edição se pretende. Sem isso, não há efetivamente qualquer consulta pública, já que os particulares não podem adequadamente proteger seus interesses, sem saberem exatamente quais são as pretensões da autoridade³⁶⁴.

Assim, as audiências e consultas públicas conformam-se como mecanismo de concretização da democracia participativa, aptas a suprir o apontado déficit democrático das agências, já que atraem a necessidade de oitiva dos cidadãos para o exercício da atividade regulatória, especialmente no que diz respeito à elaboração de regulamentos, consagrando a legitimação pela adoção de procedimentos participativos.

Muito se questiona quanto à legitimidade democrática e quanto à legalidade do exercício dessa competência normativa, sendo notório que a transmissão democrática de competência, do legislador para o regulador, assim como a previsão de instrumentos de democracia direta, especialmente com as audiências públicas e a obrigatoriedade do registro das participações e contribuições para fins de controle da atividade regulatória podem suprir as críticas³⁶⁵.

As consultas e audiências públicas possuem o claro intuito de democratizar a atuação das agências reguladoras por meio do fomento da participação popular, sanando a alegação de déficit democrático. Por certo, sempre que a lei determinar a realização de um instrumento participativo, a Administração Pública não poderá recusar-se a concretizá-lo, sob pena de invalidade do ato praticado.

Ademais, defende-se a obrigatoriedade de adoção dos instrumentos de participação popular previamente ao exercício da atividade normativa regulatória. Ao pretender editar um regulamento, a agência deverá disponibilizar a minuta do ato normativo e as informações de cunho técnico que foram utilizadas na sua construção. Adicionalmente, com a finalidade de permitir a efetiva participação popular, deverá traduzir tais informações para a linguagem comum. Tomadas tais providências, deverá convidar todos os interessados – sociedade e atores da regulação – a fim de que se manifestem sobre a matéria.

Ainda que as considerações formuladas pelos cidadãos não sejam de observância obrigatória, impõe-se o dever de manifestação da Administração Pública, no sentido de

³⁶⁴ BRUNA, op. cit., p. 272-273.

³⁶⁵ SOUTO, op. cit., p. 49.

esclarecer as razões que levaram à sua adoção ou rejeição. O dever de motivação³⁶⁶ das “decisões administrativas desempenha uma função primordial no controle da atividade normativa”³⁶⁷, demandando a especificação dos motivos e sua relação com a finalidade que se pretende alcançar.

Ao adotar algum desses procedimentos participativos, a agência deve envidar esforços para facilitar a compreensão acerca das questões técnicas postas em discussão, minimizando eventual discrepância de conhecimento técnico da matéria, a fim de que a complexidade do tema não se caracterize como um empecilho para a eficácia da audiência ou consulta pública. Reflexamente, evita-se que atores do setor regulado, com amplo conhecimento técnico, monopolizem as discussões e orientem os debates no sentido que lhes for mais favorável.

A propósito do tema, Baptista:

Não é necessário, pois, muito esforço para deduzir as consequências que, para uma Administração Pública informada pelo princípio da participação, podem decorrer do desequilíbrio existente entre os indivíduos e os corpos sociais organizados, relativamente à capacidade de intervir nos processos participativos. Sob a aparência de legitimidade conferida pela participação poderá se esconder, na realidade, um verdadeiro sequestro da Administração Pública por interesses setoriais, em detrimento das demais categoriais de interesses existentes na sociedade, inclusive o próprio interesse público³⁶⁸.

O domínio das discussões pelo agente regulado é questão de suma importância para o bom andamento do processo de edificação da norma reguladora, seja com o fim de permitir uma visão plural da situação posta em debate, seja para evitar que o ente regulador se veja cooptado e passe a exercer a regulação de forma a beneficiar os integrantes do setor.

Não obstante as dificuldades apresentadas, a adoção de instrumentos participativos pela Administração Pública caracteriza-se como um mecanismo eficaz de legitimação do poder normativo das agências reguladoras, não só para estimular a participação dos diversos interessados, conferindo caráter plural ao ato normativo, mas também no sentido de mediar interesses antagônicos, realizando, ao final, um filtro das diversas informações e considerações e consagrando a legitimidade pela adoção de procedimento participativo.

4.3 O Controle (Político) Exercido pelos Poderes Executivo e Legislativo

³⁶⁶ Os parágrafos 8º e 10º do artigo 18 da Lei Municipal 5.903/2010, com redação dada pela Lei nº 6.516/2015, estabelecem que toda decisão no âmbito da ARSMAC deverá ser fundamentada e publicada, submetendo-se previamente a contraditório e ampla defesa.

³⁶⁷ BRUNA, op. cit., p. 273.

³⁶⁸ BAPTISTA, op. cit., p. 164.

O controle político sobre a atuação das agências reguladoras é exercido em diferentes momentos. Desde quando editada a lei instituidora da entidade, mediante a delimitação de competências e definição de critérios para escolha e exoneração de dirigentes³⁶⁹, reconhece-se o exercício de controle com claro viés político, o que não afasta sua autonomia.

Importante notar que o controle político pode ser exercido, em tese, tanto pelo Poder Executivo quanto pelo Poder Legislativo. Faz-se mister, assim, analisar o reflexo dessa modalidade de controle sobre as autarquias regulatórias.

Pretende-se, neste momento, averiguar o cabimento do controle político sobre o poder normativo das agências reguladoras³⁷⁰. Isto é, se o Poder Executivo possui instrumento jurídico apto a controlar os regulamentos expedidos no exercício da atividade regulatória.

De início, merece ser registrado que não compete ao Poder Central exercer controle do mérito dos atos normativos expedidos pelas agências reguladoras, denominado por parcela da doutrina de controle administrativo³⁷¹. A independência técnico-decisional dessas entidades atrai a limitação à interferência externa quanto às suas escolhas, de maneira que, sob tal perspectiva, a supervisão ministerial não tem aptidão para alterar os regulamentos.

O regime jurídico aplicável às autarquias, as quais são dotadas de personalidade jurídica própria e submetidas à supervisão ministerial, inadmite qualquer tipo de interferência de caráter discricionário sobre sua atuação, a significar que as escolhas dessas entidades, legalmente respaldadas, não podem ser substituídas por escolhas da Administração Central.

Por conseguinte, considerando que a competência atribuída às agências reguladoras para editar normas restringe-se ao âmbito técnico, configurando-se como verdadeira manifestação de discricionariedade técnica, não há que se falar em submissão à tutela

³⁶⁹ GUERRA, Sérgio. **Introdução ao Direito das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 69.

³⁷⁰ Conforme se abordou alhures, os entes administrativos descentralizados, como é o caso das agências reguladoras, são dotados de autonomia perante o Poder Central para realizar suas funções, porém submetem-se à tutela administrativa através da supervisão ministerial, que não se confunde com o controle hierárquico. Desta maneira, admite-se o denominado controle finalístico, consubstanciado na análise da compatibilidade de sua atuação com seus fins institucionais e com a legalidade, que se configura como uma forma de controle político realizada pelo Executivo.

Dito isso, cumpre observar que a abordagem do presente tópico não se presta a analisar o cabimento de recurso hierárquico impróprio contra as decisões proferidas pelas agências no exercício da denominada função quase-judicial, a qual recai sobre a análise de casos concretos, tema que já foi apreciado no capítulo II, uma vez que essa modalidade de controle não se caracteriza como controle político.

Entretanto, não é demais destacar que o referido instrumento recursal, conforme se abordou anteriormente, não deve ser reconhecido como admissível no âmbito das agências reguladoras, em face da ausência de subordinação hierárquica, do caráter técnico da atuação das agências e da ausência de expressa previsão legal pelo cabimento do recurso, não obstante a existência de entendimento doutrinário (minoritário) em sentido contrário.

³⁷¹ BRUNA, op. cit., p. 255.

administrativa, razão pela qual Marrara adverte que “os poderes das agências reguladoras não estão de per se vinculados ao poder normativo ministerial”³⁷².

O caráter eminentemente técnico do poder normativo regulatório afasta o controle por parte do Executivo, uma vez que o controle hierárquico não se aplica à hipótese e a tutela administrativa não se presta a adentrar a análise de mérito. Assim, desde que as regras sejam tecnicamente estruturadas e em consonância com os objetivos traçados na lei deslegalizadora, rechaça-se peremptoriamente qualquer intromissão por parte da Administração Central.

Somente se afigura permitido, em tese, ao Poder Executivo controlar os atos normativos das agências reguladoras que extrapolem sua competência ou quando sejam praticados com abuso de poder ou mediante ofensa aos ditames legais e constitucionais. No entanto, as leis que instituem as agências não preveem o instrumento legal por meio do qual seria possível a retirada desses regulamentos do mundo jurídico, o que atrai a conclusão da necessidade de provimento jurisdicional a reconhecer a sua nulidade.

Nesse sentido, Moreira Neto menciona que “O controle do Executivo sobre as agências reguladoras limita-se, como regra, à escolha de seus dirigentes, sob pena de se ofender a autonomia que lhes é assegurada pelas leis instituidoras”³⁷³.

Por outro giro, o controle político também poderia ser realizado pelo Poder Legislativo. Conforme observa Cyrino, “é da essência do Estado Democrático de Direito o controle recíproco entre os Poderes”³⁷⁴.

Com efeito, conforme anteriormente destacado, o poder regulador não se confunde com o poder regulamentar. Noutras palavras, o Poder Executivo, na forma do disposto no artigo 84, IV, da Constituição Federal de 1988, pode editar atos normativos tendentes a complementar a previsão legal; já as agências reguladoras, mediante a aplicação da teoria da deslegalização, são legitimadas por lei (definidora de diretrizes e objetivos a serem alcançados) para disciplinar determinada matéria com base em critérios técnicos. A natureza desses poderes, portanto, não se confunde.

Nesse contexto, o artigo 49 do Texto Constitucional define as competências exclusivas do Congresso Nacional, oportunidade em que lhe autoriza a “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa” e lhe impõe o dever de “zelar pela preservação de sua competência

³⁷² MARRARA, Thiago. A Legalidade na Relação entre Ministérios e Agências Reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 395.

³⁷³ MOREIRA NETO, op. cit., 2003, p. 48.

³⁷⁴ CYRINO, André Rodrigues. **O Poder Regulamentar Autônomo do Presidente da República**. Belo Horizonte, Fórum, 2005, p. 179.

legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes”. Trata-se da consagração do controle político exercido pelo Legislativo sobre os atos normativos emanados do Executivo.

Esse mecanismo de controle político deve restringir-se às hipóteses em que se exorbita do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa. Não se fala, assim, em controle de mérito, de modo que não se afigura possível adentrar a análise do conteúdo do ato normativo senão para aferir se sua atuação ocorreu dentro dos parâmetros constitucionalmente estabelecidos. Por consequência, mostra-se incabível a hipótese de sustação de regulamentos quando o Legislativo pretenda, simplesmente, disciplinar a matéria de forma diversa.

No que concerne às agências reguladoras, que editam atos normativos com fundamento na deslegalização, a qual se caracteriza como modalidade de delegação legislativa, reconhece-se a competência do Congresso Nacional para sustar os regulamentos que exorbitem os limites da delegação. Noutros termos, trata-se da “possibilidade de controle da descentralização administrativa pela centralização governamental”³⁷⁵.

Nessa esteira, tecendo comentários ao artigo 49, V, da Constituição Federal de 1988, Sérgio Guerra leciona que “o controle parlamentar das Agências Reguladoras se insere na competência privativa conferida ao Congresso Nacional para sustar os atos normativos da Administração Pública, que ultrapassem os limites do poder regulamentar”³⁷⁶. Trata-se de entendimento compartilhado por Cyrino, para quem o controle exercido com fundamento no mencionado dispositivo constitucional é aplicável “tanto para os regulamentos de execução quanto para os regulamentos independentes e autônomos, sendo tal conclusão reforçada pela atribuição do Congresso de zelar pela preservação da própria competência legislativa”³⁷⁷.

A fim de exemplificar essa situação, menciona-se a edição da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 52/2011 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)³⁷⁸, que determinava a proibição de uso e o controle de substâncias utilizadas para o tratamento da obesidade (inibidores de apetite). Considerando que a resolução impunha restrições contrárias

³⁷⁵ MORAES, Alexandre. Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre (Org.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 29.

³⁷⁶ GUERRA, S. op. cit., 2004, p. 70.

³⁷⁷ CYRINO, op. cit., p. 178.

³⁷⁸ Dispõe sobre a proibição do uso das substâncias anfepramona, femproporex e mazindol, seus sais e isômeros, bem como intermediários e medidas de controle da prescrição e dispensação de medicamentos que contenham a substância sibutramina, seus sais e isômeros, assim como intermediários e dá outras providências. Disponível em:

<http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/dd91710048acfdab5b2b7e2d0c98834/RDC_52_2011_10_de_outubro_de_2011.pdf?MOD=AJPERES>.

à opinião de especialistas³⁷⁹, o Congresso Nacional aprovou o Decreto Legislativo nº 273/2014³⁸⁰, o qual determinou a sustação de seus efeitos.

No entanto, há igualmente que se reforçar a impossibilidade de o Congresso adentrar a análise de mérito. Não compete ao Legislativo, valendo-se do poder atribuído pelo artigo 49, V, da Constituição Federal de 1988, disciplinar a matéria em sentido diverso, o que descaracterizaria tal instrumento de controle e importaria em inobservância à escorreita atribuição constitucional de competências.

Tal impossibilidade tem especial importância no exercício da atividade regulatória, na medida em que a outorga de competência às agências para editar normas tem caráter prevalentemente técnico. Ao transferir a disciplina da matéria para determinado ente descentralizado e especializado naquele setor específico, reconhece-se a capacidade de a agência enfrentar e disciplinar a questão com maior qualidade. Nessa toada, as autarquias regulatórias passam a ser as responsáveis por exercer a regulação setorial, sempre seguindo os parâmetros legalmente estipulados.

Caso uma agência reguladora, ao expedir um regulamento, exorbite dos limites da delegação legislativa, por exemplo, disciplinando questões relativas a outro setor, será perfeitamente cabível a sustação do ato normativo pelo Legislativo, com fundamento no artigo 49, V, da Constituição Federal de 1988. Contudo, quando a regulação não ultrapassar os parâmetros da delegação, tal dispositivo não se mostrará aplicável à hipótese.

Desse modo, é possível afirmar que o controle político objeto da presente análise, seja ele exercido pelo Executivo ou pelo Legislativo, não se reveste de natureza discricionária, ou seja, não se configura como controle político de conveniência e oportunidade³⁸¹. Trata-se de controle lastreado em juízo de juridicidade, voltado a preservar o bloco de legalidade.

Não se pode olvidar que o Legislativo, ao deslegalizar a matéria, deslocando sua disciplina do âmbito legal para o âmbito do regulamento, não renuncia a sua competência. Remanesce sempre a possibilidade de posteriormente editar outra lei em sentido contrário, estabelecendo regramento diverso. Assim, de um lado, é necessário reconhecer que a possibilidade de sustar um regulamento é limitada, devendo ser exercida exclusivamente quando a agência extrapolar os limites da delegação; de outro, resta claro que o Legislativo

³⁷⁹ Parecer nº 620/2014 da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=153450&tp=1>>.

³⁸⁰ Art. 1º Fica sustada, nos termos dos incisos V e XI do art. 49 da Constituição Federal, a Resolução – RDC nº 52, de 6 de outubro de 2011, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, que dispõe sobre a proibição do uso das substâncias anfepramona, femproporex e mazindol, seus sais e isômeros, bem como intermediários e medidas de controle da prescrição e dispensação de medicamentos que contenham a substância sibutramina, seus sais e isômeros, assim como intermediários.

³⁸¹ CYRINO, op. cit., p. 180.

pode pretender disciplinar a matéria de forma diversa, por entender que seu conteúdo deveria ser outro. Neste caso, a qualquer tempo, afigura-se possível a aprovação de lei que estabeleça regramento diverso acerca de regra constante de regulamento.

4.4 Controle Judicial

4.4.1 Mecanismos Jurisdicionais de Controle

Na presente etapa, busca-se avaliar se os mecanismos jurisdicionais de controle da atividade normativa regulatória contribuem, de forma eficaz, para o fortalecimento da legitimidade das agências, considerando que compete ao Judiciário a defesa da Constituição. Assim, não se pretende explicitar todos os aspectos processuais de cada uma das medidas, senão verificar a existência de eventuais limitações que possam influenciar na amplitude do controle judicial sobre o poder normativo regulador.

Nos termos do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, consagrando a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, o Poder Judiciário tem a irrecusável atribuição de controlar o exercício da atividade normativa dos órgãos executivos. Sob tal fundamento, o Poder Judiciário pode intervir nas questões que lhe sejam levadas para apreciação, sempre que se verificar a ocorrência de lesão ou ameaça a direito (individual ou coletivo):

a inafastabilidade do controle judicial, consagrada constitucionalmente, aplica-se integralmente às Agências Reguladoras, pois a Administração Pública Direta ou Indireta deve, como todos os administrados, total obediência ao primado da Constituição e à legalidade, já que discricionariedade administrativa não se confunde com arbitrariedade administrativa³⁸².

Apesar da ampla possibilidade, em tese, de controle jurisdicional sobre os atos da Administração Pública, segundo ressalta Bruna, são vislumbradas limitações de índole adjetiva no caso de atos normativos editados pelas agências reguladoras³⁸³. As possibilidades de controle pela via judicial, na prática, não se mostram tão amplas.

É que o poder normativo das agências reguladoras enseja a edição de normas dotadas de abstração e generalidade, não se prestando a produzir efeitos apenas sobre determinada situação concreta, mas sobre número indeterminado de pessoas, no caso, todos os atores que compõem o setor objeto da regulação.

³⁸² MORAES, op. cit., 2002, p. 33.

³⁸³ BRUNA, op. cit., p. 264.

Assim, o meio para se postular a anulação do ato normativo expedido pela agência seria o controle concentrado de constitucionalidade, mediante ação direta de inconstitucionalidade, cuja legitimidade para a propositura se restringe aos sujeitos que constem do rol taxativo do artigo 103 da Constituição Federal de 1988. Trata-se, esta, da primeira grande limitação à via de controle ora analisada, uma vez que os regulamentos das agências não poderiam ser atacados por todos os interessados, mas tão somente por um número restrito de pessoas legitimadas.

A segunda limitação, ainda mais intensa, decorre da previsão do artigo 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988, que prevê a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, e refere-se à inadmissibilidade, por parte do próprio STF, de tramitação de ações perante a Corte, quando a norma impugnada não ferir diretamente a Constituição. Noutras palavras, não se admite o cabimento da referida ação constitucional quando o ato normativo promover uma ofensa constitucional meramente reflexa à Constituição, ou seja, quando violar primeiramente a lei e, em seguida, a Constituição³⁸⁴.

Destarte, considerando que o poder normativo das agências reguladoras deflui sempre da legislação infraconstitucional, encontrando na lei seu fundamento de validade mais próximo, a análise acerca da constitucionalidade de seus atos normativos não se faz possível pelo Supremo Tribunal Federal pela via do controle concentrado, que seria o âmbito adequado para a aferição de eventual inconstitucionalidade de atos normativos.

Nesse sentido, Alexandre Moraes:

não haverá, em regra, a possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade pelo STF dos atos normativos editados pelas Agências Reguladoras, pois haveria a necessidade de analisar sua compatibilidade com os modelos genéricos – *standards* – previstos na lei, para concluir-se pela constitucionalidade ou não da norma secundária. Nesses casos, a jurisprudência da Corte Suprema é clara ao proclamar que a ação direta de inconstitucionalidade não é instrumento hábil para controlar a compatibilidade de atos normativos infralegais em relação à lei a que se referem, pois as chamadas crises de legalidade, caracterizadas pela inobservância do dever jurídico de subordinação normativa à lei, escapam do objeto previsto pela Constituição³⁸⁵.

Alexandre Moraes menciona, ainda, o cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental, condicionado, por óbvio, a um ato da agência que viole preceito

³⁸⁴ Precedentes: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.419, Relator: Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgamento em 24 de abril de 1996, publicado em 7 de dezembro de 2006; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.628, Relator: Ministro Sydney Sanches, Relatora para Acórdão: Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgamento em 14 de abril de 2002, publicação em 5 de março de 2004; Agravo Regimental em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.218, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgamento em 13 de dezembro de 2012, publicado em 18 de fevereiro de 2013.

³⁸⁵ MORAES, op. cit., 2002, p. 34.

fundamental³⁸⁶. Não obstante o objeto da ADPF englobe lei ou ato normativo, seu cabimento restringe-se a hipóteses específicas (ainda mais restrito que as demais ações de controle concentrado) e padece da limitação no que diz respeito ao rol de legitimados à sua propositura.

Relativamente às agências reguladoras, a impossibilidade de propositura de ação direta de inconstitucionalidade para afastar/retirar o regulamento do ordenamento jurídico em virtude de incompatibilidade com a Constituição, haja vista a existência de uma lei que afaste a ofensa direta, reduz em demasia a possibilidade de controle abstrato, instrumento este que possui a função de purificar o ordenamento jurídico em caráter definitivo:

o Supremo Tribunal Federal entende não caber ação direta de inconstitucionalidade contra ato regulamentar que exceda os limites da lei, sem violar diretamente dispositivo constitucional. No campo da regulação econômica, isso estreita em demasia as possibilidades de controle concentrado do ato regulamentar, uma vez que muitas das diretrizes a serem seguidas pela autoridade administrativa na edição do ato normativo são fixadas pelo legislador, tornando certamente mais frequentes as hipóteses de mera ilegalidade do que os casos de afronta direta ao texto da Lei Maior³⁸⁷.

Em que pese tal posicionamento da Corte, Mendes entende que, ao menos em relação aos atos normativos editados pelas agências reguladoras, o controle concentrado de constitucionalidade deveria ser admitido, uma vez que tais normas não se enquadram como simples regulamentos de execução:

O exame superficial das competências desses órgãos reguladores no sistema brasileiro e uma análise singela da prática das diversas agências no direito comparado estão a indicar que, qualquer que seja a classificação adotada, as normas produzidas por esses entes não poderão jamais ser classificadas como simples regulamentos de execução.

Assim, pareceria de bom alvitre que, pelo menos no que diz respeito aos atos normativos expedidos pelas agências, passasse o Supremo Tribunal Federal a conhecer das ADINs sem qualquer ressalva³⁸⁸.

O caminho, então, seria o controle judicial do exercício do poder normativo das agências reguladoras mediante a propositura de demandas individuais, com caráter incidental, passível de realização por qualquer juiz ou tribunal, seja para analisar inconstitucionalidade ou ilegalidade. Todavia, o exame que se faz em tais casos recai sobre um caso concreto, não se afigurando possível a análise em abstrato da validade da norma. Por conseguinte, eventual reconhecimento da incompatibilidade do regulamento com a lei ou com a Constituição não se mostra apto a retirar o ato normativo do mundo jurídico.

De outro lado, não se pode ventilar o cabimento de ação civil pública, pois tal instrumento processual, conforme posicionamento pacífico do Superior Tribunal de Justiça,

³⁸⁶ Ibid., p. 34.

³⁸⁷ BRUNA, op. cit., p. 264-265

³⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 583.

não deve ser adotado como substitutivo de ação direta de inconstitucionalidade³⁸⁹. Assim, eventual reconhecimento de inconstitucionalidade, nesses casos, apenas produzirá efeito *inter partes*, não ostentando eficácia *erga omnes*, o que significa dizer que a norma permanece vigente e aplicável.

Nesse contexto, percebe-se que o controle jurisdicional exercido sobre a atividade normativa das agências reguladoras não possui a amplitude necessária, considerando que as normas produzidas são dotadas de abstração e generalidade, bem como têm aptidão para inovar no ordenamento jurídico, notadamente por meio da instituição de limitações de ordem técnica no âmbito do respectivo setor regulado, o que atrai a necessidade de instrumento processual apto a aferir a compatibilidade em abstrato do regulamento com a ordem constitucional e infraconstitucional pátria ou a revisão de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de admitir o controle concentrado de constitucionalidade contra atos normativos regulatórios.

4.4.2 Uma Análise acerca dos Parâmetros e Limites do Controle Judicial

Feito um panorama quanto aos mecanismos disponíveis para a realização do controle judicial das normas editadas pelas agências reguladoras, mostra-se necessário pontuar os parâmetros e limites desse controle, bem como verificar as margens de atuação do Judiciário na aferição da constitucionalidade/legalidade dos regulamentos.

A temática, todavia, não tem sido objeto de diagnóstico profundo em âmbito nacional; a discussão ainda permanece voltada primordialmente para o debate da (in)constitucionalidade do poder normativo regulatório. Nessa esteira, mostra-se pertinente iniciar a presente abordagem pelo direito comparado.

Nos Estado Unidos da América, o caso *Chevron v. Natural Resources Defense Council*³⁹⁰, de 1984, apresenta-se como emblemático, uma vez que nessa oportunidade a Suprema Corte norte-americana definiu contornos para o controle jurisdicional exercido sobre normas expedidas pelas agências reguladoras ao adotar a sistemática conhecida com teste dos dois passos (*two steps*).

³⁸⁹ Precedentes: Recurso Especial nº 883.690/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20 de setembro de 2007, Publicado em 22 de outubro de 2007; Recurso Especial nº 801.180/MT, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 2 de agosto de 2007, publicado em 10 de setembro de 2007; Recurso Especial nº 1.569.401/CE, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 8 de março de 2016, publicado em 15 de março de 2016.

³⁹⁰ SUPREMA Corte dos EUA. *Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC*, 467 U.S. 837 (1984). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/837/case.html>>. Acesso em: 1/3/2016.

O primeiro passo busca saber se existe lei que discipline a matéria, de modo que, se a opção legislativa estiver claramente definida, esta deverá prevalecer sobre os atos normativos regulatórios. Destarte, havendo clara disposição legislativa, os regulamentos não poderão contrariar a lei e o Judiciário deverá posicionar-se no sentido de prevalectimento da norma legal.

Superado o primeiro passo e diante da ausência de precisa definição legal da questão objeto da discussão (ausência de disciplina ou multiplicidade de interpretações possíveis), caberá ao Judiciário verificar se a norma editada pela agência reguladora disciplinou a matéria dentro de padrões de razoabilidade. Assim, caso a interpretação constante do ato regulatório seja plausível, não se mostra cabível a intervenção judicial. Noutras palavras, o Judiciário não pode substituir a vontade do administrador pela sua própria.

Na oportunidade, a Suprema Corte norte-americana não reconheceu a inconstitucionalidade do ato regulatório, porquanto inexistia dispositivo legal que disciplinasse claramente a matéria, bem como porque as regras definidas pela agência reguladora eram lícitas e razoáveis.

Conforme ressalta Lima:

o caso Chevron não afastou a possibilidade do controle judicial das agências reguladoras, apenas previu uma regra de autocontenção. A conclusão que podemos tirar do caso é que, no Direito norte-americano, conforme a doutrina Chevron, o Judiciário pode efetuar o controle dos atos das agências quando estes claramente contrariem a legislação. Todavia, nos casos em que há múltiplas interpretações possíveis da norma, cabe ao Judiciário conceder uma margem de discricionariedade à agência, não devendo substituir a posição da agência por sua opinião. Nessa hipótese, ele deve restringir-se a avaliar se a agência interpretou a norma de maneira lícita. A partir do Caso Chevron, a Suprema Corte norte-americana deixou claro que os juízes não são especialistas em áreas técnicas, não gozam do mesmo nível de dados e informações que as agências e que não têm a mesma responsabilidade política em face da população³⁹¹.

O caso Chevron converge para a conclusão de ser plausível uma análise por etapas do controle judicial praticado sobre os atos normativos produzidos pelas agências reguladoras, num exercício desencadeado em etapas sucessivas e simplificadas. Trata-se de um modelo que pode ser utilizado como base para a construção de parâmetros de controle jurisdicional do poder normativo das agências reguladoras no ordenamento jurídico pátrio, na medida em que exige a observância de um procedimento e do respeito à participação popular, num primeiro momento, sem olvidar a possibilidade de controlar o conteúdo, desde que observados padrões de razoabilidade.

³⁹¹ LIMA, op. cit., 2013, p. 157-158.

Transportando a ideia para a realidade nacional, é possível vislumbrar um controle jurisdicional realizado em cinco etapas. Na primeira, a análise recai sobre o procedimento administrativo adotado pela autarquia regulatória na confecção do ato normativo³⁹². Assim, considerando que as atividades das agências reguladoras revestem-se de caráter técnico, notadamente no exercício de seu poder normativo, o procedimento tendente à produção do respectivo ato deve iniciar-se com estudos e dados técnicos, franqueando em seguida que eventuais interessados se manifestem sobre a questão e, finalmente, que demonstre tecnicamente as razões que justificaram a construção da regra³⁹³.

A segunda fase apresenta-se como o momento de aferição da observância do contraditório, num processo dialético que assegure a legitimidade democrática³⁹⁴, composto tanto pelo dever de publicidade e informação quanto pela adoção de instrumentos participativos que viabilizem efetivamente o diálogo entre o Poder Público e a sociedade, notadamente as consultas e audiências públicas. Conforme apontado anteriormente, a realização de uma etapa de participação cidadã fortalece a legitimidade do poder normativo das agências reguladoras e, à medida que passa a ser enxergada como dever da Administração, o controle judicial que sobre ela recai contribui com o processo de legitimação, uma vez que aparece como via de aferição da observância e da regularidade do controle social.

A terceira fase é uma decorrência da anterior. Respeitado o contraditório e manifestando-se os interessados, a análise judicial deverá examinar se a agência reguladora ponderou, no plano técnico, as considerações que foram feitas, ofertando justificativa para a adoção ou rejeição das sugestões³⁹⁵. Avalia-se se a Administração cumpriu seu dever de manifestação, que impõe a deliberação acerca das observações ofertadas no curso do procedimento participativo, seja para acolhê-las, seja para afastá-las.

O controle jurisdicional exercido nessas três primeiras etapas diz respeito a questões procedimentais, não se prestando à averiguação do mérito dos regulamentos. As próximas, por sua vez, referem-se à análise do conteúdo do ato normativo.

Na quarta fase do controle judicial o julgador deverá averiguar se o caso concreto comporta a edição de regulamento, isto é, se a lei que instituiu a agência reguladora previu, ainda que genericamente, a competência para expedir normas no exercício da atividade

³⁹² LIMA, Gustavo Augusto Freitas de. **Poder Normativo das Agências Reguladoras e Controle Judicial**. Dissertação de Mestrado. Brasília, 2012, p. 270.

³⁹³ Ibid., p. 270-271.

³⁹⁴ Ibid., p. 272.

³⁹⁵ Ibid., p. 273.

regulatória. Constatada a existência da lei de deslegalização, passa-se à derradeira etapa. Caso contrário, o ato normativo carecerá da imprescindível outorga de competência por parte do Legislativo, sendo, portanto, incompatível com a ordem jurídico-constitucional vigente.

A quinta e última fase refere-se à análise do mérito dos atos normativos expedidos pelas agências reguladoras, a fim de examinar se as regras ditadas respeitam o bloco de legalidade e se seu conteúdo é admissível. Destarte, notadamente no que concerne às decisões lastreadas em critérios técnicos, como no caso do poder normativo, o Judiciário deve adotar uma posição de relativa autocontenção³⁹⁶, no sentido de limitar sua margem de controle às hipóteses em que a norma contrarie a juridicidade.

Nessa linha de raciocínio, Sérgio Guerra adverte que o termo discricionariedade técnica tem a finalidade exclusiva de promover “uma limitação jurisdicional do controle do seu exercício, no sentido de evitar que as escolhas técnicas da Administração não sejam substituídas pelas opções técnicas realizadas pelo juiz”³⁹⁷. Outra não é a visão de Roman, para quem a utilização de critérios e conceitos técnicos se presta a conferir maior certeza às atuações da Administração Pública, de maneira que “não compete [...] ao magistrado substituir o significado empregado pela Administração quando este se revele plausível, coerente, razoável e proporcional na hipótese”³⁹⁸.

Não se pretende, assim, que o Poder Judiciário abdique de suas competências constitucionais ou o afastamento de determinadas matérias do controle jurisdicional, mas apenas que este seja exercido de forma a respeitar as escolhas traçadas (com caráter eminentemente técnico) pelos entes reguladores.

Adotadas essas cinco etapas, o controle judicial contribui para o fortalecimento da legitimidade do poder normativo regulador, haja vista que enaltece a ideia de democracia participativa procedimental, bem como assegura o respeito à independência das agências nos planos técnico e político.

³⁹⁶ MOREIRA NETO, op. cit., 2003, p. 162.

³⁹⁷ GUERRA, S. op. cit., 2004, p. 66.

³⁹⁸ ROMAN, op. cit., p. 185.

5 CONCLUSÃO

O intuito do presente trabalho recaiu sobre a análise da compatibilidade do poder normativo regulador com o ordenamento jurídico-constitucional vigente, averiguando a adequação do fenômeno da deslegalização à realidade brasileira e a legitimidade democrática das agências reguladoras.

Nesse caminho, mostrou-se necessário analisar o surgimento da regulação no direito comparado, notadamente o exemplo norte-americano, e os fundamentos que conformam a atividade regulatória do Estado (atuação setorial, neutralidade/equidistância em relação aos interesses regulados, caráter eminentemente técnico, independência/autonomia reforçada), reconhecendo-se na independência política, técnico-decisional, administrativa (gerencial, orçamentária e financeira) e normativa os aspectos mais marcantes da regulação.

A independência política, vinculada à sistemática de escolha e à estabilidade temporária dos dirigentes (vedação à exoneração *ad nutum*), reflete o necessário distanciamento do órgão regulador em relação aos atos que compõem o setor regulado, incluindo-se o próprio Estado.

Por sua vez, a independência técnico-decisional reflete o caráter eminentemente técnico de sua atuação, conferindo conotação específica à independência política. Nesta oportunidade, destaca-se ainda a impossibilidade de realizar controle hierárquico sobre as autarquias regulatórias, de modo que não se afigura possível falar em recurso hierárquico impróprio das decisões proferidas no âmbito das agências, afastando-se sua subordinação em relação à Administração central.

A independência normativa pode ser qualificada como o principal atributo da regulação. A essência das agências é a capacidade para editar normas de caráter técnico no âmbito do setor que se prestam a regular. Tal outorga de competência é feita diretamente pelo Legislativo, que retira determinada matéria do domínio da lei, passando-a ao domínio do regulamento, o que se denomina de deslegalização ou delegificação.

O poder normativo das agências reguladoras não se confunde com o poder regulamentar da Chefia do Executivo, pois enquanto este último encontra fundamento no artigo 84, IV, da Constituição Federal de 1988, os regulamentos são editados com fulcro nos artigos 21, XI, 174 e 177, § 2º, II, também da CRFB/88, bem como nas leis deslegalizadoras. Ademais, ambos possuem características/finalidades distintas: enquanto o poder regulamentar se presta a promover a fiel execução da lei, o poder regulador disciplina a matéria

deslegalizada, com abstração e generalidade, sendo instrumento apto a inovar no ordenamento jurídico.

Registre-se que não há que se falar em violação ao princípio da legalidade, atualmente compreendida como juridicidade. As agências reguladoras, ao editarem os regulamentos, precisam respeitar o bloco de legalidade, especialmente os preceitos e valores constantes da Constituição Federal de 1988. Contudo, não se afasta a aptidão para inovar no ordenamento jurídico, ainda que se refira à edição de regramentos com caráter técnico e compatíveis com diretrizes traçadas pelo legislador. Nessa linha, diz-se que a atuação da Administração Pública demanda uma atribuição de competência, não se admitindo mais o vetusto conceito de legalidade administrativa que restringia sua atuação ao que estivesse previamente estipulado em lei.

É pertinente a distinção entre reserva legal absoluta e relativa. A primeira refere-se às matérias que devem ser inteiramente regradas por lei em sentido formal. A segunda diz respeito às questões que admitem parcela de suas regras em normas não editadas pelo Poder Legislativo, de modo que a este compete apenas a definição de parâmetros. A ideia de juridicidade enquadra-se nesse contexto, porquanto não vincula a conduta administrativa à estrita previsão legal, admitindo que a Administração se conduza embasada em habilitação legal, sem afastar a necessidade de respeito ao Direito.

O poder normativo das agências reguladoras pode ser explicado de acordo com a teoria da deslegalização, compreendida como espécie de delegação legislativa que promove a modificação do plano normativo em que se dará a normatização de determinadas matérias, passando para a seara do regulamento questões anteriormente reservadas à lei, sem que se configure a negação de sua primazia. Por consequência, há um alargamento da competência normativa do Executivo promovido pelo próprio Legislativo ao transferir a capacidade de estabelecer regras. As normas reguladoras, registre-se, são dotadas de abstração, generalidade e aptidão para inovar no ordenamento jurídico.

Nesse contexto, a admissibilidade das normas reguladoras promove uma ressignificação do princípio da legalidade, seja sob a perspectiva da Administração Pública, porque autorizada a atuar com fundamento em norma habilitadora, seja em relação ao particular, na medida em que aceita a possibilidade de o Executivo editar normas de caráter geral e abstrato com aptidão para inovar, as quais deverão ser observadas por todos os atores da regulação (públicos ou privados).

Não se pode olvidar que a deslegalização não resulta na abdicação de competências outorgadas constitucionalmente, mas tão somente se percebe que a criação de entes

especializados em determinado setor gera um ganho qualitativo no trato das respectivas questões, inclusive para ditar normas. Com o Legislativo remanescem as funções de legislar e de controlar, uma vez que não há renúncia. Destarte, é possível falar numa delegação legislativa imperfeita, uma vez que não há uma completa transferência da competência para reger a matéria, sendo possível que o legislador exerça a qualquer tempo o seu mister, definindo previsões em sentido diverso ou revogando a lei habilitadora.

O poder normativo regulador possui natureza jurídica *sui generis*, pois não se enquadra como poder regulamentar, tampouco como norma legal, figurando hierarquicamente subordinado ao disposto em lei. Por via de consequência, caso o regulamento veicule disciplina diversa da anteriormente constante de lei, não se pode compreender sua força para revogar o ato legislativo. Em verdade, não obstante se admita a possibilidade de o regulamento definir regras diferentes daquela constante em legislação anterior, o fundamento de validade da revogação será a lei de deslegalização, ressaltando-se a mera revogação diferida pela atividade normativa regulatória.

Ultrapassada a discussão acerca da violação ao princípio da legalidade, faz-se necessário enfrentar a legitimidade democrática, uma vez que a atividade de criação de normas deveria recair sobre representantes eleitos pelo povo. Contudo, não se pode olvidar que a eleição não é o único mecanismo de legitimação acolhido pela ordem constitucional vigente, a exemplo de Ministros de Estados, que são indicados pela Chefia do Executivo. Outro fator importante é o caráter não legislativo dos atos normativos regulatórios e a necessidade de respeito aos objetivos traçados na lei que promove a deslegalização. De todo modo, é incorreto afirmar a identidade entre os conceitos de legitimidade e legalidade.

Considerando que se trata da edição de normas de natureza eminentemente técnica, é correta a opção por deixar a responsabilidade de elaborar as regras atinentes ao setor sob o comando de entidades técnicas, especializadas e politicamente independentes. Com a finalidade de sepultar qualquer questionamento acerca desse tema, adota-se a ideia de democracia participativa, mediante a adoção de instrumentos de participação do cidadão na construção da atuação/decisão administrativa.

Propõe-se, assim, a legitimação pelo processo, no qual serão adotadas práticas que proporcionam a efetiva participação dos atores da regulação, sobretudo por meio da realização de consultas e audiências públicas. A interação ofertada por este controle social atrai a ideia de legitimidade de proximidade.

O exemplo norte-americano traz interessante contribuição neste campo, em especial o procedimento denominado de *informal rulemaking*, caracterizado por ser uma sistemática

de elaboração de normas que se inicia com a publicação da proposta do ato normativo, um convite público para que eventuais interessados se manifestem sobre a questão e a necessidade de responder a cada uma das considerações tecidas.

Percebe-se que a noção de legitimidade se reflete em justificação da decisão estatal, originando-se um dever de adoção de práticas participativas, baseado na cidadania e no pluralismo político, fundamentos da República, na soberania popular e no artigo 37, § 3º, da Constituição Federal de 1988. No mesmo sentido, a Administração tem o dever de motivação de seus atos, o qual decorre da própria ideia de legitimação democrática, assim como é da essência dos instrumentos participativos.

Nesse contexto, sobressai a concepção de legitimidade pelo controle. Por certo, o controle social é de extrema relevância, mas não afasta outras modalidades. O Executivo faz uma espécie de controle político prévio ao indicar os dirigentes das agências. O Legislativo participa desse controle prévio mediante a chancela da indicação, porém, pode realizar também um controle posterior, na medida em que o artigo 49, V, da CRFB/88 lhe autoriza sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem dos limites da delegação legislativa.

A processualização do poder normativo das agências reguladoras contribui também para um melhor controle jurisdicional. Em questões de cunho eminentemente técnico, a adoção de procedimentos participativos, proporcionando um diálogo plural na edificação da norma, favorece a verificação de respeito a aspectos formais e a postura de relativa autocontenção do magistrado quanto ao conteúdo do regulamento.

O poder normativo das agências reguladoras não contraria o ordenamento jurídico pátrio. Ao revés, confere qualidade à disciplina das questões que lhe são afetas, uma vez que as normas passam a ser de responsabilidade de entes técnicos e politicamente independentes. Em suma, analisada sob a perspectiva da deslegalização e da democracia participativa, não se vislumbra qualquer contrariedade da atividade normativa regulatória ao ordenamento jurídico pátrio.

Contudo, o procedimento participativo ainda necessita ser aperfeiçoado, sobretudo no sentido de fomentar a efetiva participação da população, que precisa perceber a importância de sua intervenção, o que se faz principalmente por meio do retorno (resposta) que a Administração oferta às considerações, denotando o respeito do Poder Público à sociedade.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Natália Silva Mazzutti. **Audiência Pública no Processo Administrativo Federal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2013b.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 31/10/2013.
- _____. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2013a.
- ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. **Controle da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Synergia, 2013.
- AUAD, Denise. Autoridades Administrativas Independentes na França. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito Regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- BADIN, Luiz Armando. As Autoridades Administrativas Independentes na França: Finalidades Institucionais e Meios de Atuação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito Regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____. Constituição e Ordem Econômica e Agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, fevereiro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 29/1/2015.
- BAZILLI, Roberto Ribeiro; MONTENEGRO, Ludmila da Silva Bazilli. **Apontamentos sobre a Reforma Administrativa**. São Paulo: Editora UNESO, 2003.
- BEÇAK, Rubens. **Democracia: hegemonia e aperfeiçoamento**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BIM, Eduardo Fortunato. **Audiências Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 3, agosto/setembro/outubro, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 31/10/2013.

_____. **Uma Teoria de Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia.** 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

_____. **Teoria Geral do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Teoria da Democracia Participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade.** São Paulo: Malheiros, 2001.

BRULON, Vanessa; OHAYON, Pierre; ROSENBERG, Gerson. A Reforma Gerencial Brasileira em Questão: contribuições para um projeto em construção. **Revista do Serviço Público.** Brasília, p. 265-284, julho/agosto/setembro, 2012, Disponível em: <http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/BRULON_reforma_gerencial_brasileira.pdf>. Acesso em: 1/4/2016.

BRUNA, Sérgio Varella. **Agências Reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BURNHAM, William. **Introduction to the Law and Legal System of the United States.** 4th ed. West, 2006.

CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. A Eficiência da Administração Pública e a Efetivação dos Direitos Fundamentais. In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa (coord.). **Direito Administrativo Inovador.** Curitiba: Juruá, 2015.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo.** 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e Poder Normativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Função Normativa Regulatória e o Novo Princípio da Legalidade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de Direito.** Belo Horizonte: Forum, 2013.

- CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder Normativo da Administração Pública. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Silvio Luís Ferreira da; SAAD, Amauri Feres (coord.). **Direito Administrativo e Liberdade – estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo**. São Paulo: Malheiros, 2014.
- COUTO E SILVA, Almiro do. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.
- CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e Seu Poder Normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.
- CUNNINGHAM, Frank. **Teorias da Democracia**. Porto Alegre: Artmed, 2009.
- CUSTOS, Dominique. La Noción Estadounidense de Regulación. In: MARCOU, Gérard; MODERNE, Franck (org.). **Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional**. Tomo I. Bogotá: Editorial Universidad de Rosario, 2009.
- CYRINO, André Rodrigues. **O Poder Regulamentar Autônomo do Presidente da República**. Belo Horizonte, Fórum, 2005.
- DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Brasília: Editora UnB, 2001.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- _____. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- _____. Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito Regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- DUARTE JR., Ricardo. **Agência Reguladora, Poder Normativo e Democracia Participativa: Uma Questão de Legitimidade**. Curitiba: Juruá, 2014.
- ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador, JusPodivm, 2012.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Agências Reguladoras – origens, fundamentos, direito comparado, poder de regulação e futuro. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 13, nº 150, p. 16-22, jun. 2014.
- GOMES, Joaquim Barbosa Gomes. Agências Reguladoras: A “Metamorfose” do Estado e da Democracia. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas: parte general (tomo 1)**. 1. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Os princípios filosóficos do direito político moderno.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRAU, Eros Roberto. La regulación em Brasil. In: MARCOU, Gérard; MODERNE, Franck (org.). **Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional.** Tomo I. Bogotá: Editorial Universidad de Rosario, 2009.

GUERRA, Glauco Martins. Agências Reguladoras no Brasil: princípio da legalidade e regulação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito Regulatório: temas polêmicos.** Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. Princípio da Legalidade e Poder Normativo: Dilemas da Autonomia Regulamentar. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GUERRA, Sérgio. Agências Reguladoras e a Supervisão Ministerial. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Introdução ao Direito das Agências Reguladoras.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

_____. Redução da Discricionariedade Administrativa por meio da Previsibilidade Técnica. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 20, novembro/dezembro/janeiro, 2009/2010. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-20-NOVEMBRO-2009-SERGIO-GUERRA.pdf>>. Acesso em: 5/5/2015.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia – entre facticidade e validade.** Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESPANHA, António Manuel. Estadualismo, pluralismo e neo-republicanismo: perplexidades dos nossos dias. In: WOLKER, Antonio Carlos et al. (orgs.). **Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na “Regulação Independente”? In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Curso de Direito Administrativo.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KORESSAWA, Elayne da Silva Ramos. **Controle Jurisdicional da Atividade Administrativa.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

KRELL, ANDREAS J. **Discricionariedade Administrativa e Conceitos Legais Indeterminados**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LEHFELD, Lucas de Souza. **Controles das Agências Reguladoras**. São Paulo, Atlas, 2008.

LIMA, Gustavo Augusto Freitas de. **Agências Reguladoras e o Poder Normativo**. São Paulo: Baraúna, 2013.

_____. **Poder Normativo das Agências Reguladoras e Controle Judicial**. Dissertação de Mestrado. Brasília, 2012.

MARCOU, Gérard. La regulación e los servicios públicos. Las enseñanzas del derecho comparado. In: MARCOU, Gérard; MODERNE, Franck (org.). **Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional**. Tomo I. Bogotá: Editorial Universidad de Rosario, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes – Fundamentos e seu Regime Jurídico**. Belo Horizonte: Forum, 2005.

MARRARA, Thiago. A Legalidade na Relação entre Ministérios e Agências Reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **O Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MESSITTE, Peter J. O Direito Administrativo nos Estados Unidos. Revista **Justiça & Cidadania**. Edição nº 177. Disponível em <<http://www.editorajc.com.br/2015/05/o-direito-administrativo-nos-estados-unidos/>>. Acesso em: 8/3/2016.

MIRAGEM, Bruno. **A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

MODERNE, Franck. Los usos de la noción de regulación em el derecho positivo y en la doctrina jurídica de los Estados de la Unión Europea. In: MARCOU, Gérard; MODERNE, Franck (org.). **Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional**. Tomo I. Bogotá: Editorial Universidad de Rosario, 2009.

MORAES, Alexandre. Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre (Org.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF: mutação constitucional do princípio da legalidade? **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, nº 43, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97658>>. Acesso em: 23/1/2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Regulação sob a Perspectiva da Nova Hermenêutica. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 12, novembro/dezembro/janeiro, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 27/10/2013.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. Barueri: Manole, 2003.

MULLER, Friedrich. **Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Participação Administrativa. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público da Bahia, nº 3, set./out./nov., 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 2/5/2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Método, 2013a.

_____. **Novo Perfil da Regulação Estatal**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. O Modelo Norte-Americano de Agências Reguladoras e sua Recepção pelo Direito Brasileiro. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 22, junho/julho/agosto, 2010. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-22-JUNHO-2010-RAFAEL-OLIVEIRA.pdf>>. Acesso em: 22/10/2013.

_____. **Princípios do Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Método, 2013b.

OROZCO, Rosana Margarita Lizcano. La Participación Ciudadana: ¿un baluarte de la democracia?. **Revista de Derecho Público**, 34. Universidad de los Andes (Colombia).

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003.

PINHO, José Antonio Gomes de. Reforma do Aparelho do Estado: Limites do gerencialismo frente ao patrimonialismo. **Revista Organização & Sociedade**. Salvador, BA, v. 5, n° 12, p. 59-79, maio/agosto de 1998.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a Cidadania**: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. Brasília: ENAP, 1998.

POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. **Interring the Nondelegation Doctrine**. **University of Chicago Law Review**. Disponível em <<http://www.ericposner.com/Interring%20the%20Nondelegation%20Doctrine.pdf>>. Acesso em: 10/3/2016.

RAIS, Diogo. **A Sociedade e o Supremo Tribunal Federal**: o caso das audiências públicas. Belo Horizonte: Forum, 2012.

ROMAN, Flávio José. **Discricionariedade Técnica na Regulação Econômica**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Fábio Gomes dos. **Audiências Públicas Administrativas no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

_____. Participação na Administração como Direito Fundamental. **Revista Digital de Direito Administrativo**, vol. 1, n° 2, 2014, p. 443-449. Disponível na Internet: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/74509>. Acesso em: 10/3/2016.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A Participação Popular na Administração Pública**: o Direito de Reclamação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Algumas Considerações Atuais sobre o Sentido de Legalidade na Administração Pública. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SILVA, João Nuno Calvão da. Poderes e Instrumentos Regulatórios da Entidades Reguladoras ao Abrigo da Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes com Funções de Regulação da Atividade Económica dos Sectores Provado, Público e Cooperativo. In: GONÇALVES, Pedro Costa (org.). **Estudos de Regulação Pública – II**. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SZAPIRO, Manuel. **Las agencias reguladoras europeas**: perspectiva institucional. Disponível em: <<http://app.vlex.com/#/vid/agencias-reguladoras-europeas-institucional-44666425>>. Acesso em: 15/12/2015.

VERGOTTINI, Giuseppe de. A “Delegificação” e a sua Incidência no Sistema das Fontes do Direito. In: BARROS, Sérgio Resende de; ZILVETI, Fernando Aurélio. **Direito Constitucional**: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Dialética, 1999.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva, volume 2. São Paulo: UnB, 2004.