

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO

LIMITAÇÕES AO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS  
REGULADORAS E POSSIBILIDADES DE CONTROLE JURISDICIONAL

**RICARDO LEVY MARTINS**

**RIO DE JANEIRO**

2008

RICARDO LEVY MARTINS

LIMITAÇÕES AO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E  
POSSIBILIDADES DE CONTROLE JURISDICIONAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado  
à Faculdade de Direito da Universidade  
Federal do Rio de Janeiro, como requisito  
parcial para obtenção do título de Bacharel  
em Direito.

Orientador: Prof. Attilio José Aguiar Gorini

RIO DE JANEIRO

2008

RICARDO LEVY MARTINS

**LIMITES AO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E  
POSSIBILIDADES DE CONTROLE JURISDICIONAL**

**Trabalho de conclusão de curso  
apresentado à Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Rio de Janeiro,  
como requisito parcial para obtenção do  
título de Bacharel em Direito.**

**Data de aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_**

Banca Examinadora:

---

Prof. Attilio José Aguiar Gorini – Orientador(a)

---

---

Dedico esta obra a meus pais, Carlos Roberto e Ruth, por todos estes anos de estudo que me proporcionaram, a meus irmãos, Roberta e Rafael, pelo auxílio incondicionado de sempre, e à minha namorada, Luciana, por tornar meus anos de faculdade inesquecíveis.

## RESUMO

MARTINS, R. L. *Limites ao Poder Normativo das Agências Reguladoras e Possibilidades de Controle Jurisdicional*. 2008. 97 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Analisa-se ao longo do trabalho as principais questões relevantes em relação ao poder normativo das agências reguladoras. Para uma melhor compreensão do tema abordado, a primeira parte destina-se à análise da intervenção do estado na ordem econômica de modo geral, fazendo-se uma abordagem histórica do instituto, bem como estabelecendo alguns conceitos básicos necessários para um maior aprofundamento na matéria. Na segunda parte é estudada a regulação propriamente dita, como modalidade principal através da qual o Estado intervém na economia. A terceira parte destina-se a traçar um panorama das agências reguladoras, onde será melhor abordado temas como as características destes entes e suas principais atribuições. Na quarta parte realiza-se um estudo aprofundado acerca do exercício da atividade normativa por estas agências, buscando-se estabelecer os limites desta atividade. A última parte é destinada a uma síntese conclusiva da obra.

Palavras-chave: Intervenção estatal; regulação; agências reguladoras; poder normativo.

## ABSTRACT

MARTINS, R. L. *Limites ao Poder Normativo das Agências Reguladoras e Possibilidades de Controle Jurisdicional*. 2008. 97 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Throughout this work the main questions in relation to the regulatory power of the independent agencies will be presented. Aiming a better understanding, the first part is dedicated to the analysis of the State intervenience in the economic order generally, presenting a historic perspective of the institute as well as establishing some basic concepts which are mandatory for a deeper comprehension of the subject. On the second part, the regulation itself is studied, mainly as the principal mean of State intervenience in the economy. The third one, is devoted to an approach of the independent agencies, where it will be better discussed subjects as these agencies characteristics and major attributions. The forth part presents a deeper analysis concerning the exercise of the normative activity of these agencies with the goal of stablishing its limits. Finally, the last part presents the overall conclusion of the work.

Key-words: State intervenience; regulation; independent agencies; normative power.

## SUMÁRIO

|  |    |
|--|----|
| <b>1 INTRODUÇÃO</b> .....  | 9  |
| <b>2 INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA</b> .....  | 11 |
| <b>2.1 Introdução</b> .....  | 11 |
| <b>2.2 Direito, Economia e Estado</b> .....  | 12 |
| <b>2.3 Modelos de Estado e a Evolução do Intervencionismo</b> .....  | 13 |
| <b>2.3.1 – Estado Liberal</b> .....  | 14 |
| <b>2.3.2 – Estado Democrático de Direito (Do Estado Social ao “Neoliberal”)</b> .....  | 18 |
| <b>2.4 – Intervenção Estatal</b> .....   | 22 |
| <b>2.5 – Modalidades de Intervenção do Estado no Ordenamento Econômico</b> .....   | 28 |
| <b>2.6 – Ordem Econômica</b> .....   | 29 |
| <b>2.7 – Panorama da Evolução da Intervenção Estatal no Domínio Econômico no Brasil</b> .....  | 31 |
| <b>CAPÍTULO 3 – REGULAÇÃO ESTATAL DA ECONOMIA</b> .....  | 34 |
| <b>3.1 – Estado-Regulador</b> .....  | 34 |
| <b>3.2 – Regulação</b> .....   | 35 |
| <b>3.2.1 – Conceito</b> .....  | 35 |
| <b>3.2.2 – Fundamentos e Objetivos Constitucionais – A Instrumentalização da Regulação</b> .....   | 36 |
| <b>3.2.3 – Superação da Igualdade Formal Oitocentista e a Concretização da Regulação – Individualização, Proporcionalidade e Subsidiariedade</b> ..... | 37 |
| <b>3.3 – Atividades Privadas Regulamentadas e Serviços Públicos</b> .....  | 41 |
| <b>3.4 – Relações de Sujeição Especial e Autorizações Operativas</b> .....   | 41 |
| <b>3.4.1 – Relações de Sujeição Especial</b> .....   | 41 |
| <b>3.4.2 – Autorizações Administrativas Operativas e Por Operação</b> .....  | 44 |
| <b>CAPÍTULO 4 – AS AGÊNCIAS REGULADORAS</b> .....  | 48 |
| <b>4.1 – Introdução</b> .....  | 48 |
| <b>4.2 – A Descentralização Administrativa</b> .....   | 48 |
| <b>4.2.1 – Evolução da Descentralização</b> .....  | 48 |
| <b>4.2.2 – Descentralização e Desconcentração</b> .....  | 50 |

|   |    |
|---|----|
| <b>4.3 – As Agências Reguladoras Independentes nos Estados Unidos e no Brasil</b> .....                         | 51 |
| 4.3.1 – <u>Introdução</u> .....   | 51 |
| 4.3.2 – <u>Direito Norte Americano</u> .....  | 52 |
| 4.3.3 – <u>Direito Brasileiro</u> .....   | 55 |
| <b>4.4 – Principais Características das Agências Reguladoras</b> .....  | 57 |
| 4.4.1 – <u>Autonomia Reforçada (“Independência”)</u> .....  | 57 |
| 4.4.2 – <u>Tecnicização da Atividade Regulatória</u> .....  | 58 |
| 4.4.3 – <u>Flexibilização e Consensualização na Atuação Regulatória</u> .....                                   | 59 |
| <b>4.5 – Funções (Poderes) das Agências Reguladoras</b> .....   | 60 |
| 4.5.1 – <u>Introdução</u> .....   | 60 |
| 4.5.2 – <u>Função Fiscalizatória</u> .....  | 61 |
| 4.5.3 – <u>Função Sancionatória</u> .....   | 62 |
| 4.5.4 – <u>Função Julgadora</u> .....   | 62 |
| <b>CAPÍTULO 5 – EXTENSÃO DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS</b> .....                                  |    |
| ....  | 64 |
| <b>5.1 – O Poder Normativo das Agências Reguladoras</b> .....   | 64 |
| 5.1.1 – <u>Introdução</u> .....   | 64 |
| 5.1.2 – <u>Agências Reguladoras de Serviços Públicos</u> .....  | 65 |
| 5.1.3 – <u>Agências Reguladoras da Exploração Privada de Bens e Atividades Monopolizadas</u> .....              | 66 |
| 5.1.4 – <u>Agências Reguladoras de Atividades Privadas de Interesse Público</u> .....                           | 66 |
| 5.1.5 – <u>Conclusão</u> .....  | 68 |
| <b>5.2 – As Agências Reguladoras e a Separação de Poderes</b> .....   | 69 |
| 5.2.1 – <u>A Superação da Concepção Clássica do Princípio da Separação de Poderes</u> .....                     | 69 |
| 5.2.2 – <u>Compatibilidade Entre as Agências Reguladoras e a Moderna Tripartição de Funções (Poderes)</u> ..... | 70 |
| <b>5.3 – A Necessidade de Descentralização Normativa</b> .....  | 71 |
| <b>5.4 – A Legalidade e O Poder Normativo das Agências Reguladoras</b> .....                                    | 73 |
| 5.4.1 – <u>Concepção Clássica do Princípio da Legalidade</u> .....  | 73 |
| 5.4.2 – <u>A Crise da Lei (Formal) e da Legalidade Administrativa</u> .....                                     | 74 |



|  |     |
|--|-----|
| 5.4.3 – <u>A Evolução do Princípio da Legalidade</u> .....   | 78  |
| 5.4.4 – <u>Da Legalidade à Juridicidade Administrativa</u> .....                                       | 79  |
| <b>5.5 – Deslegalização</b> .....  | 80  |
| 5.5.1 – <u>Conceito de Deslegalização</u> .....  | 80  |
| 5.5.2 – <u>A Questionável Constitucionalidade da Deslegalização</u> .....                              | 82  |
| 5.5.2.1 – <i>A Tese da Constitucionalidade</i> .....   | 82  |
| 5.5.2.2 – <i>A Tese da Inconstitucionalidade</i> .....   | 83  |
| <b>5.6 – Natureza e Limites do Poder Normativo das Agências Reguladoras</b> .....                      | 86  |
| 5.6.1 – <u>Introdução</u> .....  | 86  |
| 5.6.2 – <u>Natureza do Poder Normativo das Agências Reguladoras</u> .....                              | 87  |
| 5.6.3 – <u>Limites do Poder Normativo das Agências Reguladoras</u> .....                               | 91  |
| 5.6.4 – <u>O Princípio da Eficiência como Limite ao Poder Normativo das Agências Reguladoras</u> ..... | 92  |
| 5.6.4.1 – <i>Os Princípios da Legalidade e da Eficiência face à “Mutação Constitucional”</i> ..        | 93  |
| 5.6.4.2 – <i>Os Limites Impostos Pelo Princípio da Eficiência</i> .....                                | 95  |
| <b>CAPÍTULO 6 – CONCLUSÃO</b> .....  | 99  |
| <b>REFERÊNCIAS</b> .....   | 103 |

## **CAPÍTULO 1 – INTRODUÇÃO**

O presente trabalho tem por objetivo contribuir para o estabelecimento de alguns parâmetros que sirvam de baliza ao exercício de competências normativas por parte das chamadas “agências reguladoras independentes”. Entendemos que tais parâmetros deverão, necessariamente, derivar do arranjo estabelecido pela Constituição Federal para o exercício de cada uma das Funções de Estado, razão pela qual pautamos nosso posicionamento conforme os dispositivos e, sobretudo, os princípios constitucionais pertinentes.

Entretanto, demonstraremos que, por tratar-se de um fenômeno eminentemente social, o direito deve, sob pena de tornar-se rapidamente obsoleto e superado, acompanhar as evoluções da sociedade na qual se insira. Não se está propondo, com isso, que os institutos jurídicos sejam “moldados” conforma as circunstâncias. O que se tentará deixar claro é que, além de se encontrar em evolução constante, muitos destes institutos são aplicados hoje por parte da doutrina, por um apego desarrazoado a concepções arcaicas, em um sentido que, além de superado e ultrapassado, já mostrava-se, à época em que se desenvolveu, inviável de ser aplicado na realidade social.

Para melhor expor o tema, procuramos abordar alguns pontos que se mostraram necessários para uma completa compreensão acerca do exercício das competências normativas pelas agências reguladoras.

Começamos, no Capítulo 2, fazendo uma abordagem o mais completa possível sobre a atuação estatal no campo econômico. Primeiramente demonstramos a forte relação existente – e que para muitos pode parecer, de certa forma, surpreendente – entre as ciências do direito e da economia, e, mais precisamente, do direito com o mercado. Após analisar os principais modelos de Estado, focando na estrutura destes com relação ao intervencionismo estatal, buscamos deixar bem vincado o que deve se entender por “intervenção estatal no ordenamento econômico”, bem como quais são suas principais modalidades. Finalizamos este capítulo traçando um breve panorama da atuação do Estado brasileiro na seara econômica.

Já tendo estabelecido os conceitos mais básicos sobre a matéria, no Capítulo 3 procuramos aprofundar-nos um pouco mais no tema da regulação propriamente dita, esclarecendo algumas definições como, por exemplo, as de “Estado-Regulador” e

especificamente de “regulação”, com relação à qual fazemos um estudo mais apurado, buscando abordar suas principais controvérsias. Finalizamos este capítulo com alguns breves apontamentos acerca das principais atividades sobre as quais a regulação estatal incide com maior intensidade.

O Capítulo 4 foi destinado a apresentar um panorama geral das Agências Reguladoras Independentes. Por conta da forte influência exercida pela doutrina internacional sobre os principais doutrinadores brasileiros da matéria, realizamos um breve estudo de direito comparado, procurando sempre demonstrar as diferenças relevantes entre os distintos ordenamentos jurídicos. Após essa introdução ao tema do capítulo, aprofundamos o estudo traçando as principais características de tais entes autônomos, conferindo atenção especial às funções por eles exercidas.

No Capítulo 5 exploramos com mais precisão os principais temas e questões relevantes concernentes ao chamado “poder normativo” das agências. Primeiramente, traçamos um panorama das formas de exercício deste poder pelos agentes administrativos em questão, para, então, confrontá-las com os princípios e dispositivos constitucionais pertinentes, principalmente a Separação de Poderes e a Legalidade.

O último capítulo reservamos para apresentar brevemente as conclusões a que chegamos com a pesquisa realizada para a elaboração deste estudo, fundamentadas nas explanações feitas ao longo de todo o texto.

## CAPÍTULO 2 – INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA

### 2.1 – Introdução

Para que se possa fazer uma análise mais aprofundada acerca da atuação estatal no âmbito econômico, devemos, primeiramente, deixar bem fixados certos conceitos e premissas dessa atuação. Não há como se estudar a intervenção do Estado na Ordem Econômica sem antes se cogitar da relação entre o Direito e a Economia.

Ainda que, à primeira vista, estes dois campos do conhecimento humano possam aparentar um certo distanciamento, com pontos de contato apenas em questões específicas, como ocorre, por exemplo, no ramo do Direito Comercial, – onde evidencia-se, com certa frequência até, a influência de conhecimentos da Economia no plano jurídico – de fato ambos percorrem caminhos semelhantes no curso da história, e a cada dia vemos a crescente interferência de ponderações de ordem econômica nas mais relevantes questões do Direito, tanto no trato entre particulares, quanto, e esse é o enfoque principal do presente trabalho, no âmbito das decisões diariamente tomadas pela Administração Pública.

Devemos também, ainda tratando das premissas necessárias a uma análise mais profunda da intervenção do Estado na Ordem Econômica, observar a evolução histórica não só dos modos empenhados pelo Estado para intervir na economia, como também o próprio modelo de Estado adotado em cada época, vez que tal opção tem interferência direta nos modos e na intensidade desta intervenção.

Não se pode deixar de lado também a questão do que vem a ser essa “*intervenção*” do Estado, atentando-se para as diferentes concepções do termo, bem como para as diversas conotações que cada uma dessas concepções pode ensejar. Outro ponto que tentaremos deixar esclarecido reporta-se ao conceito de “Ordem Econômica”, perquerindo se de fato existe uma “Ordem Econômica” no ordenamento jurídico nacional e que consequências essa existência traria à nossa realidade.

Por fim, buscaremos, ao final do presente capítulo, traçar um breve panorama sobre a atuação do Estado brasileiro na seara econômica, dando enfoque às grandes transformações que ocorreram no período entre a promulgação da CRFB em 1988 e os dias atuais.

Postas tais premissas, finalmente será possível realizar um estudo bem fundamentado sobre o tema central do presente trabalho, conferindo-se, ainda, sempre que possível, uma visão do referido tema no Direito Comparado.

## **2.2 – Direito, Economia e Estado**

Conforme a doutrina de ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO<sup>1</sup>, Estado e economia possuem uma relação dialética, em constante transformação, vez que as contingências políticas, ideológicas e econômicas de cada momento impediriam uma estabilização na qual cessassem as influências recíprocas. Tanto o Direito influencia as atividades econômicas, limitando-as ou direcionando-as (a atuação do Estado se dá cada vez mais através de mecanismos de direção e coordenação, em detrimento dos tradicionais meios restritivos), como estas últimas possuem uma evidente ingerência nas normas jurídicas, atuando não só no momento de sua formação, como também na sua aplicação (ingerência essa que se apresenta cada vez mais forte e evidente, considerado o crescimento constante da força do capital na tomada de decisões fundamentais do Estado).

Deve-se mesmo considerar que o mercado, até para sua própria existência, depende do Direito, pois ainda que se entenda seja o seu surgimento uma decorrência natural e espontânea da vida em sociedade, sua manutenção e seu desenvolvimento inegavelmente pressupõe a existência de normas que assegurem um mínimo de previsibilidade em relação às consequências dos atos dos indivíduos, bem como as garantias necessárias à certeza de ocorrência dessas consequências.

EROS ROBERTO GRAU<sup>2</sup> vai ainda mais longe, afirmando que “o mercado – insisto neste ponto – é uma instituição jurídica constituída pelo direito positivo, o direito posto pelo Estado moderno”. Continua o professor afirmando tratar-se o mercado de uma ordem, no sentido de que possuiria este uma certa regularidade e previsibilidade nos comportamentos dos agentes que dele integram. Tal previsibilidade será essencial para que estes mesmos agentes possam calcular racionalmente suas condutas e decisões, e que somente se instaura

---

<sup>1</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Editora Forense, 2ª Edição, 2006, p. 21

<sup>2</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. Editora Malheiros, 12ª Edição, 2007, pp. 30 a 35.

com a certeza decorrente das normas do Direito. Nas palavras do ilustre Ministro do Supremo Tribunal Federal: “**Sem a calculabilidade e a previsibilidade instaladas pelo direito moderno o mercado não poderia existir**”.

De fato, seria ingênuo crer no mercado como uma instituição meramente espontânea, natural. Conferindo detida atenção aos mecanismos pelos quais o mercado se desenvolve observa-se que, se o deixarmos gerir-se por suas próprias regras, os resultados serão catastróficos. Isso ocorre porque, por princípio, os elementos participantes da economia de mercado compartilham todos do mesmo objetivo, qual seja, a maximização dos lucros.

A necessidade de segurança e certeza para a subsistência do mercado revela-se de maneira esclarecedora no principal instrumento de circulação de riquezas, o contrato. A ordem pública, com a instituição de normas jurídicas que regulamentem o regime dos contratos, – assegurando da melhor forma possível seu cumprimento, ou reprimindo e compensando o seu contraposto descumprimento – confere segurança às trocas e certeza aos direitos, viabilizando a mercancia.

### **2.3 – Modelos de Estado e A Evolução do Intervencionismo**

Dada a complexidade e atualidade do tema que se expõe, uma abordagem histórica do mesmo mostra-se essencial para que tenhamos uma correta compreensão do momento em que vivemos, no qual evidencia-se uma imbricação cada vez maior dos fenômenos econômicos na seara do Direito. Fora esta certeza, não se pode prescindir do fato de que – e isso é hoje sedimentado na doutrina – o estudo histórico, se não responde a todas as questões postas na atualidade, confere fundamento às definições e conceitos que serão utilizados nessas respostas.

Abstemo-nos aqui, por conta do risco de se abstrair demasiadamente do tema central do trabalho, de maiores ponderações acerca da atuação do Estado na ordem econômica nos modelos de Estado Feudal e Absolutista. Apenas para justificar nossa posição nesse sentido, é de se recordar que na época em que tais modelos de Estado vigiram, o mercado, se de fato existia, era de tal forma insipiente a atuação do Estado<sup>3</sup> sobre o mesmo que não chega a gerar

---

<sup>3</sup> Em percuente observação, Alexandre Aragão alerta que “não se pode desprezar que o Estado absolutista já tinha política econômica, não se preocupando apenas dos problemas de gestão orçamentária, mas também, por

maiores ponderações ou questionamentos. Nesse sentido é a lição de Marcos Juruena Villela Souto<sup>4</sup>:

“A primeira função do Estado foi, assim, o poder de polícia, que sintetizava o pensamento do Estado-mínimo, segundo o qual, assegurada a defesa do território contra invasão e a liberdade de cada indivíduo perante os demais, este poderia, por sua própria força, alcançar o seu bem-estar e o bem-estar geral, objetivo do Estado que seria alcançado com a soma das várias situações de bem-estar individuais.

(...)

O papel do Estado só voltou a assumir alguma relevância com o surgimento dos trabalhadores independentes (artesãos, em sua maioria) que, fora dos feudos, foram se aglutinando em núcleos que deram origem às cidades. Nesse momento, mais do que a necessidade de obter do Estado algumas atividades – os serviços públicos (não alcançados isoladamente, tais como a construção de estradas e iluminação) –, esse terceiro segmento social (a burguesia) só se oporia ante os senhores feudais caso se fortalecesse a figura do Estado.”

### **2.3.1 – Estado Liberal**

Devemos iniciar o presente ponto estabelecendo, desde já, uma ressalva: ainda que o paradigma liberal clássico impusesse única e exclusivamente ao mercado a função de determinar os rumos da economia – fundamentando-se na clássica lição de Adam Smith, segundo a qual a atuação estatal deveria restringir-se à proteção da sociedade contra a invasão externa, ao asseguramento dessa mesma sociedade contra atos de violência praticados pelos indivíduos que a integram, ao estabelecimento de uma organização judiciária que conferisse certeza e efetividade à aplicação do direito e, finalmente, à realização de limitadas obras e serviços necessários ao desenvolvimento (principalmente econômico) dessa sociedade, mas que não despertavam interesse na iniciativa privada, ante as escassas perspectivas de lucro – é notório o fato de que jamais tal concepção teórica chegou a ser implementada em termos absolutos. Ou seja, mesmo no apogeu do Estado Liberal, o ideal de liberdade segundo o qual eventuais desequilíbrios seriam corrigidos por mecanismos do próprio mercado, sem qualquer

---

exemplo, dos meios e instrumentos para prover o Reino de metais preciosos para o desenvolvimento da indústria e do comércio, notadamente o ultramarino. O Poder real era responsável pela prosperidade econômica da nação, inclusive pela subsistência da população.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. op. cit., p. 46)

<sup>4</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. Editora Lumen Juris, 3ª edição, 2003, p. 06.

intervenção estatal nesse processo, podendo-se falar, para usar a expressão de CONRADO HÜBNER MENDES<sup>5</sup>, em “auto-regulação pelo mercado”, jamais fora aplicado em sua integralidade. Considerando esta ressalva, tornamos à evolução do intervencionismo estatal no domínio econômico.

No ambiente liberal-individualista prevalecente nos séculos XVIII e XIX que se seguiu à derrocada do sistema absolutista, dando origem ao Estado Liberal-burguês, o absentismo estatal e a preservação dos direitos individuais foram erigidos à categoria de objetivos primordiais da organização política. Buscava-se restringir ao máximo a atuação estatal, que deveria limitar-se a assegurar a plenitude da autonomia do indivíduo – observada, sempre, a ressalva feita acima – tendo como objetivo maior a promoção da economia de mercado.

Na concisa lição de CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO<sup>6</sup>, a doutrina liberal vigente à época:

“cometia ao Estado não mais do que encargos modestos e periféricos ao livre curso da vida civil, quase sempre atinentes à segurança coletiva, às relações exteriores e a poucos serviços públicos considerados essenciais e não-exploráveis lucrativamente pela iniciativa privada.

Nesse quadro de desconfiança contra qualquer excesso de autoridade, a ordem social espontânea (*spontaneous order*) a que alude Hayek, sobrepõe-se e afasta a ordem constituída (*made order*) de sorte que o ideal de organização política radica no princípio da não-intervenção do Estado ou, por magnanimidade pragmática e servível aos anseios capitalistas, no princípio da subsidiariedade da atuação governamental, quando esta se fizer necessária e não interessar ao *cash flow* da empresa privada.”

Por conta do constante anseio de contenção da atuação estatal, foi nessa época que o Princípio da Legalidade desenvolveu-se e transformou-se em dogma supremo das ações do Estado (esse tema será melhor abordado nos capítulos seguintes), levando, conseqüentemente, à supremacia do Poder Legislativo sobre os demais, considerado como a única instância com efetiva representação política – ainda que o Parlamento fosse composto de representantes eleitos por processos nada democráticos, se levarmos em conta os padrões atuais.

---

<sup>5</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Reforma de Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo ao Parâmetros de Discussão*, in *Direito Administrativo Econômico* (coordenador – Carlos Ari Sundfeld). Editora Malheiros, 1ª edição, 3ª tiragem, 2006, p. 113.

<sup>6</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira Castro. *Função Normativa Regulatória e o Novo Princípio da Legalidade*, in *O Poder Normativo das Agências Reguladoras* (coordenador – Alexandre Santos de Aragão). Editora Forense, 1ª edição, 2006, pp. 38/39



Com o Poder Legislativo protagonizando entre as instituições públicas, sendo o único e legítimo representante da (ilusória, diga-se) idéia de “vontade da nação”, aos Poderes Executivo e Judiciário restava não mais do que praticar apenas os atos que decorressem imediatamente das leis aprovadas pelo Parlamento. O principal objetivo dessa irrestrita subordinação da atuação do Estado à lei era o respeito aos direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados, que na época restringiam-se apenas a direitos de liberdade frente ao Poder Público.

Contudo, devemos sempre recordar a ressalva já feita no início deste ponto, corroborada na lição de ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, de que tanto o Princípio da Separação de Poderes, quanto a Legalidade, nunca foram expressamente acolhidos de forma integral em qualquer ordenamento jurídico, distanciando-se da realidade verificada nos próprios Estados burgueses.

A despeito da consagrada frase de Rousseau, “*Le juge est la bouche de la loi*” (em tradução livre, “O juiz é a boca da lei”), os juízes nunca se restringiram a meramente aplicar o direito subsuntivamente, sendo hoje indiscutível a função criadora realizada pelo magistrado quando da interpretação do ordenamento jurídico (ainda que não concordemos plenamente com tal linha de pensamento, não chegando sequer a ter, na filosofia do direito atual, número de adeptos capaz de contrapor-se à dicotomia entre jusnaturalistas e juspositivistas, prova importância criadora da atividade jurisdicional encontra-se no desenvolvimento da doutrina do “realismo jurídico”, precursorada por Oliver Wendell Holmes).

Da mesma forma, em relação ao Poder Executivo, nenhum governo jamais se limitou à mera execução cega das leis, por uma razão muito mais de inviabilidade prática do que meramente doutrinária ou principiológica. O Estado-burguês sempre, desde a sua criação, teve a sua atuação voltada na direção do asseguramento do bom desempenho das atividades econômicas (sendo este de fato o principal motivo que levou ao seu desenvolvimento conceitual). Mesmo na seara social a atuação estatal não era de todo ausente – ainda que tivesse por escopo objetivos completamente diversos da atividade estatal do Estado-Social –, pois a extinção das corporações e demais grupos intermédios pelo Estado Liberal criou uma espécie de vácuo que necessariamente teve que ser suprida pelo mesmo, atuando especificamente para melhorar situações individuais de maior gravidade. Sintetizando essa idéia, afirma CHARLES-ALBERT MORAND<sup>7</sup>:

---

<sup>7</sup> MORAND, Charles-Albert, apud ARAGÃO, Alexandre Santos de, op. cit. p. 52.

“O Estado mínimo é a grande ilusão do liberalismo. A dinâmica criada pelo surgimento de uma sociedade civil autônoma gera uma necessidade de legislação e de intervenção estatal. Isto se revelou tanto mais dispensável [sic] a partir do momento em que, ao suprimir as corporações, destruiu as formas tradicionais de auto-organização e auto-regulamentação. O vazio criado pela Revolução tornou indispensável o desenvolvimento do intervencionismo estatal.

(...)

Ao suprimir as formas originárias de solidariedade social, ao simplificar as relações sociais, deixando o indivíduo sozinho face ao Estado, revelou-se indispensável face ao Estado o desempenho de uma série de funções assistenciais.”

Dessa constatação pode-se, desde já, concluir que a transição do Estado Liberal para o Estado de Bem-estar social (ou, como entende Aragão, “Estado Democrático”, sem qualquer qualificação apriorística) deu-se, não em um contexto revolucionário, mas muito mais no sentido de uma evolução da atuação estatal, sobretudo no seu fundamento, que no primeiro não tinha qualquer escopo de justiça distributiva, ou algum fim maior moralmente se falando, voltado para o auxílio da sociedade como um todo, mas pura e simplesmente objetivava o desenvolvimento da classe burguesa governante, pelo motivo óbvio de ser esta a única classe eleitora.

No mesmo sentido manifesta-se EROS ROBERTO GRAU<sup>8</sup>:

“A afirmação de que até o momento neoconcorrencial ou ‘intervencionista’ estava atribuída ao Estado a função de produção do direito e segurança – bem assim a de que o direito deixa de meramente prestar-se à harmonização de conflitos e à legitimação do poder, passando a funcionar como instrumento de legitimação de políticas públicas – não deve ser tomada em termos absolutos. O Estado moderno nasce sob a vocação de atuar no campo econômico. Passa por alterações, no tempo, apenas o seu modo de atuar, inicialmente voltado apenas à constituição e à preservação do modo de produção social capitalista, posteriormente à substituição e compensação do mercado.”

Podemos assim chegar ao final deste ponto com a conclusão de que foram as graves consequências geradas pelo próprio mercado, em sua ânsia pela redução da atuação estatal ao mínimo necessário à sua própria manutenção, que levaram ao fortalecimento dos movimentos sociais de democratização do Estado, culminando no sufrágio universal. A partir do momento em que toda a sociedade participa das decisões políticas acerca dos rumos da nação, sobretudo aquelas referentes a aspectos econômicos e sociais, o sistema liberal não mais se sustenta,

---

<sup>8</sup> GRAU, Eros Roberto. op. cit. p. 19

surgindo em seu lugar o Estado Democrático de Direito, que abarcará os mais diversos modelos de atuação estatal na seara econômica e social.

### 2.3.2 – Estado Democrático de Direito (Do Estado Social ao “Neoliberal”)<sup>9</sup>

O Estado decorrente do advento do sufrágio universal é um Estado pluriclasse, no sentido de que, ao menos em tese, propicia-se a todas as classes sociais a participação no processo político que, por conta de seu caráter pluralista e democrático, impossibilita a adoção de um regime político-econômico único, engessado conforme determinada orientação político-econômica.

Segundo a lição dos constitucionalistas modernos, o Estado Democrático de Direito, lastreado por suas constituições pluralistas e democráticas, tem como um de seus principais fundamentos justamente a abertura de canais de comunicação que propiciem a participação das mais diversas concepções políticas e sociais, buscando sempre o bem-estar de toda a comunidade, e não mais, como ocorria no Estado Liberal, de apenas uma classe social.

Uma derivação lógica dessa maior participação de todas as classes no processo político, decorrente da conquista do sufrágio universal, é a multiplicação dos interesses – bem como da orientação destes – que são atribuídos ao Estado, gerando conseqüentemente uma maior atuação deste na sociedade e no ordenamento econômico. Além disso, outra conseqüência importante para a determinação da forma e intensidade da atuação estatal, além dessa crescente pluralidade, foi a superação da antinomia que existia, com muita força no Estado Liberal-burguês, entre Estado e sociedade, na qual colocava-se ambos em posições opostas, de embate constante. Com a superação dessa ideologia combativa, percebeu-se que o Estado deveria ser posto ao lado da sociedade, podendo constituir um excelente “aliado” na busca do bem-estar comum, e não um obstáculo a ser superado para o atingimento desse mesmo fim.

Coloca-se, assim, o Estado a serviço do bem-estar geral. Para atingir tal fim, tem-se a cada vez mais constante atuação concreta estatal na sociedade, que não está mais dele apartada. O que por sua vez não impede que o próprio Poder Público se utilize da iniciativa

---

<sup>9</sup> Compartilhamos, aqui, da concepção adotada por ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO em *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Editora Forense, 2006.

privada, se entender ser esse o melhor caminho para a consecução de seus fins centrais. Por conta disso é que podemos dizer que a persecução do bem-estar social não coloca em lados opostos e conflitantes a intervenção estatal e o princípio da subsidiariedade – este que é considerado, hoje, um dos principais vetores da atuação pública. Se o Estado Democrático impõe a garantia das condições básicas de dignidade da pessoa humana, a verdade é que isto não significa necessariamente que tenha de ser apenas o próprio Estado a realizar esse objetivo. Não havendo mais a separação absoluta entre Estado e sociedade, desde que seja concretizado o fim de bem-estar, estarão abertos vários caminhos, partindo de um relativo absentismo do Estado, até sua intervenção direta na economia.<sup>10</sup>

Assim como, ao tratarmos do Estado Liberal, afirmamos que a alegação de que o mercado regulava-se por si próprio merecia temperamentos, da mesma forma, no Estado Democrático (sobretudo na sua fase mais conhecida como Estado Social, ou de Bem-Estar Social), não se pode tomar em termos absolutos a assertiva segundo a qual vem este modelo de estado suprimir a atuação privada sempre que julgar-se determinada área da atividade econômica essencial à sociedade. De fato, tendo como objetivo sempre a escolha da melhor alternativa para a sociedade, a plena liberdade empresarial é admissível, mas somente quando se mostrar o melhor caminho para o atingimento do bem-estar comum.

Seguindo este raciocínio, ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO chega a uma conclusão esclarecedora (e que, de certa forma, é também tranquilizadora para aqueles que se colocam peremptoriamente contrários a toda e qualquer reforma de Estado, aquinhoando-a de “neoliberal”, aproximando tal alcunha do conceito mais ideologizado de liberalismo, que, como já foi dito linhas acima, mesmo no auge do Estado-burguês jamais chegou a ser implementado em sua integralidade):

“Podemos constatar, portanto, que a redução do Estado a um *Gendarme* da economia, se afigura, senão impossível, muito difícil em um Estado democrático, no qual sempre vai haver um grande número de pessoas – todas eleitoras – exigindo que o Estado leve a cabo políticas públicas gerais e setoriais que atendam aos seus problemas concretos.”

Traçando um histórico da evolução do intervencionismo estatal na fase do Estado Democrático, temos, a partir da segunda década do século XX, o surgimento do que convencionou-se chamar Estado Social. Diante das catastróficas consequências geradas pela

---

<sup>10</sup> PÉREZ, Carlos Antonio Espinoza apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. op. cit. p. 62.

atuação estatal minimalista no mercado, diversos governantes, apoiados na doutrina de Keynes (daí o “Estado Keynesiano”) – a qual pregava que a tendência natural da economia não seria a livre concorrência, mas sim um gradativo processo de monopolização dos meios de produção – passaram a adotar uma política de constante intervencionismo, com o objetivo de manter o pleno emprego, ainda que isso gerasse um previsível risco de se desenvolver um perigoso processo inflacionário. Justificavam essa conduta as mais diversas razões, como a equidade social, a criação de infra-estruturas vultuosas não lucrativas (mas consideradas necessárias para o desenvolvimento do país) e, por óbvio, a necessidade de se evitar a já citada tendência de monopolização dos mercados.

Como ressalta LUIS ROBERTO BARROSO<sup>11</sup>, é nessa fase que: “Novos e importantes conceitos são introduzidos, como os de função social da propriedade e da empresa, assim como se consolidam os chamados direitos sociais, tendo por objeto o emprego, as condições de trabalho e certas garantias aos trabalhadores.”

Entretanto, como hoje nos parece previsível, após um período de prosperidade – que se deveu não só ao modelo político-econômico adotado, mas também a uma conjuntura de fatores que não cabe aqui ser explorada – tal situação rapidamente mostrou-se insustentável, forçando o Estado a procurar mecanismos para superar uma situação que se desenhava tão catastrófica quanto o modelo que tentou superar.

A alternativa majoritariamente adotada pelos Estados foi o chamado “neoliberalismo”, assemelhado ao liberalismo clássico, tendo como principal nota distintiva a existência de um certo controle sobre o mercado, visando à preservação do mesmo contra a já citada tendencial concentração do poder econômico, que levaria à formação de monopólios e cartéis prejudiciais ao próprio mercado. Não prega tal modelo econômico, como constantemente reforçamos, o retorno a ideais abstencionistas do século XVIII, mas sim uma atuação estatal mais produtiva, tanto sob a ótica da efetividade social quanto da financeira.

CONRADO HÜBNER MENDES<sup>12</sup>, citando VITAL MOREIRA, afirma que, segundo o ilustre mestre português:

“a despeito do que esta ‘contra-revolução neoliberal’ possa sugerir, o Estado não se retirou da economia, o que um retorno absoluto ao modelo liberal exigiria. Apenas mudou sua filosofia regulatória, ‘menos dependente

---

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*, in *Agências Reguladoras e Democracia* (coord. Gustavo Binenbojn). Editora Lumen Juris, 1ª edição, 2006, p. 60.

<sup>12</sup> MENDES, Conrado Hüber. ob. cit. p. 110

da propriedade pública e da intervenção econômica direta do Estado – daí o programa privatizador – e menos restritiva da concorrência – daí a abertura de setores até então reservados ao setor público ou explorados em regime de concessão exclusiva’. Errôneo seria pensar, porém, num retorno às origens do *laissez-faire*.”

Atualmente, vemos a superação do *neoliberalismo* como principal política econômica adotada pelos Estados em geral. De fato, fala-se cada vez mais em um “Estado Regulador”, que, para uma melhor organização sistemática, será abordado em suas particularidades mais à frente.

De qualquer forma, podemos aqui concluir o presente ponto com a constatação de que o modelo de política econômica a ser adotada deve, necessariamente, variar no tempo e no espaço, de acordo com as contingências de cada Estado, em cada momento que estiver atravessando, não cabendo, na estrutura do Estado Democrático de Direito, um engessamento apriorístico da atuação estatal em determinado modelo pré-concebido (Estado Social, Estado Neoliberal). A única característica que pode – e deve – ser utilizada para se definir, atemporalmente determinada organização estatal, é o seu caráter democrático – dentro de uma concepção da democracia efetiva, participativa, e não meramente formal.

O que deve nortear a atuação estatal, então, serão os fins constitucionais determinados quando da promulgação do texto constitucional, e não uma pré-concepção de modelo ideal. Queremos dizer com isso que, se em determinado momento o absentismo estatal se mostrar mais consentâneo com o atingimento de tais finalidades públicas, deverá ser este adotado. Caso evidencie-se como melhor caminho um maior intervencionismo estatal, deverá este então sobrepujar a liberdade empresarial do indivíduo, em prol do bem estar de toda a sociedade.

Na feliz imagem adotada por MASSIMO SEVERO GIANNINI<sup>13</sup>: “O Estado pluriclasse é, em outras palavras, um instrumento para a escolha de instrumentos aptos a realizar as finalidades postas de forma genérica e consensualizada pela constituição.”

## 2.4 – Intervenção Estatal

---

<sup>13</sup> GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Pubblico dell'Economia*. apud. ARAGÃO, Alexandre Santos de, op. cit., p. 73.

Ao iniciar este ponto, cumpre-nos fazer o alerta acerca da necessidade de sempre se ter em mente, quando se está a tratar do presente tema, que estamos constantemente expostos ao risco de deparar-nos com conceitos e idéias que envolvem uma forte carga político-ideológica, mas que no entanto são “vendidos” com uma certa áurea de neutralidade.

As fervorosas polêmicas em torno de determinados conceitos evidenciam muitos casos nos quais as pessoas adotam determinado posicionamento, contrário ou favorável, sem sequer terem exata consciência do que estão defendendo e, o que é pior, sem perceberem que em certas ocasiões sequer cabe um posicionamento pró ou contra o instituto questionado.

Entendemos que a idéia de “intervenção” estatal no âmbito econômico estaria neste rol de institutos com relação aos quais não faria muito sentido posicionar-se a favor ou contra o instituto de per si, mas sim apenas em relação à intensidade com que o mesmo deva ser utilizado. Isso porque a atuação do Estado na seara econômica, mais do que uma escolha política, evidencia-se como uma indiscutível necessidade comprovada pelo curso da história, sendo que talvez a maior prova desta necessidade encontra-se no fato de que mesmo o mais ferrenho defensor do Liberalismo não seria capaz de pregar a total exclusão da atuação estatal, ainda que defendesse sua redução a extremos que já se mostraram inviáveis.

A própria sobrevivência do mercado, como já foi dito aqui, sempre exigiu a participação estatal, fosse através do desenvolvimento de infra-estrutura essencial (construção de estradas, por exemplo), fosse pela instituição de um ordenamento jurídico que assegurasse o ambiente necessário à realização dos atos de comércio.

Conforme FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES:<sup>14</sup>

“Desde o momento em que se abandonou a perspectiva liberal do *Estado Gendarme* tivemos a atuação dos próprios entes estatais no domínio econômico. Cuidou-se, é bom frisar, de uma necessidade do próprio desenvolvimento capitalista, num momento em que o incensado mercado não dispunha nem de capacidade financeira, nem de escala organizacional para prover infra-estrutura, bens ou serviços essenciais para o avanço das condições de acumulação capitalistas.”

Entretanto, ainda que jamais tenha sido posta em prática em sua integralidade, a ideologia do Liberalismo deixou resquícios relevantes na doutrina jurídica, erigindo à condição de dogmas noções que somente após muito tempo começaram a ser superadas,

---

<sup>14</sup> MARQUES, Floriano de Azevedo. *A Nova Regulação Estatal e As Agências Independentes. in Direito Administrativo Econômico (coordenador – Carlos Ari Sundfeld)*. Editora Malheiros, 1ª edição, 3ª tiragem, 2006, p. 74.

como, por exemplo, talvez o que seja a principal destas noções, a idéia de que Estado e sociedade ocupariam posições contrapostas, constituindo o Estado a maior ameaça existente à liberdade do homem.

Durante algum tempo, pode até ser que esse temor fizesse algum sentido, sobretudo se recordarmos os exemplos que nos trazem o período do Estado Absolutista, no qual a vontade do príncipe era sinônimo da vontade estatal – que fazia com que, desta forma, a sociedade ficasse sujeita aos humores e caprichos do monarca. Mas já de algum tempo essa concepção foi superada, mesmo muito antes de se falar em Estados Democráticos. Deve ficar, desde logo, superada a noção de que Estado e sociedade constituiriam realidades distintas. É irrefutável a constatação de que os dois conceitos se complementam e se completam. Quanto a este ponto, elucidativa é a lição do Eminentíssimo Ministro EROS GRAU<sup>15</sup>:

“Insisto, neste ponto, em que a idéia de ‘intervenção’ tem como pressuposta a idéia de uma cisão entre Estado e sociedade civil. Então, ao ‘intervir’, o Estado estaria entrando em campo que não é o seu, campo estranho a ele, o da sociedade civil – isto é, o mercado. Essa concepção é, porém, equivocada. Família, sociedade civil e Estado são manifestações, que não se anulam entre si, manifestações de uma mesma realidade, a realidade do homem associando-se a outros homens.”

Pretendemos com isso deixar claro que a questão realmente tormentosa tanto para os juristas quanto para os políticos não é a intervenção de per si, que é inevitável, mas sim a sua extensão e instrumentalização.

Daí a preocupação, externada por EROS GRAU – e por nós compartilhada – quanto ao entendimento equivocado que pode gerar o (mau) uso do termo “*intervenção*”, quando na verdade se está a falar, muitas vezes, em atuação estatal. Com didática clareza, alerta-nos o ilustre professor para o fato de que “*intervenção*” e “*atuação estatal*”, muitas vezes dados como sinônimos, não o são em todos os casos. De fato, só poderiam ser assim considerados na medida em que o vocábulo “*intervenção*” é utilizado em seu sentido mais forte, qual seja, “*atuação em área de outrem*”, no caso, seria a intervenção do Estado no setor Privado. Já “*atuação estatal*”, por outro lado, é denotativo de significado mais amplo, abrangendo, inclusive, a atuação do Estado na esfera pública.<sup>16</sup>

Toda essa construção não reflete, obviamente, mero capricho linguístico, tendo implicação direta em questões eminentemente práticas e relevantíssimas para o Direito

<sup>15</sup> GRAU, Eros Roberto. op. cit. p. 21

<sup>16</sup> GRAU, Eros Roberto. op. cit. p. 93



Público Moderno. O caso mais exemplar disso é a conclusão a que se chega, a partir do exposto, de que **na verdade o Estado não pratica intervenção quando presta serviço público ou regula sua prestação por concessionários. Nessa hipótese está o Estado atuando em campo próprio, na esfera pública.**

Seguindo esse raciocínio, EROS GRAU chega a uma inteligente conclusão acerca do âmbito de aplicação do art. 173 da Constituição de 88, traçando uma precisa distinção entre *atividades econômicas em sentido estrito* e *serviços públicos*, ambos como gêneros da espécie “*atividade econômica em sentido amplo*”:

“o art. 173 evidentemente respeita à exploração da atividade econômica em sentido estrito, pois *permite* ao Estado empreender uma determinada atividade. O Estado não necessita de *permissão, autorização*, para prestar serviço público. A prestação de serviço público é *dever* do Estado. De mais a mais, *segurança nacional* e *relevante interesse coletivo* não justificariam a prestação de serviço público, mas sim de atividade econômica em sentido estrito.”<sup>17</sup>

Sintetizando, deve-se entender por *intervenção* a atuação do Estado no âmbito da *atividade econômica em sentido estrito*, que só ocorrerá em decorrência de *relevante interesse coletivo* ou *imperativo da segurança nacional*, não se sujeitando ao mesmo regime jurídico que o atribuído à prestação de *serviço público*, que por sua vez será exigido no caso de *interesse social* (arts. 173 e 175 da Constituição Federal de 1988).

Tratando ainda desse mesmo tema, ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO enxerga, inserido no elemento específico “*necessidade*” constante do Princípio da Proporcionalidade – e atualmente, no âmbito da moderna doutrina do Direito Administrativo é pacífica a idéia de que a Administração Pública tem sua atuação pautada por esse princípio – a manifestação do Princípio da Subsidiariedade.

Conforme leciona DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, tratando do tema como um dos “Princípios Gerais de Direito Público”<sup>18</sup>:

“A *subsidiariedade* prescreve o *escalonamento de atribuições* entre entes ou órgãos em função da complexidade do atendimento de interesses da sociedade. Cabe, assim, primariamente aos *indivíduos* decidirem e agirem no que se refira aos inerentes interesses individuais, e, apenas secundária e

---

<sup>17</sup> GRAU, Eros Roberto. op. cit. pp. 128/129 (grifos do autor).

<sup>18</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Forense, 14ª edição, 2006. P. 88

sucessivamente, aos *entes e órgãos sociais ou políticos, de decisão coletiva, de sua criação.*

(...)

Somente aquelas demandas que, por sua própria natureza, em razão da complexidade e da necessidade de uma ação *concentrada e coercitiva*, inclusive com centralização de recursos, não puderem ser atendidas pela própria comunidade, por suas próprias organizações, deverão ser cometidas às *organizações políticas*, que atuarão, portanto, sempre *subsidiariamente* à sociedade.

Ainda assim, a sucessiva *concentração de poder* nas organizações políticas deverá obedecer ao mesmo princípio(...)"

Aplicando a Subsidiariedade ao tema da intervenção do Estado na economia, conclui ALEXANDRE ARAGÃO que ao Estado estaria imposta uma obrigação de auto-contenção, abstendo-se de intervir e até mesmo de regular as atividades que possam ser satisfatoriamente, sob a perspectiva de toda a sociedade, e não apenas do grupo interessado, exercidas ou auto-reguladas pelos particulares em regime de ampla liberdade. O Estado somente deveria intervir, de uma forma ou de outra, restringindo em parte a liberdade dos particulares, a partir do momento em que esta não esteja mais assegurando os direitos constitucionalmente garantidos. Ainda na doutrina de DIOGO DE FIGUEIREDO: “O núcleo deste princípio consiste em reconhecer a prioridade de atuação dos corpos sociais sobre os corpos políticos no atendimento de interesses gerais, só passando cometimentos a estes depois que a sociedade, em seus diversos níveis de organização, demandar sua atuação subsidiária.”<sup>19</sup>

Nesse sentido, assevera ALEXANDRE ARAGÃO que, caso o Estado entenda necessário restringir a liberdade dos agentes econômicos, deve fazê-lo de forma contida, da maneira menos restritiva possível, aumentando o grau dessa restrição somente à medida que se mostrar necessário.

Segundo seu raciocínio, a reconhecida imposição ao Estado Democrático de Direito de garantir as condições básicas da dignidade humana, bem como a constante persecução do bem-estar comum, ainda que exija, por óbvio, sempre alguma espécie de intervencionismo, não quer dizer que tais objetivos devem ser perseguidos unicamente pelo próprio Estado.

Com a superação da antiga dicotomia existente entre Estado e sociedade, desde que esteja tentando alcançar o objetivo principal daquele, qual seja, o bem-estar social, abre-se para o administrador público um leque de possibilidades no momento da escolha do melhor caminho, desde um relativo absentismo estatal (como por exemplo quando o Estado se limita

---

<sup>19</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Ed. Renovar, 3ª Edição, 2007. p. 205

ao exercício do Poder de Polícia em sua concepção clássica, oitocentista, ou quando atua através do fomento público), até uma intervenção mais direta na economia.<sup>20</sup>

Assim, na medida em que, na persecução da realização do bem-estar de toda a sociedade, via de regra o administrador depara-se com o conflito dos princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana, deve a Administração Pública fundamentar sua atuação no Princípio da Proporcionalidade, buscando sempre a maximização, dentro do possível, dos dois princípios em questão. Nesse sentido, o Princípio da Subsidiariedade, como acima já explicado, não só exige que o Estado respeite as esferas particulares de atuação na busca da satisfação de seus interesses, como, não estando mais atrelado a uma ideologia ausenteísta, deve ser visto também pelo seu aspecto comissivo que, nas palavras de JUAN CARLOS CASSAGNE, “vincula o Estado e lhe impõe o dever de intervir, na hipótese de insuficiência da iniciativa privada, à medida que a sua ingerência seja socialmente necessária e não suprima ou impeça a atividade dos particulares.”<sup>21</sup>

De tudo que foi exposto no presente ponto, constata-se desde logo que, no estudo da intervenção do Estado na esfera econômica, uma das principais questões a serem pesquisadas refere-se à relação entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito, pois trata-se de um marco divisor da intensidade e da forma de atuação estatal, sempre levando em consideração a distinção feita pela Constituição de 88 – apontada por EROS GRAU – entre estes dois institutos, como espécies do gênero “*atividade econômica lato sensu*”.

Isso porque não há que se discutir a legitimidade da intervenção estatal quando o Estado presta determinado serviço público, pelo simples motivo de que nestes casos não há qualquer intervenção propriamente falando. Há, sim, atuação estatal *lato sensu*, quando o Estado, atendendo a preceitos constitucionais, toma como suas tais atividades, ao considerar questões de necessidades ou utilidades coletivas.

É justamente por conta desta constatação, de que o Estado, ao prestar serviço público está atuando em esfera própria, no setor público, que se prega atualmente a superação do conceito formal de serviço público, tal qual proclamado por Gastón Jeze, segundo o qual serviço público seria a atividade submetida a regime de Direito Administrativo. Adotando-se tal conceituação, estaríamos abrindo a porteira à burla da Constituição pelo legislador ordinário, que poderia, apenas submetendo determinada atividade a um suposto “*regime de*

---

<sup>20</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. op. cit. pp. 132/133.

<sup>21</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. apud. ARAGÃO, Alexandre Santos de. op. cit. p. 135.

*serviço público*”, excluir qualquer atividade econômica em sentido estrito do alcance da iniciativa privada.

Nesse sentido prega EROS GRAU<sup>22</sup>:

“Além disso, a alusão a atividades econômicas que não podem ser serviço público (*atividade econômica em sentido estrito*) evidencia a impossibilidade de o legislador, discricionariamente, qualificar parcela da *atividade econômica em sentido estrito* como *serviço público*.

Para tanto bastaria, se consagrado o entendimento de que *serviço público* é atividade em *regime de serviço público*, que o legislador atribuisse a qualquer atividade que se caracterize como *atividade econômica em sentido estrito*, ‘regime de serviço público’. Com isso seria bordejado o preceito inscrito no art. 173 da Constituição de 1988(...)”

Assistimos, assim, a um fortalecimento da doutrina que atribui um substrato material ao conceito de serviço público, fundada na lição de Duguit – ainda que não nos mesmo termos proclamados pelo ilustre jurista francês. Nesse sentido, **serviço público seria a atividade definida constitucionalmente, de forma explícita ou não, como essencial à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social.**

Aplicando essa noção de serviço público, ALEXANDRE ARAGÃO entende que estes não se limitariam aos casos previstos no texto constitucional. Negando ao legislador um exclusivo juízo na publicização de determinada atividade econômica – como ocorreria com a aplicação do conceito meramente formal de serviço público – **admite-se que o legislador efetue a “*publicatio*” da atividade em questão desde que se constate que a atividade econômica *lato sensu* é de tal forma sensível ao interesse coletivo que as necessidades dos cidadãos não possam ser atendidas em regime de livre iniciativa**, devendo a lei, e aí não haveria escolha ao legislador, publicizá-la.

## 2.5 – Modalidades de Intervenção do Estado no Ordenamento Econômico

---

<sup>22</sup> GRAU, Eros Roberto. op. cit. p. 136/137

FLORANO DE AZEVEDO MARQUES<sup>23</sup> observa que, durante muito tempo, “a intervenção estatal no domínio econômico foi identificada com o intervencionismo direto na economia, com a estatização de atividades econômicas por razões estratégicas, com a afirmação da soberania estatal, com a fragilidade dos atores privados, entre outros fatores”, correspondendo esta concepção ao período conhecido como Estado de Bem-estar Social, ou Intervencionista.

Já nos dias atuais, estabelece o professor uma distinção de caráter mais didático que doutrinário, colocando, de um lado, o *intervencionismo estatal direto* – o qual se identifica, segundo o autor, com a intervenção estatal clássica de moldes liberais – e de outro o chamado *intervencionismo indireto* que, não excludente da ocorrência da modalidade direta, realiza-se não por meio da assunção pelo Estado da atividade econômica em si, mas sim através da atuação estatal fortemente influente da ação dos entes privados participantes do mercado, seja indutiva ou coercitivamente, através de uma “concreta atuação no fomento, no monitoramento, na mediação, na fiscalização, no planejamento, na ordenação da economia.”<sup>24</sup>

Considerando a mais correta utilização do termo “intervenção”, reservando-o para se fazer referência à atividade econômica em sentido estrito, EROS GRAU estabelece uma classificação das modalidades de intervenção mais sistemática que a citada acima, distinguindo três formas de intervenção: a) por absorção ou participação; b) por direção; c) por indução.

Na intervenção por *absorção* ou *participação* (a), o Estado estaria intervindo *no* domínio econômico, no campo da atividade econômica em sentido estrito, atuando como agente econômico. Quando intervir por *absorção*, atuará o Estado em regime de monopólio, assumindo integralmente o controle da atividade em determinado setor. Intervindo por *participação*, atua o Estado em regime de competição, utilizando-se de empresas privadas que exercem suas atividades no referido setor, assumindo então o controle apenas de parcela da atividade econômica em sentido estrito.

Com a intervenção por *direção* (b) e por *indução* (c), atua o Estado *sobre* o domínio econômico, intervindo como regulador dessa atividade econômica em sentido estrito. Ao intervir por *direção* (b), exerce o Estado pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsórios para os agentes econômicos

---

<sup>23</sup> MARQUES, Floriano de Azevedo. *A Nova Regulação Estatal e As Agências Independentes. in Direito Administrativo Econômico (coordenador – Carlos Ari Sundfeld)*. Editora Malheiros, 1ª edição, 3ª tiragem, 2006, pp. 73/74.

<sup>24</sup> MARQUES, Floriano de Azevedo. op. cit. p. 74.

participantes da atividade econômica em sentido estrito regulada. Já na intervenção por *indução* (c), a ação do Estado se dá através da manipulação dos mecanismos de intervenção em consonância e conforme as próprias leis do mercado, que atuam regendo o seu funcionamento.<sup>25</sup>

Alerta ainda o Eminentíssimo Ministro<sup>26</sup> para o fato de que as *normas de intervenção por direção* (b) e as *normas de intervenção por indução* (c) colocam-se de maneira bem apartadas entre si, pois no caso das primeiras, está-se diante de “comandos imperativos dotados de cogência, impositivos de certos comportamentos a serem necessariamente cumpridos pelos agentes que atuam no campo da *atividade econômica em sentido estrito* – inclusive pelas próprias empresas estatais que a exploram.” Em contrapartida, quanto às *normas de intervenção por indução*, são estas “preceitos que, embora prescritivos (deônticos), não são dotados da mesma carga de cogência que afeta as normas de intervenção por direção.” Nesses casos, atribui-se ao destinatário da norma a possibilidade de escolher aderir ou não à prescrição por ela veiculada. Aderindo à norma, estará juridicamente vinculado aos benefícios dela decorrente (observamos, no entanto, que nem sempre a norma de intervenção por indução utiliza mecanismos exclusivamente positivos em relação ao administrado, não perdendo sua característica de indução se o fizer estabelecendo desvantagens decorrentes da adoção de determinados comportamentos os quais a norma deseja, se não reprimir, ao menos desestimular).

## 2.6 – Ordem Econômica

Assim como ocorre no caso da expressão “*intervenção*” (na ordem econômica), conforme já explanado no item anterior, a mera expressão “*ordem econômica*” também pode possuir diversos significados e conotações, os quais podem levar a entendimentos diversos acerca do que se discute. Este é um dos motivos pelos quais é de extrema importância, quando se vai tratar do tema, deixar bem vincado o significado das expressões que se está a utilizar.

Nesse sentido, é interessante trazer a lição de VITAL MOREIRA<sup>27</sup> sobre o assunto:

---

<sup>25</sup> GRAU, Eros Roberto. op. cit. pp. 148/149.

<sup>26</sup> GRAU, Eros Roberto. op. cit. pp. 149/150

<sup>27</sup> MOREIRA, Vital. apud GRAU, Eros Roberto. op. cit. pp. 66/67.

“– em um primeiro sentido, ‘ordem econômica’ é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é termo de um conceito de fato e não de um conceito normativo ou de valor (é um conceito do mundo do ser, portanto); o que o caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou de normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos e materiais (...);  
– em um segundo sentido, ‘ordem econômica’ é a expressão que designa o conjunto de todas as *normas* (ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral, etc.), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômica;  
– em um terceiro sentido, ‘ordem econômica’ significa ordem *jurídica* da economia.”

EROS GRAU enxerga, no uso da expressão “*ordem econômica*” como termo de conceito de fato, ao se expressar a determinada economia concreta, uma nítida carga ideológica, vez que se estaria, com o vocábulo “*ordem*”, apresentando essa realidade econômica como já adequadamente ordenada, regulada, prescindindo de qualquer outra ordenação.<sup>28</sup>

Com efeito, trabalhando com a distinção bem definida entre “ordem econômica” – *mundo do ser* – e “ordem econômica” – *mundo do dever ser* – deixamos aqui claro que, ao fazer uso da expressão, referimo-nos a esta como parcela da ordem jurídica, ou, mais precisamente (e aí já conferindo-lhe uma conceituação propriamente jurídica), como o **conjunto de normas que definem, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica** (uma determinada ordem econômica – *mundo do ser*).

Assim considerado o conteúdo da definição de ordem econômica, pode-se concluir não ser esta uma exclusividade do chamado Estado Social, como se costuma pregar. No Estado Liberal é possível também identificar facilmente uma ordem econômica, quando se definia a primazia da propriedade e da liberdade contratual sobre os demais direitos (sendo o conjunto de normas que assegurava essa primazia definidor do modo de produção econômica).

Já com o advento do Estado Democrático de Direito, tal definição (constitucional) do modo de produção econômica não mais subsiste, e isto pelo motivo, já aqui explanado, que, diferentemente do Estado Liberal, o qual atendia apenas a uma classe social – a burguesia (e para isso a ordenação da economia citada no parágrafo anterior já era suficiente) – no Estado Democrático de Direito, por conta da participação política de toda a sociedade (ao menos em

<sup>28</sup> GRAU, Eros Roberto. op. cit. p. 69

tese), vê-se a Administração diante de uma pluralidade de interesses a atender, interesses estes muitas vezes antagônicos. Consequentemente, o mero asseguramento das liberdades individuais não mais bastava para conferir a proteção necessária a todos os interesses colocados sob o âmbito de proteção do Estado.

Desta forma, não mais bastando aos interesses do Estado apenas preservar o *status quo* existente na sociedade, a ordem econômica, sobretudo aquela prolatada nas constituições dirigentes, passa a ter um caráter eminentemente transformador. O tão proclamado caráter dirigente da Constituição de 88 não nos deixa dúvidas quanto ao seu anseio transformador, e a ordenação da economia, por seu enorme potencial de transformação social, obviamente não poderia escapar a estas características.

## **2.7 – Panorama da Evolução da Intervenção Estatal no Domínio Econômico no Brasil.**

Para uma correta análise da evolução da atuação econômica estatal no Brasil, é essencial atentarmos para um fato que nos chama a atenção o professor LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>29</sup>: “Não se deve encobrir, artificialmente, a circunstância de que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser nem liberal nem moderno.”

Em que pese as controvérsias na doutrina a respeito dessa “nova era” que estaríamos vivenciando, denominada, por falta de termo mais adequado, “pós-modernidade” (Alexandre Aragão, por exemplo, enxerga na doutrina do pós-modernismo “um certo exagero e adiantamento de um eventual futuro.”<sup>30</sup>), é inegável que, mesmo durante o período liberal, a sociedade brasileira não se viu “livre” da onipresença estatal.

Segundo Barroso, a modernidade, no Estado brasileiro, teria seu início com a Revolução de 30, fora institucionalizada com a Constituição de 1934 e durou, entre os

<sup>29</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática* in *Agências Reguladoras e Democracia* (coord. Gustavo Binenbojn). Editora Lumen Juris, 2006, p.60

<sup>30</sup> “Pelo menos no *iter* da história em que nos encontramos, ainda não é possível afirmar que a Idade Moderna acabou, que o Estado-nação não existe mais. Pode até ser que em um futuro não muito distante isto venha a acontecer, mas, por enquanto, estamos muito mais diante de uma ‘radicalização da modernidade’, que talvez constitua sua última fase, do que do seu fim. Esse fato é demonstrado no Direito, por exemplo, mediante a sua tecnicização e a avaliação das medidas normativas, que, antes de serem pós-modernas, constituem a aplicação renovada do espírito científico e racional típico da modernidade.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de, op. cit., pp. 78/79.



percalços de golpes de estado e ditaduras, até o início da década de 90, quando, então, chega-se finalmente ao que seria a “pós-modernidade”. Ainda que a atuação econômica estatal tenha se iniciado, significativamente, nos anos 40, e continuado na década de 50, o agigantamento do Estado brasileiro se deu sobretudo durante o regime militar, principalmente a partir do golpe de 64, até o final dos anos 80.

Com a promulgação da Constituição, em 1988, e durante a década de 90, o tamanho e o papel do Estado, passou a ser a grande celeuma dos debates institucionais. De fato, como não poderia deixar de ser, o Estado brasileiro acompanhou o movimento em escala mundial de superação do modelo segundo o qual o Poder Público atuava como protagonista do processo econômico<sup>31</sup>. Entra o país, então, na era do “Estado-regulador”.

Desta forma, concluímos aqui este capítulo constatando que as transformações nos modelos de Estado (Feudal, Absolutista, Liberal, Social, Intervencionista, Neoliberal...) foram, sem dúvida, fruto não de uma ruptura abrupta em cada momento de transição, mas sim de uma constante evolução na organização social. Evolução essa que levou-nos ao atual estágio do Estado Democrático de Direito, distinguindo-se dos demais por duas características principais, uma decorrente da outra: primeiro, **temos um Estado que deixa de atender a apenas uma classe específica, a única participante no Poder Público, passando a atender a todas as classes sociais, a partir do momento em que todas passam a ter participação política, por conta do sufrágio universal** (em que pese a realidade teimar em tentar nos convencer do contrário, de que essa universalização da participação restringiu-se aos livros acadêmicos, não aplicando-se na prática, por razões que transbordariam do tema aqui tratado); em segundo lugar, com essa pluralidade de interesses a atender, inúmeras vezes contrapostos entre si, parece-nos equivocado atribuir a este Estado uma classificação qualquer, de forma apriorística e consolidada. Ora, o **modelo político-econômico a ser adotado por cada Estado vai depender do jogo político entre os interesses que se colocarem em confronto**.

Mesmo que a ordem constitucional (e no caso do Brasil isso mostra-se de forma clara) estabeleça objetivos primordiais a serem constantemente buscados pelo Poder Público, em conjunto com a sociedade, por outro lado essa mesma ordem constitucional não estabelece os meios a serem utilizados para se atingir tais fins. Nem poderia, dado que uma constituição que engessasse a tal ponto as escolhas políticas não poderia aspirar à uma vida muito longa.

---

<sup>31</sup> BARROSO, Luís Roberto. op. cit. pp. 61/62.

Nada impede, portanto, que na busca dos fins constitucionalmente atribuídos ao Estado, o poder público adote um modelo mais intervencionista ou abstencionista, desde que tenha como objetivo a consecução do que lhe foi constitucionalmente imposto.

## CAPÍTULO 3 – REGULAÇÃO ESTATAL DA ECONOMIA

### 3.1 – Estado-Regulador

Para se falar em regulação, mister se faz, antes de tudo, traçar um breve retrato do que se entende por “Estado-Regulador”, que seria, na opinião da doutrina mais abalizada, o modelo político-econômico de Estado que temos no Brasil atualmente.

Pode-se dizer que a ampliação do âmbito da regulação, com a correspectiva redução de sua intensidade não constitui um fenômeno exclusivo do direito brasileiro, pois vem ocorrendo, em maior ou menor intensidade, na maioria dos países. Conforme MARCOS JURUENA<sup>32</sup>, o surgimento do que hoje chamamos Estado-Regulador ocorreu em decorrência “de uma mudança no conceito de *atividade administrativa* em função do *princípio da subsidiariedade* e da crise do Estado do bem-estar, incapaz de produzir o bem de todos com qualidade e a custos que possam ser cobertos com o sacrifício da sociedade. Daí a descentralização de funções públicas para particulares.”

Propõe-se então, sob clara influência do Princípio da Subsidiariedade, que o Estado se concentre na execução daqueles serviços tidos por essenciais, transferindo funções que, ainda que úteis e necessárias à sociedade, possam ser desenvolvidas com maior eficiência pelos particulares, sempre sob regulação estatal, independente do regime em que se dê o seu desenvolvimento – seja o regime da livre iniciativa, seja em regime de direito público.

Sendo assim, o Estado, ao se retirar de diversas atividades de prestação direta ao público, amplia a extensão da regulação por ele exercida sobre as atividades dos particulares, uma vez que a área de atuação destes também será ampliada. No entanto, esta regulação possui uma intensidade reduzida, se comparada à atuação estatal direta no segmento. Foi justamente essa redução da intensidade da regulação, calcada no Princípio da Proporcionalidade, que proporcionou ao Estado a possibilidade de ampliar o seu poder regulatório a setores anteriormente nada, ou quase nada, regulados.

### 3.2 – Regulação

<sup>32</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Ed. Lumen Juris, 2ª edição, 2005, p. 34

### 3.2.1 – Conceito

A maior dificuldade quando se trata do tema da regulação da economia exercida pelo Estado é, sem dúvida, a profusão de definições distintas (e inúmeras vezes contraditórias) para conceitos basilares, sendo o caso do conceito de regulação emblemático. É exatamente nessa imprecisão de conceitos que se encontra a origem de muitas, se não praticamente todas, as controvérsias existentes na matéria. Posta esta observação, tentaremos seguir, a despeito da grande dificuldade, uma sistemática o mais coerente possível, buscando definir sempre em que sentido estamos tratando determinado instituto.

Ciente da dificuldade de se precisar o conceito de regulação, VITAL MOREIRA<sup>33</sup> destaca três sentidos principais que norteiam o estudo dos autores ao tratar da matéria: (a) em um sentido amplo, regulação seria toda forma de intervenção do Estado na economia, independentemente dos seus instrumentos e fins; (b) em um sentido menos abrangente, regulação significaria toda a intervenção estatal na economia por outras formas que não a participação direta do Estado na atividade econômica privada; por fim, (c) em sentido restrito, regulação resumir-se-ia apenas ao condicionamento normativo da atividade privada, seja por lei ou qualquer outro instrumento normativo.

Utilizaremos, no decorrer do presente trabalho, o conceito apresentado por ALEXANDRE ARAGÃO<sup>34</sup>, que, de certa forma, adota o conceito intermediário elencado pelo mestre português, ao excluir a atividade direta do Estado como produtor de bens ou serviços e como fomentador das atividades econômicas privadas, definindo a regulação como:

**“conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas e concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.”**

---

<sup>33</sup> MOREIRA, VITAL. *Auto-regulação Profissional e Administração Pública*. Ed. Almedina, Coimbra, 1997, p.p. 34/35, apud SOUTO, Marcos Juruena Villela. op. cit. p.p. 40/41.

<sup>34</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras E A Evolução Do Direito Administrativo Econômico*. Ed. Forense, 2ª edição, 2006, p. 37.

### 3.2.2 – Fundamentos e Objetivos Constitucionais – A Instrumentalização da Regulação

A regulação, ainda que tenha suas decisões orientadas por motivos preferencialmente o mais técnicos possíveis, será sempre instrumentalizada na persecução do bem estar comum, conforme seja este definido pela lei, através de um processo legislativo eminentemente politizado.

O que se está tentando dizer aqui é que a regulação deve buscar atingir as finalidades estabelecidas através do jogo político legítimo, no qual deverá ter sido garantida a participação de todos os interessados, respeitado o Princípio Democrático. A grande questão é que, definidos e sacramentados tais objetivos no ordenamento jurídico, constitucional ou infraconstitucional, a regulação, para que possa escolher o melhor caminho para o atingimento de tais fins, deve, necessariamente – e a experiência nos mostra isso –, buscar um certo distanciamento das discussões políticas, sob pena de atrelar-se à realização de interesses políticos momentâneos e imediatistas – em outras palavras, interesses meramente eleitoreiros –, desviando-se da sua finalidade principal.

Devemos ter em conta o fato de que as finalidades primordiais do Estado brasileiro estão elencadas no próprio texto constitucional, quando este estabelece no artigo 3º os “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”. Sendo assim, toda a atuação do Estado deve sempre estar voltada, em última análise, à consecução destes – sobretudo se considerarmos, com a doutrina majoritária, que tais objetivos constituem a própria razão de ser do Estado.

Parece-nos que, assim entendido o fundamento e os objetivos do próprio Estado brasileiro, não resta dúvidas de que também a atuação estatal na regulação da economia deve ter como finalidade os mesmo objetivos. Indo além, cremos ser possível sustentar que a regulação deve mesmo ser instrumentalizada para a consecução destes fins. De fato, se no campo da Teoria do Estado já vemos, há tempos, a superação da idéia do próprio Estado como um fim em si mesmo, menos sentido ainda teria se pensar em uma função do Estado que não fosse instrumentalizada para um fim maior, bastando-se a si mesma.

ALEXANDRE ARAGÃO<sup>35</sup>, tratando do fenômeno da *instrumentalização da regulação* observa que se no liberalismo não havia um direcionamento da sociedade pelo Estado para a realização de fins públicos, cabendo-lhe apenas estabelecer as garantias necessárias para que os indivíduos tivessem as condições necessárias à realização dos seus próprios objetivos, isso se deve ao fato de que o modelo político-econômico vigente no Estado Liberal buscava a preservação do *status quo*.

No caso do Estado Democrático de Direito a lógica é exatamente o inverso. Nas palavras de J. J. GOMES CANOTILHO<sup>36</sup>, o sistema jurídico do Estado Democrático “um *sistema aberto* porque tem uma estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’”.

Diante dos ensinamentos do mestre português, conclui ARAGÃO que haveria em nosso ordenamento jurídico uma instrumentalização, não só da regulação estatal da economia, como de todas as normas de Direito Público aos fins e princípios estabelecidos no próprio ordenamento, sobretudo no texto constitucional. Essa instrumentalização é uma decorrência lógica e natural no Estado Democrático de Direito, dado que este não possui uma posição passiva em relação à situação sócio-econômica das pessoas, mas sim uma orientação transformadora, buscando conformar a realidade em que se insere aos valores sedimentados pelo ordenamento jurídico.

Essa instrumentalização de todo o ordenamento jurídico leva CHARLES-ALBERT MORAND<sup>37</sup> a observar que mesmo as leis, ao tornarem-se instrumentos da realização de políticas finalísticas, passaram a “ter o seu critério de validade aferido não apenas em virtude da higidez de seu procedimento criador, como da sua aptidão para atender aos objetivos da política pública, além da sua capacidade de resolver os males que esta pretende combater.”

### 3.2.3 – Superação da Igualdade Formal Oitocentista e a Concretização da Regulação – Individualização, Proporcionalidade e Subsidiariedade

---

<sup>35</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. op. cit. p.p.89/91

<sup>36</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. op. cit. p. p. 89

<sup>37</sup> MORAND, Charles Albert. *Le Droit Néo-Moderne des Politiques Publiques*. apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. op. cit. p. 90

Encontra-se hoje indiscutivelmente superada a concepção da igualdade restringida ao seu aspecto meramente formal, segundo a qual “*todos os homens são iguais perante a lei.*” A valorização da dignidade humana foi o principal fator que levou à superação dessa concepção, que se destinava, sobretudo, a atender aos interesses da classe burguesa dominante – que buscava com isso conferir uma certa “legitimidade” à manutenção do *status quo*. Em um Estado Democrático de Direito, onde todos os setores da sociedade têm – ao menos em tese – os seus direitos tutelados pela Administração, vemos o desenvolvimento da idéia de igualdade material, que pode ser resumida na já clássica assertiva de que deve-se dar “*tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais*”. Quer-se dizer com isso que, para uma sociedade que se pretende por igualitária, não basta a proclamação de uma legislação que seja aplicada a todos os integrantes dessa sociedade de forma idêntica. É necessário, se quisermos de fato dar concretude à valorização da dignidade da pessoa humana, assegurar que todos terão, ao menos, condições para buscar aquilo que seja essencial às suas necessidades mais básicas, e isso somente será atingido se forem levadas em consideração as discrepâncias existentes entre os indivíduos.<sup>38</sup>

Dado que a Constituição impõe ao Estado a máxima efetividade na realização dos valores por ela tutelados – e isso é hoje pacífico na doutrina –, as regulações emitidas pelo próprio não puderam mais se resumir meramente a fórmulas que aspirassem à máxima generalização e abstração. Melhor explicando, se uma constituição dirigente – e a Constituição Federal de 1988 tem caráter inegavelmente dirigente – busca a todo momento transformar a realidade na qual está inserida, sempre tendo como norte a dignidade da pessoa humana, bem como o incremento da qualidade de vida da sociedade como um todo, e não apenas de alguns setores dessa sociedade – resultado, como já dito aqui, do pluralismo político que se sucedeu ao sufrágio universal – a regulação da ordem econômica, por ser parte desse ordenamento jurídico de caráter dirigente, deve ser orientada para atingir estes mesmos objetivos.

Uma regulamentação demasiado genérica, que busca ampliar ao máximo seu campo de influência, estendendo-se às mais diversas áreas, certamente dificultará muito – se, de fato,

---

<sup>38</sup> Utilizando uma feliz analogia há muito já consagrada no moderno Direito Processual, trata-se de garantir a “paridade de armas” que, se no Direito Processual seria em relação à parte adversária, no Direito Público pode-se considerar que a relação se projeta a toda a sociedade.

não impossibilitar – que se leve em consideração as singularidades de cada caso. Nesse sentido é a lição de ALEXANDRE ARAGÃO<sup>39</sup>:

“A complexidade, pluralismo e especialização da sociedade contemporânea, somados aos princípios equanimizadores do Estado Democrático de Direito, levam, desta forma, à multiplicação do número de medidas regulatório-estatais legítimas para a consecução concreta dos seus objetivos. Como é sabido, a igualdade material só é alcançável através da diferenciação entre os desiguais, diferenciação esta que deve ser efetivada através da consideração dos dados concretos que envolvem as pessoas e as suas realidades.

Não se está a afirmar que as normas gerais e abstratas tornaram-se desnecessárias, mas sim que elas passaram a ter estruturas mais ágeis e dinâmicas, permitindo, desta forma, o desenvolvimento de políticas públicas, que envolvem muitas normas de conteúdo eminentemente técnico *vis-à-vis* da realidade sócio-econômica concreta.”

Posta a necessidade de individualização da regulação, devemos agora voltar-nos para a questão da insegurança que uma atuação casuística da Administração na seara econômica poderia gerar. É nesse momento que cresce a importância dos princípios e finalidades públicas estabelecidas constitucionalmente. Nunca é demais lembrar que a regulação – e até mesmo o próprio Estado, se aprofundarmos a visão – tem a sua justificativa exatamente na busca pela realização dos “objetivos fundamentais” elencados no texto constitucional. Desta forma, a regulação, ainda que seja particularizada, ao considerar as singularidades de cada situação que vise ordenar, terá como objetivos necessariamente aquilo que estiver determinado pelo ordenamento constitucional. O que pode variar são os meios escolhidos para se atingir tais fins, mesmo assim com limites, dado que a Administração não pode escolher o instrumento que bem entender, desarrazoada e injustificadamente, mesmo que a sua atuação tenha por finalidade a realização dos objetivos constitucionalmente imputados ao Estado. Em decorrência disso, é exatamente na determinação dos mecanismos a serem adotados pela Administração na regulação da economia que pode-se observar a maior influência dos Princípios da Proporcionalidade e da Subsidiariedade.

Parece-nos evidente que, sendo certo que a regulação deve ser guiada pelos princípios estruturantes do ordenamento jurídico, a ocorrência de conflitos entre estes não será um fenômeno raro, sobretudo porque é comum mais de um princípio ser aplicável a uma mesma situação de fato. Nesses casos, deverão eles ser ponderados, buscando-se sempre a solução que não exclua por completo nenhum deles. Essa possibilidade de constantes conflitos entre

---

<sup>39</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. op. cit. p. 109



princípios constitucionais apresenta-se de forma ainda mais provável se observarmos que, na seara do ordenamento econômico, há duas orientações bem definidas e diametralmente opostas, ambas fundamentadas em princípios constitucionais: uma que determina uma maior intervenção do Estado na esfera econômica, em detrimento das liberdades individuais; outra que preconiza exatamente o oposto, ou seja, uma valorização das liberdades individuais, com um conseqüente abstencionismo estatal (ressalvando-se que mesmo nesses casos não se está a falar de um retorno ao absentismo nos moldes do Estado Liberal, como já explicado linhas acima). O que deve ser buscado pela ponderação é o chamado “*ponto ótimo*”, que corresponderia à máxima efetividade possível em cada caso concreto dos dois principais princípios contrapostos.

É por conta desses constantes conflitos principiológicos que o Estado deve sempre pautar sua atuação conforme o Princípio da Proporcionalidade, sem, no entanto, querer-se dizer com isso que a Administração possa omitir-se por trás deste, deixando de atuar quando deveria. Mesmo porque, conforme já ficou demonstrado pelo liberalismo oitocentista, a plena liberdade dos agentes econômicos não só é insuficiente para assegurar determinados valores fundamentais, como muitas vezes é a principal responsável pela violação destes. Nas palavras de HEINRICH SCHOLLER<sup>40</sup>:

“Da mesma forma que a Administração não pode deixar de pautar sua atuação pelo Princípio da Proporcionalidade, também não poderá ela ir além das exigências deste postulado. A Administração, portanto, também age de forma antijurídica quando o Princípio da Proporcionalidade acaba por ser superestimado e a Administração, em virtude disso, deixa de tomar as medidas necessárias.”

A aplicação do Princípio da Proporcionalidade no campo da regulação estatal da economia, em seus três elementos, leva-nos às seguintes conclusões: (a) o elemento *adequação* exige que a restrição à liberdade do mercado deve ser o procedimento adequado à realização do fim perquirido – em geral, garantir o respeito e a integridade de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana; (b) o elemento *necessidade* leva-nos à aplicação do *Princípio da Subsidiariedade*, já explicado neste trabalho, e que, resumidamente, quer dizer que “à medida que os valores sociais constitucionalmente assegurados não sejam prejudicados, o Estado não deve restringir a liberdade dos agentes econômicos, e, caso seja

---

<sup>40</sup> SCHOLLER, Heinrich. “*O Princípio da Proporcionalidade no Direito Administrativo e Constitucional da Alemanha*” apud. ARAGÃO, Alexandre Santos de. op. cit. p. 129

necessário, deve fazê-lo da maneira menos restritiva possível”<sup>41</sup>; (c) a *proporcionalidade em sentido estrito* estipula que o fim socialmente relevante visado com a atuação interventiva estatal deve ser proporcionalmente compatível com a restrição sofrida pelo mercado em decorrência da atuação Estatal.

### 3.3 – Atividades Privadas Regulamentadas e Serviços Públicos

De certa forma, considerando o conceito de regulação adotado no começo deste capítulo, toda atividade privada será, de uma forma ou de outra, regulamentada. O que se pretende explorar, no presente ponto, são determinadas atividades que, por motivações que serão esclarecidas a seguir, estão submetidas a uma “regulamentação específica, setorial e funcionalizada”.<sup>42</sup>

ALEXANDRE DE ARAGÃO define-as como “atividades da iniciativa privada para as quais a lei, em face de sua relação com o bem-estar da coletividade e/ou por gerarem desigualdades e assimetrias informativas para os usuários, exige autorização prévia para que possam ser exercidas, impondo-se ainda a sua contínua sujeição à regulação da autoridade autorizante, através de um ordenamento jurídico setorial.”<sup>43</sup>

A primeira grande questão que se coloca aqui sobre o referido tema diz respeito à classificação de tais atividades como serviço público ou não. Essa determinação trará grandes influências em relação ao tratamento jurídico que será dispensado à atividade. Se adotarmos um critério objetivo na determinação do conceito de serviço público, considerando como tal todas as atividades que visem ao interesse público, inevitavelmente tais atividades estarão incluídas nessa definição. Seriam, neste caso, o que parte da doutrina denomina “*serviços públicos impróprios ou virtuais*”.

Entretanto, em que pese alguns respeitáveis nomes defenderem tal entendimento, não podemos concordar com esta tese. ODETE MEDAUAR, tratando dessa questão dos “serviços

---

<sup>41</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. op. cit. p. 132

<sup>42</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Atividades Privadas Regulamentadas*. In *O Poder Normativo das Agências Reguladoras* (coord. Alexandre Santos de Aragão). Ed. Forense, 2006, p. 221.

<sup>43</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Atividades Privadas Regulamentadas*. In *O Poder Normativo das Agências Reguladoras* (coord. Alexandre Santos de Aragão). Ed. Forense, 2006, p. 222.

públicos impróprios”, ao perquirir os elementos essenciais para a caracterização de determinada atividade como serviço público, afirma ser necessário que haja:

“relação de dependência entre a atividade e a Administração ou presença orgânica da Administração; quer dizer, a Administração está vinculada a esta atividade, exercendo controle permanente sobre o executor do serviço público; sua intervenção, portanto, é maior do que a aplicação de medidas decorrentes do poder de polícia, porque a Administração é responsável pela atividade. A Administração tem, assim, parte preponderante na organização da atividade. (...) A Constituição Federal fixa vínculo orgânico, ao dispor, no *caput* do art. 175, que incumbe ao poder público a prestação dos serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão. Por isso, os chamados ‘serviços de utilidade pública’, realizados por particulares e reconhecidos como de ‘utilidade pública’, não podem ser qualificados como serviços públicos, em sentido técnico, por faltar o vínculo orgânico com a Administração, por não incumbir ao poder público.”<sup>44</sup>

Tais atividades de que tratamos não são desenvolvidas pelo Estado, direta ou indiretamente, mas sim por particulares, que exercem um direito próprio, ainda que sob fortes restrições, diferentemente do que ocorre no caso dos serviços públicos, quando o particular não tem qualquer direito a priori de prestar a atividade concedida ou permitida pelo poder público, dado que tais serviços são de titularidade do Estado.

O que ocorre é que as atividades privadas regulamentadas encontram-se a meio caminho entre os serviços públicos, desempenhados direta ou indiretamente pelo Estado, e as atividades econômicas privadas sujeitas a um controle decorrente apenas do exercício do poder de polícia administrativa geral. O fato de o Estado sujeitá-las a um controle constante para que não só não agridam o interesse público como também contribuam para realização deste, podendo até mesmo imiscuir-se em elementos contratuais da prestação da atividade, não é suficiente para transformá-las em serviço público.

Na conclusão de ALEXANDRE ARAGÃO<sup>45</sup>:

“Em outras palavras, o norte principal que distingue essas atividades dos serviços públicos é o fato de elas se encontrarem protegidas pelo direito fundamental de livre iniciativa privada, ao passo que os serviços públicos são excluídos desse âmbito, podendo ser exercidos por particulares apenas mediante delegação quando, como e enquanto o Estado politicamente assim decidir, observados, naturalmente, os limites impostos pelos Princípios do Direito Administrativo Econômico.”

<sup>44</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. Ed. Revista dos Tribunais, 5ª Edição, 2001.

<sup>45</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Atividades Privadas Regulamentadas*. In *O Poder Normativo das Agências Reguladoras* (coord. Alexandre Santos de Aragão). Ed. Forense, 2006, p 226

### 3.4 – Relações de Sujeição Especial e Autorizações Operativas

#### 3.4.1 – Relações de Sujeição Especial

De acordo com a Teoria de OTTO MAYER, a relação do administrado com o Poder Público poderia ser dividida, sob determinado enfoque, em duas espécies: (a) “*relação de supremacia geral*”, aplicável às situações nas quais a Administração atua através de seu poder de polícia no sentido tradicional, figurando no vínculo como autoridade pública e utilizando-se do seu poder de império; e a (b) “*relação de sujeição especial*” na qual há uma prévia relação entre o administrado e o Poder Público, para a qual o primeiro teria, via de regra, assentido.

Essa relação de sujeição especial está presente tanto nas concessões e permissões de serviço público quanto no caso das atividades privadas de interesse público, – ou, como dito no ponto anterior, “*atividades privadas regulamentadas*” – constituindo uma relação específica entre o administrado e o Poder Público por meio da qual este insere-se material ou juridicamente na esfera da Administração.

É justamente a anuência do particular em inserir-se na esfera pública que, juntamente com a lei, permite que se amplie os poderes regulatórios do Estado. Isso não quer dizer que as relações de sujeição especial seriam um campo no qual o particular ficaria despojado dos seus direitos fundamentais, muito menos que a Administração poderia ditar normas sem habilitação legal prévia ou desprovida de limitações. Amplia-se, isso sim, as possibilidades de regulamentação, bem como a intensidade dessa, pelas razões que já se expôs, – sendo a principal a ocorrência de uma forte relação dessas atividades com o bem estar da sociedade de modo geral, a ponto de torná-las serviço público ou, ao menos, atividades privadas regulamentadas – mas sempre levando em conta os Princípios constitucionais ordenadores da atuação estatal na esfera econômica, sobretudo o Princípio da Proporcionalidade.

Como bem se expressa RAFAEL GOMEZ-FERRER MORANT:

“A extensão dos direitos fundamentais a todos os cidadãos, como direitos inerentes à própria personalidade, exige que as limitações ao seu exercício, baseadas na ‘relação de sujeição especial’, em que se encontram certas categorias de pessoas, só sejam admissíveis à medida que resultarem estritamente indispensáveis para o cumprimento da missão ou da função derivada da situação especial.”<sup>46</sup>

### 3.4.2 – Autorizações Administrativas Operativas e Por Operação

Em decorrência dessa classificação de determinadas atividades econômicas em *atividades econômicas regulamentadas*, sujeitas a um *regime de sujeição especial*, tem-se também a diferenciação do instituto da autorização administrativa, conforme esteja relacionada a uma relação de sujeição geral – autorização administrativa tradicional, ou “por operação” – ou especial – *autorização administrativa operativa ou de funcionamento*.

JUAN CARLOS CASSAGNE<sup>47</sup>, ao distinguir as autorizações por operação das autorizações operativas afirma que:

“a diferença não é puramente conceitual ou didática, mas se projeta sobre as relações entre o particular e a administração. Nas autorizações de operação, o poder desta última se esgota com a emissão do ato, não dando, salvo previsão expressa em contrário, origem a nenhum vínculo com o administrado. Ao revés, nas autorizações de funcionamento há uma vinculação permanente com a administração, com a finalidade de tutelar o interesse público, admitindo-se – tanto na doutrina quanto na jurisprudência espanhola – a possibilidade de modificação do conteúdo da autorização para adaptá-lo, constantemente, à dita finalidade, durante todo o tempo em que a atividade autorizada seja exercida.”

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ<sup>48</sup> observam que, ao ser transplantada ao complexo campo das atividades econômicas, a autorização passou a exercer um papel que não se reduzia mais a um mero controle negativo

---

<sup>46</sup> MORANT, Rafael Gómez-Ferrer. *Derecho a la tutela judicial y posición jurídica peculiar de los poderes públicos*. Apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Ed. Forense, 2006, p.p. 141/142.

<sup>47</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. *La Intervención Administrativa*. apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Atividades Privadas Regulamentadas*. In *O Poder Normativo das Agências Reguladoras* (coord. Alexandre Santos de Aragão). Ed. Forense, 2006, p. 243

<sup>48</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo* apud. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Atividades Privadas Regulamentadas*. In *O Poder Normativo das Agências Reguladoras* (coord. Alexandre Santos de Aragão). Ed. Forense, 2006, p. 244

do exercício de direitos, estendendo-se à própria regulação do mercado, orientando e conformando positivamente as atividades autorizadas em direção à realização de determinados objetivos previamente programados pelo ordenamento jurídico. Com essa mudança no papel da autorização, o conceito do instituto teve que igualmente passar por determinadas transformações, chegando à distinção que ora expomos. Na concisa lição dos mestres espanhóis, “*autorizações operativas*” e “*autorizações por operação*” não se confundem, pois as primeiras,

“sem renunciar à função primária de controle, que também canalizam, pretendem ir mais além dela, disciplinando e orientando positivamente a atividade do seu titular na direção previamente definida por planos ou programas setoriais. (...) Já nas autorizações por operação, a relação do Poder Público e o autorizatário é episódica. E não cria nenhum vínculo entre eles. Realizada a operação comercial ou construído o edifício autorizado, os efeitos da autorização outorgada se esgotam.”

Assim como quando expomos o conceito de atividades privadas regulamentadas, reiteramos aqui o entendimento de que as atividades sujeitas a autorizações operativas não se inserem no conceito de serviço público. De fato, como reconhece ALEXANDRE ARAGÃO, ainda que em certas atividades (ex., setor financeiro, saúde suplementar, etc.) os poderes de intervenção da Administração se mostrem mais intensos e menos restritos a formalidades até mesmo se comparados aos casos de serviços públicos delegados, isto não é suficiente para inseri-las dentro do conceito de serviço público. Isso porque, mesmo diante de todas estas restrições, **a titularidade destas atividades continua nas mãos dos particulares, e a titularidade estatal permanece sendo considerada uma característica indispensável para a configuração de determinada atividade econômica como serviço público.**

Cabe aqui o alerta de que essa divergência acerca da configuração das atividades sujeitas a autorizações operativas como serviços públicos ou não decorre, sobretudo, de uma definição ultrapassada do poder de polícia administrativa. De fato, se limitarmos o poder de polícia a uma concepção oitocentista, de caráter eminentemente negativo, ou seja, restringindo-o à limitação do exercício de determinados direitos por particulares em prol da defesa do interesse comum, teremos, como já demonstramos no caso das atividades privadas regulamentadas, que considerar aquelas atividades que se sujeitem a autorizações operativas como sendo uma espécie de serviço público. Essa conclusão decorre de duas constatações: (a) tais atividades, por sua relevância social, não podem ser deixadas pelo Estado à livre

regulação pelo mercado, e, ao mesmo tempo (b) não se lhes é aplicável o poder de polícia tradicional entendido nos moldes explicitados linhas acima. Sendo assim, o único caminho que restaria ao Estado para poder direcionar estas “atividades privadas de interesse público”, através de regulamentações de caráter muito mais ordenador do que restritivos de direitos, à consecução das suas finalidades constitucionalmente estabelecidas, seria considerando-as como uma espécie de serviço público.

Este raciocínio não coincide – muito pelo contrário, apresenta-se de forma diametralmente oposta – à evolução do Direito Administrativo no sentido de uma administração cada vez mais garantidora de direitos fundamentais através de mecanismos de caráter consensual, que vêm mostrando-se muito mais efetivos na consecução dos fins constitucionalmente determinados do que outros mecanismos de caráter impositivo. Além disso, em decorrência dessa evolução doutrinária, encontra-se hoje superado o conceito de poder de polícia limitado à imposição de restrições ao exercício de direitos, como acima demonstrado. Entende-se modernamente que o exercício do poder de polícia abarcaria também práticas orientadoras da iniciativa privada na direção da consecução dos interesses tidos por socialmente relevantes.

Diante dessa constatação, podemos afirmar que a posição do particular titular de tais atividades privadas regulamentadas – sujeitas, em sua maioria, a autorizações operativas –, ainda que submeta-se a uma série de restrições e determinações ordenadoras da Administração, não pode ser confundida com a posição do particular que presta serviços públicos, mesmo que se considere legítimo que o Poder Público condicione o exercício da atividade.

É certo, portanto, que ao exercer uma atividade possuidora de fortes liames com as necessidades da coletividade, pode o Estado fazer com que a empresa direcione sua atuação para contribuir com o atendimento do interesse público setorial relevante, indo além das simples obrigação negativa de não ferir o interesse público geral – que se impõe a todos os indivíduos *ab initio* e indiscriminadamente. O que não se pode admitir é que, pela quantidade de obrigações impostas ao indivíduo, por sua excessiva onerosidade, ou por suas características assistenciais, o Poder Público se faça substituir pelo particular no cumprimento de suas funções constitucionais.

Na feliz síntese de JOSÉ MARIA SOUVIRÓN MORENILLA<sup>49</sup>:

---

<sup>49</sup> MORENILLA, José Maria Souvirón. *La Actividad de la Administración y el Servicio Público*. Apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Atividades Privadas Regulamentadas*. In *O Poder Normativo das Agências*

“Os princípios do serviço público não podem ser aplicados com caráter institucional e *in toto* à atividade privada, nem ser exigidos com caráter vinculante dos seus operadores. A regulamentação dessas atividades com vistas ao interesse público pode demandar que se ajustem a algumas dessas exigências (p. ex., por imperativo constitucional, à não-discriminação e respeito aos direitos dos consumidores), mas em caso algum poderá haver uma sujeição global da atividade às exigências objetivas do serviço público como técnica institucional.”



## **CAPÍTULO 4 – AS AGÊNCIAS REGULADORAS**

### **4.1 – Introdução**

Nos capítulos anteriores procuramos abordar os temas relevantes referentes às questões da intervenção estatal no ordenamento econômico e da regulação propriamente dita. Buscamos, com isso, esclarecer alguns pontos relevantes para que se possa aprofundar o estudo acerca do poder normativo exercido pelas Agências Reguladoras, notadamente uma das modalidades mais utilizadas pelo Poder Público para atuar intervindo e regulando a seara econômica.

Porém, antes de falar especificamente sobre o Poder Normativo, entendemos ser essencial antes que se faça uma explanação mais ampla dos elementos caracterizadores das Agências.

### **4.2 – A Descentralização Administrativa**

#### **4.2.1 – Evolução da Descentralização**

Tendo em vista a superação da idéia da separação absoluta outrora existente entre Estado e sociedade, pode-se ver hoje uma clara interpenetração entre ambos. O Estado passou a ser considerado um instrumento de organização da sociedade, enquanto que o bem estar desta é o objetivo final daquele. Como a constante evolução da sociedade levou ao desenvolvimento de interesses cada vez mais complexos e distintos entre si, e ao Estado se impunha, cada vez mais, a obrigação de tutelar tais direitos, o meio encontrado pelo Poder Público para acompanhar esta evolução foi uma crescente tecnicização de sua atuação, com a consequente especialização da sua atuação de acordo com o interesse que se pretende proteger. Parece unânime a conclusão de que uma regulação estatal homogênea, centralizada

e desprovida dos meios regulatórios necessários seria insuscetível de produzir os efeitos desejados e exigidos pela sociedade moderna.

Em uma interessante síntese da evolução histórica dessa idéia de descentralização, ALEXANDRE ARAGÃO assevera que:

“De fato, quando surgiu a soberania moderna, concentrada nas mãos do Rei, foram extintas as muitas autonomias existentes na Idade Média. Em seguida, com o Estado Liberal, procurou-se limitar o caráter absoluto do poder soberano através da atribuição de parcelas suas a órgãos do Estado (os três Poderes) e/ ou a entes territoriais regionais ou locais. Nos últimos tempos, do ponto de vista interno, que é o que mais nos interessa, a soberania vem, inclusive através de dispositivos constitucionais, cedendo espaço a entes e órgãos públicos, colocados à parte do aparelho estatal central e hierarquizado, e a entidades e organismos que sequer integram a estrutura do Estado.”<sup>50</sup>

Especificamente em relação ao Brasil, **a difusão das entidades administrativas com reforçado grau de autonomia surge como uma decorrência do processo de reforma do Estado**, implementado a partir das últimas décadas do século XX.

Segundo DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO<sup>51</sup>, a Reforma Administrativa implementada nesse período implicou “um passo racional na descentralização, com a finalidade de atender as diferentes necessidades de gestão da coisa pública segundo as suas características próprias e não em conformidade com um padrão rígido, formal e predeterminado”.

Sem dúvida, para que fosse superada a crise econômico-gerencial do Estado brasileiro, cujo auge se deu na década de 1980, era essencial a reformulação das estratégias de intervenção do Estado na economia. **Substituíam-se o Estado empresário, fundado em uma ampla intervenção direta na economia, por um modelo de Estado regulador, que por sua vez fundamenta-se sobretudo na intervenção de modo indireto.**

Os motivos que levaram à escolha pelo modelo das agências reguladoras são elucidativamente expostos por GUSTAVO BINENBOJM<sup>52</sup>, razão pela qual trazemos à baila os ensinamentos do mestre:

---

<sup>50</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Ed. Forense, 2ª edição, 2006, p.p. 204/205.

<sup>51</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a Reforma Administrativa*. Apud. ARAGÃO, Alexandre Aragão. op. cit. p. 208.

<sup>52</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Ed. Renovar, 2006, p. 249.

“O sucesso da aludida conversão dependia, contudo, de maciça atração do capital privado, e, para tanto, fazia-se imprescindível superar a histórica crise de credibilidade do país e de suas instituições. Ou seja: era preciso vender o Brasil como um bom negócio, garantindo aos investidores a manutenção dos contratos celebrados e o direito de propriedade. Nisso reside, fundamentalmente, a razão da escolha pelo modelo de agências reguladoras: entidades com grau reforçado de autonomia, imunizadas das ingerências político-partidárias.”

Sendo assim, as Agências Reguladoras, por serem dotadas de uma ampliada autonomia – a que parte da doutrina denomina, impropriamente, “independência”, retornaremos a este ponto mais à frente – quebram o vínculo de unidade no interior da Administração Pública, pois a sua atividade passa a situar-se em esfera jurídica exterior à da responsabilidade política do governo. Isso porque estas autoridades “independentes” rompem com o tradicional modelo de recondução direta de todos os atos administrativos ao governo.

#### 4.2.2 – Descentralização e Desconcentração

Tradicionalmente, a descentralização é definida em oposição à desconcentração, sendo a primeira a criação de pessoas jurídicas pelo Estado (Administração Indireta) e a segunda a mera divisão de funções entre os órgãos despersonalizados de uma mesma pessoa jurídica estatal.

Ocorre que ambos os conceitos, embora corretamente aplicáveis na época em que foram desenvolvidos, não mais correspondem ao modelo de descentralização exigido pelo Estado contemporâneo. Isso porque a criação de pessoa jurídica da Administração Indireta, sem lhe ser conferida um considerável grau de autonomia, não responde aos anseios já mencionados que levaram o Estado, em grande parte dos países, a realizar uma reformulação de suas estruturas administrativas.

ALEXANDRE ARAGÃO<sup>53</sup> observa que é possível constatar, nos mais diversos países, que a Administração Pública vem sofrendo uma descentralização em sentido material, não importando sua caracterização formal. Quer com isso dizer que, em se tratando do referido tema, **o importante é que seja conferida uma considerável autonomia aos centros**

---

<sup>53</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. op. cit. p. 212.

**de poder criados, sendo irrelevante o fato de serem constituídos ou não como pessoas jurídicas.**

Segue o ilustre autor lembrando que determinadas entidades descentralizadas possuem uma autonomia tão reduzida que, apesar de possuírem personalidade jurídica própria, assemelham-se a órgãos internos subordinados hierarquicamente à Administração central. Da mesma forma, pode-se observar certos órgãos internos que, apesar de não ter sido conferida personalidade jurídica, são incumbidos de tão significativas atribuições autônomas que propiciam uma descentralização muito mais efetiva do que a ocorrida no caso anterior.

Conclui-se então que apenas a descentralização que venha a atribuir uma determinada autonomia ao ente descentralizado que é capaz de levar a um pluricentrismo da Administração Pública contemporânea, pouco importando se essa descentralização se deu através de entidades dotadas de personalidade jurídica ou órgãos internos despensionados. E mais, essa necessária autonomia somente será atingida se forem outorgadas determinadas garantias e prerrogativas suficientes ao desempenho autônomo de funções destacadas do poder central. “A nota fundamental é a não vinculação hierárquica.”<sup>54</sup>

### **4.3 – As Agências Reguladoras Independentes nos Estados Unidos e no Brasil**

#### **4.3.1 – Introdução**

Iniciamos o presente ponto com as palavras do Mestre EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>55</sup> que, ao afirmar a importância e utilidade do estudo do direito comparado, assevera ser este “um considerável instrumento de formação de um jurista completo e maneira, muitas vezes indispensável, de ampliação das perspectivas do próprio Direito, para enfrentar um problema análogo a problemas conhecidos em outros Direitos, rompendo ‘ciclos de racionalidade’ ou de apequenamento de soluções disponíveis, inércias doutrinárias ou jurisprudenciais, menosprezo de valores jurídicos substanciais de consistência.”

---

<sup>54</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. op. cit. p. 214

<sup>55</sup> DE ENTERRÍA, Eduardo Garcia. Apud. ARAGÃO, Alexandre Santos de. op. cit. p. 221.

Dado que a criação de entidades dotadas de especial autonomia frente ao Poder Executivo Central não é um fenômeno exclusivo do direito administrativo brasileiro, muito pelo contrário, tal modelo de descentralização administrativa já é implantado em inúmeros países há algum tempo, dispensa-se maiores justificativas para demonstrar a importância de se estudar o desenvolvimento do instituto em ordenamentos jurídicos alienígenas. Sobretudo se considerarmos que a elaboração doutrinária nacional acerca do tema deu-se, em grande parte, tendo como fundamento os estudos realizados pelos mais renomados autores de diversos países.

Contudo, apesar de reconhecermos a importância do estudo do direito comparado, pelas limitações que o presente estudo nos impõe, restringiremos a análise do direito estrangeiro ao caso norte-americano, isso por conta de ser este, de forma geral, a fonte inspiradora dos estudos acerca do tema.

#### **4.3.2 – Direito Norte Americano**

Os E.U.A. foram o primeiro país a adotar o modelo administrativo calcado na atuação de agências reguladoras. Já é praxe, ao se tratar do assunto, observar que a primeira agência reguladora de que se tem notícia foi a *Interstate Commerce Commission (ICC)*, criada em 1887 com o propósito de regular as atividades relacionadas ao setor de transporte ferroviário<sup>56</sup>.

Apesar de as agências administrativas terem uma importante participação no Executivo norte-americano desde o nascimento daquela nação, na realidade a verdadeira proliferação do que hoje entendemos por “agências reguladoras” coincidiu com movimentos de ordem política, econômica e social de questionamento e superação do arcabouço jurídico-institucional do capitalismo liberal dito puro.

De fato, apenas com o *New Deal* que a moderna agência reguladora tornou-se um elemento característico fundamental da Administração Pública norte-americana. Conforme leciona GUSTAVO BINENBOJM<sup>57</sup>:

---

<sup>56</sup> Foi substituída, em 1995, pelo *Surface Transportation Board (STB)*.

<sup>57</sup> BINENBOJM, Gustavo. op. cit. p. 263

“É neste período que toma corpo, quantitativa e qualitativamente, a idéia de uma Administração policêntrica e insulada de influências políticas, caracterizada por sua *expertise* e por sua melhor capacidade de responder pronta e eficientemente às demandas crescentes de uma sociedade cada vez mais complexa. Este é considerado, ainda hoje, o principal legado institucional do *New Deal*.”

Mesmo um pouco antes do *New Deal*, das últimas décadas do século XIX às primeiras décadas do século XX, têm início medidas intervencionistas do governo em certos setores estratégicos da economia. Apesar de a atividade regulatória das agências de então ser ainda insipiente, serviu para dar início ao processo de relativização dos dois principais fundamentos do capitalismo liberal: o *direito de propriedade* e a *liberdade contratual*, tidos, à época, como direitos individuais quase absolutos.

Com a Grande Depressão e o *New Deal* chega-se ao ponto máximo no processo de superação do capitalismo liberal e dos *standards* jurídicos erigidos pela *common law*. A consequência disso foi a proliferação das agências reguladoras que se seguiu, não apenas em razão de uma maior capacitação técnica e um melhor posicionamento da Administração Pública para reagir rápida e eficientemente no sentido de estabilizar a economia e proteger os menos favorecidos contra as oscilações dos mercados desregulados, mas muito também por conta da necessidade de driblar os entraves à regulação opostos pelo Judiciário norte-americano, que em decorrência da orientação predominantemente conservadora da Suprema Corte, impedia um maior avanço progressista sobre as liberdades econômicas ao impor entraves à atuação da Administração Pública na flexibilização dessas liberdades.

Na concisa lição de JOAQUIM B. BARBOSA GOMES<sup>58</sup>:

“Para os EUA, a regulação por intermédio de agências independentes constituiu, como já dito, uma brutal (embora não abrupta) ruptura com uma concepção de Estado mínimo, identificado como ‘policing model’, isto é, um Estado alheio à questão do bem-estar econômico da população, e sobretudo proibido de empreender intromissões mais arrojadas em áreas tais como fixação de preços, disseminação de informações úteis aos usuários, imposição, consolidação e monitoramento de práticas comerciais concorrenciais justas, em suma, regulação de mercados. Noutras palavras, **trata-se do abandono da conhecida visão do Estado que, segundo Adam Smith, seria regulado pura e simplesmente pela ‘mão invisível’ do mercado.**”

---

<sup>58</sup> BARBOSA GOMES, Joaquim B. *Agências Reguladoras: A “Metamorfose” do Estado e da Democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado)*. in *Agências Reguladoras e Democracia (coord Gustavo Binenbojm)*. Ed. Lumen Juris, 2006. P. 24. (os grifos são nossos).

Uma das explicações para a proliferação das agências nos Estado Unidos encontra-se na alta complexidade da atividade administrativa, impossível, como já demonstrado, de ser dominada por saberes genéricos formais. Dessa constatação desenvolveu-se a idéia de especialização em áreas de atuação demarcadas, em relação às quais o conhecimento técnico exigiria uma formação específica<sup>59</sup>.

Após essa explosão das agências reguladoras detentoras de poderes cada vez mais amplos, com o passar do tempo viu-se o crescimento de intensas críticas ao instituto, segundo GUSTAVO BINENBOJM<sup>60</sup>, por conta de três motivos principais: (a) o crescente grau de “*intrusividade*” das agências nas atividades privadas, extrapolando os limites da tolerância dos agentes privados; (b) o questionamento acerca da eficiência das agências na gestão dos mercados regulados; (c) a não sujeição das agências aos mecanismos tradicionais de *accountability*<sup>61</sup>.

Como consequência desse questionamento, afirma ainda o autor, observa-se um “crescimento dos mecanismos de controle político do Presidente, do Congresso e do Judiciário<sup>62</sup> sobre as agências, bem como um incremento dos instrumentos de participação dos agentes econômicos e de entidades de defesa dos consumidores e do meio ambiente nos processos regulatórios.”<sup>63</sup>

De fato, conforme esclarece TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR<sup>64</sup>:

“Nenhuma dessas características [das agências reguladoras] ficou isenta de grandes controvérsias, percebendo-se, sobretudo a partir dos anos 60, com a enorme proliferação de atos regulamentares, que os atos técnicos, a princípio restritos a decisões de casos concretos (*adjudications*), estendiam-se para a imposição de verdadeiras normas gerais (*rulemaking*), nas quais o juízo de valor (e, pois, políticos) eram patentes. De outro lado, o

---

<sup>59</sup> Daí o desenvolvimento do conceito de *discricionariade técnica* dos atos regulamentares emanados pelas agências, do qual a independência destas seria corolário. Pretendia-se, com esta construção, conferir a tais regulamentos uma aura de neutralidade política, em oposição à atividade legislativa do Congresso, levando, inclusive, a que muitos doutrinadores propugnassem a impossibilidade de revisão, pelo Poder Judiciário, das decisões tomadas pelo Poder Público em sede dessa “espécie” de discricionariade. Este assunto será melhor abordado nos capítulos seguintes.

<sup>60</sup> BINENBOJM, Gustavo. op. cit. p. 265.

<sup>61</sup> Segundo o mesmo autor, *accountable* seria o governo no qual “os cidadãos são capazes de julgar e sancionar os agentes políticos de acordo com o resultado das políticas públicas por eles implementadas”.

<sup>62</sup> O maior controle da atividade regulatória exercida pelas agências por parte do Judiciário levou ao desenvolvimento da chamada “*hard-lock doctrine*”, que vem se prestando ora para exigir das agências a demonstração de que as vantagens da regulação justificam as suas desvantagens, ora para invalidar ou devolver para a agência medidas regulatórias que não atendam aos objetivos da lei, ora para exigir melhores explicações da agência acerca de críticas e comentários feitos por partícipes do processo de consulta pública.

<sup>63</sup> BINENBOJM, Gustavo. op. cit. p. 265

<sup>64</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras à Luz do Princípio da Eficiência*. In *O Poder Normativo das Agências Reguladoras* (coord. Alexandre Santos de Aragão) p. 273

aparecimento de incontáveis ‘regras técnicas’, para todo o tipo de atividade, levantou o problema do ‘engessamento’ e a consequente proposta de ‘desregulamentação’, adotada pelo governo Reagan, conduzindo o Poder Judiciário a julgar a necessidade dos regulamentos sob o prisma da razoabilidade. Com isso, o regime inicial das agências, sobretudo a sua independência, acabou por ser largamente contestado, reduzindo-se consideravelmente a sua função ‘reguladora’, no que tange às suas relações com os três poderes.”

#### 4.3.3 – Direito Brasileiro

O contexto político, ideológico e econômico em que se deu a implementação do modelo regulatório através das agências reguladoras no direito brasileiro, a partir da década de 1990, foi diametralmente oposto ao observado nos E.U.A. De fato, com já foi aqui explicado, a chamada “reforma do Estado” constituía-se um requisito essencial para o sucesso do processo de privatizações e desestatizações que vinha em curso<sup>65</sup>.

Seguindo o entendimento esposado por GUSTAVO BINENBOJM, apesar de o modelo de Estado norte-americano baseado na atuação de agências reguladoras independentes tenha servido como fonte de inspiração para o legislador brasileiro, o instituto foi utilizado aqui para propósitos completamente distintos, senão opostos. Em verdade,

“enquanto nos Estados Unidos as agências foram concebidas para propulsionar a mudança, aqui foram elas criadas para garantir a preservação da *status quo*; enquanto lá elas buscavam a *relativização* das liberdades econômicas básicas, como o direito de propriedade e a autonomia da vontade, aqui a sua missão era de assegurar-las em sua plenitude contra eventuais tentativas de mitigação por governos futuros.”<sup>66</sup>

De fato, buscava-se, no Brasil, o abandono de um modelo de Estado extremamente clientelista, o qual, por óbvio, sempre foi altamente ativo na intervenção na seara econômica. Ocorre que essa intervenção nunca foi feita no sentido de regular a economia eficazmente, mas sim para “servir aos interesses dos diversos estamentos superiores de que sempre foi ‘presa’”<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> ver item 2.7.

<sup>66</sup> BINENBOJM, Gustavo, op. cit. p. 269

<sup>67</sup> BARBOSA GOMES, Joaquim B. p. 24



ALEXANDRE ARAGÃO observa que, em relação à estrutura administrativa, as agências reguladoras independentes vem a ser uma novidade no direito brasileiro muito mais por conta do “óbice jurisprudencial aposto pelo Supremo Tribunal Federal no passado, do que por uma suposta desacolhida do modelo pelo legislador.”<sup>68</sup>

Refere-se o autor à instituição, – algumas décadas antes do processo de reforma do Estado iniciado nos anos 90 – por via legislativa, de determinadas autarquias de regime especial, nas quais a lei restringia em parte o poder de exoneração dos dirigentes por parte da Chefia do Executivo, estabelecendo a sua nomeação por mandato determinado. Entretanto, o STF, sob o argumento de que este reforço na autonomia das autarquias violaria o poder de direção do Chefe do Executivo sobre toda a Administração Pública, considerou a inovação legislativa inconstitucional. O Supremo chegou a consolidar esse entendimento na já superada Súmula nº 25: “*A nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo dirigente de autarquia.*”

Embora as agências reguladoras tenham sido adotadas no direito brasileiro, em um primeiro momento, em decorrência da desestatização de serviços públicos, não se pode daí concluir que tais entes sejam por essência um instrumento exclusivo da desregulação ou desestatização da economia. Prova disso é o surgimento, no próprio ordenamento jurídico brasileiro, de agências reguladoras não mais de serviços públicos, mas de atividades econômicas *strictu sensu*, propiciando um aumento da intervenção estatal sem precedentes nestes setores.

Podemos finalizar então o presente ponto com a percuente conclusão de ALEXANDRE ARAGÃO<sup>69</sup>:

“Sendo assim, podemos constatar que, passados alguns anos da criação das primeiras agências reguladoras, revela-se que a busca deste modelo organizativo destina-se a regular, antes do que especificamente serviços públicos desestatizados, as atividades que em geral possuem uma especial sensibilidade para a coletividade; atividades a respeito das quais os interesses são fortes, múltiplos e conflitantes, notadamente as que possuem elevado potencial de comoção da opinião pública, entre as quais incluem-se, obviamente, os serviços públicos.”

#### **4.4 – Principais Características das Agências Reguladoras**

---

<sup>68</sup> ARAGÃO, Alexandre. op. cit. p. 264

<sup>69</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. op. cit. p. 268

#### 4.4.1 – Autonomia Reforçada (“Independência”)

Se buscarmos o sentido etimológico do termo, “*autonomia*” significa a possibilidade de um ente jurídico estabelecer as normas da sua própria conduta. Claro que esta resposta não esclareceria muitas das dúvidas levantadas acerca da autonomia das agências reguladoras (em que pese parte da considerável da doutrina utilizar o termo “independência”, preferimos, por uma melhor adequação técnica, “autonomia”).

VITAL MOREIRA, ressaltando os vários sentidos cabíveis para a definição de autonomia, oferece-nos rica lição:

“autonomia significa genericamente o espaço de liberdade de conduta de um ente face a outro. Concretamente no âmbito das pessoas colectivas públicas ela exprime a liberdade dos entes infra-estaduais face ao Estado, ou seja, a relativa independência em relação ao poder central. Conforme os diversos campos em que essa liberdade de conduta pode manifestar-se, assim se pode falar em autonomia regulamentar, autonomia administrativa (*stricto sensu*), autonomia patrimonial e financeira, etc. Neste sentido, a autonomia é uma questão de grau: pode ir de quase nada até à independência quase total. Nuns casos pode consistir senão na mera autonomia jurídica (existência de personalidade jurídica), sem nenhuma liberdade de acção; noutros casos pode ir até à mais ampla liberdade de decisão dentro da esfera de acção que lhe seja confiada (administração independente)”<sup>70</sup>.

Cabe ressaltar que não é qualquer autonomia que caracteriza as agências reguladoras, mas aquela reforçada, sobretudo, pela vedação de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes. CONRADO HÜBNER MENDES<sup>71</sup> estabelece alguns critérios para desenvolver um conceito de autonomia: (a) a estabilidade dos dirigentes, através da vedação de exoneração *ad nutum* já citada; (b) a impossibilidade de recurso administrativo ao Ministério a que estiver ligada; (c) qualquer outra característica que possa ser encontrada na lei instituidora da agência que especifique uma eventual autonomia específica, como por exemplo a autonomia financeira.

<sup>70</sup> MOREIRA, Vital. apud. ARAGÃO, Alexandre Santos de. op. cit. p.p. 314/315

<sup>71</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Reforma do Estado e Agências Reguladoras*. In *Direito Administrativo Econômico* (coord. Carlos Ari Sundfeld). Ed. Malheiros, 1ª Edição, 3ª Tiragem, 2006. P. 126

Em perfeita síntese, GUSTAVO BINENBOJM<sup>72</sup> caracteriza a autonomia reforçada das agências reguladoras pelos seguintes aspectos:

“1º) *independência política dos dirigentes*, nomeados por indicação do Chefe do Poder Executivo após aprovação do Poder Legislativo, investidos em seus cargos a termo fixo, com estabilidade durante o mandato. Isto acarreta a impossibilidade de sua exoneração *ad nutum* pelo Presidente;

2º) *independência técnica decisional*, predominando as motivações técnicas para seus atos, que não se sujeitam a *recurso hierárquico impróprio*. Isto gera como consequência a impossibilidade de revisão das decisões das agências pelos Ministérios e mesmo pelo Presidente;

3º) *independência normativa*, necessária à disciplina dos serviços públicos e atividades econômicas submetidos ao seu controle, e caracterizada, segundo parte da doutrina, pelo fenômeno da *deslegalização*. Para parte da literatura brasileira (com a qual não se está de acordo), por meio da deslegalização as agências passam a gozar de um amplo poder normativo, apto, inclusive, a revogar leis anteriores;

4º) *independência gerencial, orçamentária e financeira ampliada*, por força de rubricas orçamentárias próprias e de receitas atribuídas pela lei às agências.”

Deve-se destacar, no entanto, que as autonomias têm sempre que ser delimitadas em cada caso pela lei instituidora do ente, observando-se que apenas a fonte que confere a autonomia pode limitá-la.

#### 4.4.2 – Tecnicização da Atividade Regulatória

Com a crescente complexidade das relações sociais, as agências reguladoras, por constituírem instrumentos da realização de políticas públicas que buscam atender a interesses os mais diversos, tecnicizou a atuação administrativa regulamentadora das atividades econômicas que tenham forte ligação com estes interesses sociais. Chega-se, atualmente, à conclusão de que apenas com a melhor técnica os meios podem ser corretamente avaliados em sua relação de adequação e realização dos fins a que se propõe.

Além disso, o caráter técnico das agências reguladoras se mostra evidente na exigência de formação técnica específica que a lei impõe à escolha dos seus dirigentes. Tal imposição se

---

<sup>72</sup> BINENBOJM, Gustavo, op. cit. p.p. 251/252

justifica pelo fato de que para uma eficiente atuação, a agência necessariamente tomará decisões que demandam conhecimentos técnicos e científicos especializados<sup>73</sup>.

Devemos, no entanto, atentar para o fato de que tecnicidade não é sinônimo de imparcialidade, dado que a técnica nem sempre é capaz de proporcionar soluções unívocas a muitas das relevantes questões postas pelas necessidades da sociedade contemporânea. Em inúmeras ocasiões a técnica se prestará a apresentar um rol de soluções igualmente úteis e aplicáveis, restando ao Poder Público realizar, dentro das opções que lhe forem apresentadas, escolhas de caráter inquestionavelmente político.

#### 4.4.3 – Flexibilização e Consensualização na Atuação Regulatória

Dado que, conforme já foi aqui explicado, as normas produzidas pelas agências reguladoras são instrumentos de realização de políticas públicas, incidindo diretamente nas atividades de particulares que se encontrem dentro do setor regulado, a participação destes no processo de produção destas normas mostra-se de fundamental importância.

De acordo com DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, os processos decisórios das agências reguladoras devem caracterizar-se pela “possibilidade de admissão dos administrados e de terceiros ao debate e negociação, abrindo espaço jurídico ao ajuste de interesses entre Administração e administrados e uma nova alternativa à via contenciosa.”<sup>74</sup>

Em que pese a importância de uma atuação cada vez mais consensual da Administração Pública, sobretudo em temas como a regulação de atividades econômicas, devemos estar sempre atentos para os *riscos de captura* a que estão constantemente expostas as agências reguladoras. Apesar de trazer inúmeros benefícios, a atuação consensual e a flexibilização no procedimento de elaboração de normas regulatórias aumentam consideravelmente esse risco.

FLORIANO AZEVEDO MARQUES NETO<sup>75</sup> propõe uma classificação desse risco de captura da agência, identificando quadro modalidades: (a) o primeiro seria o *risco da*

<sup>73</sup> Essa perspectiva evidencia-se no caso das regulações de temas específicos como petróleo, energia elétrica e telecomunicações.

<sup>74</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Consideraciones sobre la Participación en el derecho Comparado Brasil-España*. Apud. ARAGÃO, Alexandre Santos de. op. cit. p. 321

<sup>75</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes in Direito Administrativo Econômico (coord. Carlos Ari Sundfeld)*. Ed. Malheiros, 1ª Edição, 3ª Tiragem, 2006. p.p. 89/90

*concussão*, “sempre presente quando se trata do exercício de função pública”. Segundo o autor, esse problema seria resolvido com o recrutamento de homens probos e com o estabelecimento de mecanismos efetivos e permanentes de controle – *data venia*, entendemos que somente tais soluções não seriam suficientes para solucionar referido problema, muito menos se olharmos atentamente para nossa realidade política. O segundo risco enunciado (b) refere-se à captura das agências por *contaminação de interesses*, que se manifesta pela “assunção pelo órgão regulador dos valores e interesses do regulado, como se fossem interesses gerais da coletividade, e pela aceitação dos problemas destes atores como problemas incontornáveis e empecedores da implementação dos objetivos eleitos pelo setor”. A solução consistiria na “radicalização da transparência e publicidade da atividade regulatória, combinada com o envolvimento cada vez maior da Sociedade”. O terceiro risco (c) seria a captura por *insuficiência de meio*, ou seja, “a inviabilização do órgão regulador pelo esvaziamento de seus recursos materiais, logísticos, financeiros e principalmente humanos”. A óbvia solução para se superar esse risco consiste em fornecer às agências reguladoras os meios necessários para uma eficiente realização das suas atividades. Por fim, teríamos o quarto risco, (d) de *captura pelo poder político*, que traduz-se “no atrelamento da atividade regulatória aos interesses conjunturais do bloco do poder, às vicissitudes eleitorais.” Para o autor, esta modalidade de captura é extremamente perigosa, porque levaria “à inviabilização da agência em função de um rápido processo de deslegitimação, primeiro perante os operadores e, a médio prazo, perante os próprios usuários. Os antídotos, aqui, correspondem à existência de mecanismos legais de reforço à independência da agência”, de maneira que impeça qualquer mecanismo de atrelamento.

## **4.5 – Funções (Poderes) das Agências Reguladoras**

### **4.5.1 – Introdução**

Por conta do fato de o conceito de regulação agregar o exercício de diversas modalidades de funções e poderes administrativos, os órgãos reguladores assumem uma série

de atribuições que lhes confere uma feição difícil de se amoldar no conceito clássico de tripartição de Poderes. FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO traz-nos a lição de BILAC PINTO, que já divisava estas circunstâncias em entes administrativos existentes à época:

“Com extrema lucidez, aludia ele ao fato de que tais comissões deveriam ser autarquias ligadas à Presidência da República com poderes ‘semijurisdicionais, administrativos e normativos’ e constituídas por peritos e juristas com elevado ‘sentido público’. Indicado já estava, portanto, que, no exercício da atividade regulatória, os entes dela encarregados têm de exercer atividades constitucionalmente reservadas a cada um dos Poderes.”<sup>76</sup>

Antes de passarmos ao próximo ponto, fazemos aqui a ressalva que a função (ou “poder” como é mais comumente denominado pela doutrina) normativa será explorada em capítulo específico, no qual buscaremos abordar as questões mais relevantes e controversas, razão pela qual preferimos não tratá-la no presente capítulo.

#### 4.5.2 – Função Fiscalizatória

Todas as leis que instituíram agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro prevêm, entre suas funções precípuas, a realização de atividades fiscalizatórias sobre os agentes econômicos que se encontram inseridos no setor regulado.

De fato, a atuação das agências ficaria muito deficiente se não pudessem elas exercer qualquer espécie de fiscalização, vez que tornaria muito dificultosa a tarefa de verificar o seguimento das normas regulamentares por elas estabelecidas, bem como a imposição de sanções no caso de descumprimento das mesmas.

ALEXANDRE ARAGÃO<sup>77</sup> observa que, embora presente em todas as agências reguladoras, o fundamento da função fiscalizatória poderá variar de uma agência para outra, conforme seja ela:

---

<sup>76</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes in Direito Administrativo Econômico (coord. Carlos Ari Sundfeld)*. Ed. Malheiros, 1ª Edição, 3ª Tiragem, 2006. p.p. 92

<sup>77</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. op. cit. p. 317.

“(a) reguladora de serviço público, caso em que será um dever inerente ao Poder Concedente, (b) reguladora da exploração privada de monopólio ou bem público, quando o fundamento da fiscalização é contratual, ou (c) reguladora de atividade econômica privada, em que a natureza da fiscalização é oriunda do poder de polícia exercido pela agência, poder de polícia esse que pode ser clássico ou econômico”.

#### 4.5.3 – Função Sancionatória

Em consequência da atividade desenvolvida pelas agências reguladoras independentes no exercício da sua função fiscalizatória, atribui-se-lhes a possibilidade de aplicar sanções em decorrência do descumprimento de preceitos legais, regulamentares ou contratuais pelos agentes econômicos regulados.

Entretanto, por conta do princípio, oriundo do direito penal, do *nullum crimen nulla poena sine lege*, entendemos que a aplicação de sanções deve sempre, necessariamente, estar amparada por disposição legal. ALEXANDRE ARAGÃO<sup>78</sup> entende que esta previsão legal pode até mesmo ser genérica. Estando prevista em lei a aplicabilidade de sanções pelas agências, a graduação e especificação das penalidades poderiam ser normatizadas pela própria agência. *Data venia*, entendemos que o referido princípio exige não somente a prescrição da competência punitiva por lei, como também a normatização do modo de exercício dessa competência.

#### 4.5.4 – Função Julgadora

Na mediação e arbitramento dos diversos interesses envolvidos na atividade regulatória, as agências reguladoras exercem determinadas atividades tidas como próprias do Poder Judiciário. Como foi dito linhas acima, nas palavras de BILAC PINTO, “atividades *semijurisacionais*”. Apesar desta semelhança, o fato é que tais atividades não afastam, nem poderiam, por força do artigo 5º XXXV da Constituição Federal de 1988 (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”) a atuação do Poder Judiciário.

---

<sup>78</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. op. cit. p. 318.

ALEXANDRE ARAGÃO<sup>79</sup> observa argutamente que:

“a função julgadora das agências reguladoras não é, a exemplo do que se dá quando exercida pelo Poder Judiciário, voltada para o passado, tendo, ao revés, um marcante caráter prospectivo de realização de políticas públicas cuja implementação lhes incumbe. E consequentemente, mais do que visar apenas à composição de determinados conflitos inter partes, objetiva precipuamente a composição de latentes conflitos inter setoriais (ex.: entre determinadas categorias de consumidores, entre consumidores e concessionárias, entre estas e o Estado, etc.).”

---

<sup>79</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. Cit. p.p. 318/319.



## CAPÍTULO 5 – EXTENSÃO DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

### 5.1 – O Poder Normativo das Agências Reguladoras

#### 5.1.1 – Introdução

O poder de editar normas é essencial para que uma determinada entidade possa ser considerada como reguladora. EGON BOCKMANN MOREIRA<sup>80</sup> chega a afirmar que “a atividade interventiva das agências reguladoras circunscreve-se ao plano normativo: é a intervenção regulatória, através da emanção de normas (gerais e abstratas ou individuais e concretas)”<sup>81</sup>.

Se é certo que as agências possuem ampla competência normativa em relação aos setores regulados – sendo essa sem dúvida a mais expressiva de todas as funções por elas desempenhadas – é igualmente certo que, nem sempre, as normas produzidas pelas agências restringem-se a disciplinar aspectos referentes a estes setores. Dada a extensão conferida aos poderes normativos, é inevitável que as normas expedidas por tais entes interfiram em outros campos que não exatamente o setor que lhes incumbe disciplinar.

Considerando o amplo grau de generalidade e abstração característicos das leis de criação das agências, são elas investidas de uma ampla autonomia normativa, que leva, por sua vez, à elaboração de normas jurídicas em caráter primário. De fato, ALEXANDRE ARAGÃO observa que

“as leis atributivas de poder normativo às entidades reguladoras independentes possuem baixa densidade normativa, a fim de – ao estabelecer finalidades e parâmetros genéricos – propiciar, em maior ou menor escala, o

---

<sup>80</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Os Limites à Competência Normativa das Agências Reguladoras*. In *O Poder Normativo das Agências Reguladoras* (coord. Alexandre Santos de Aragão). Editora Forense, 2006, p. 179

<sup>81</sup> A opinião do autor, ainda que relevante para evidenciar a extrema importância da atuação normativa das agências reguladoras, não nos parece, *data venia*, de todo correta, vez que, como já expressamos no capítulo anterior, entendemos que as agências reguladoras exercem uma série de outras atribuições que, ainda que não possuam a primazia da função normativa, são também essenciais para que a atuação reguladora se dê de forma completa.

desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente.”<sup>82</sup>

### 5.1.2 – Agências Reguladoras de Serviços Públicos

As primeiras agências reguladoras brasileiras foram criadas no âmbito da regulação estatal dos serviços públicos, quando estes foram delegados à iniciativa privada, para que não ficassem completamente à mercê dos interesses privados.

No caso destas agências, o poder regulatório sobre os serviços delegados é amplo, abrangendo as relações entre as delegatárias e entre estas e os usuários-consumidores. Via de regra, cabe a estas agências a elaboração de normas para um mercado que, por natureza, não seria concorrencial.

GASPAR ARIÑO ORTIZ<sup>83</sup>, ao tratar do tema no direito espanhol, chega a afirmar que:

“todas as normas reguladoras dos serviços públicos reconhecem à Administração não apenas um poder regulamentar de caráter policial (polícia administrativa, naturalmente), como também um poder *interno* de direção mediante instruções, circulares e ordens concretas, de natureza análoga à que pratica em relação aos seus próprios órgãos e serviços. (...) Estamos, assim, diante de um poder administrativo de conteúdo amplíssimo e frente o qual o único direito adquirido existente é o da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro”.

Destaca a doutrina o maior âmbito de atuação do poder regulamentar que incide sobre os serviços públicos que, mesmo delegados, permanecem sob titularidade pública, em comparação com a regulação que incide sobre os outros setores não publicizados da economia. São as leis instituidoras das agências, bem como as normas derivadas desta legislação – principalmente as oriundas das agências – que, “dentro do amplo espectro regulatório que o Poder Público possui, fixam os marcos, menos ou mais amplos, em que o poder regulatório se desenvolverá”<sup>84</sup>.

<sup>82</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Editora Forense, 2ª edição, 2006. P. 406

<sup>83</sup> ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*. Apud ARAGÃO, Alexandre Santos de, *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Editora Forense, 2ª edição, 2006. P. 384.

<sup>84</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. op. cit. p. 386.

### 5.1.3 – Agências Reguladoras da Exploração Privada de Bens e Atividades Monopolizadas

Sendo o titular da atividade ou o proprietário do bem monopolizados, permite-se ao Estado que estabeleça as condições contratuais que, dentro dos limites legais, melhor se adequem à consecução dos seus interesses – ou melhor, do interesse público. O que não impede, além disso, uma atuação regulatória do Poder Público mesmo durante a execução do contrato de concessão, interpretando, integrando ou até adaptando as cláusulas contratuais, de acordo com as necessidades impostas pela realidade sócio-econômica em que se insere.

As agências possuem, quando da determinação dos meios adequados à realização dos fins estabelecidos em lei, via de regra, ampla margem de discricionariedade, não só para a emissão de normas gerais e abstratas, como para a fixação das cláusulas dos contratos de concessão, dos editais e licitação e dos termos das autorizações. Obviamente, caso a Lei, de antemão, pré-determine quais meios deverão ser empregado para se atingir os objetivos nela fixados, a margem de normatização das Agências é consideravelmente reduzida.

Celebrada a concessão, não se extingue o poder das Agências de emitir normas genéricas e abstratas a respeito da atividade concedida. Entretanto, essa atividade normativa deverá restringir-se aos espaços de

“normatização/ integração deixado pelos próprios editais de licitação ou contratos de concessão através de lacunas, de remissões à regulamentação da agência ou da utilização de conceitos jurídicos indeterminados (ex.: as boas práticas da indústria do petróleo) que podem ser densificados pela Agência sempre na senda da persecução da política pública traçada para o setor.”<sup>85</sup>

### 5.1.4 – Agências Reguladoras de Atividades Privadas de Interesse Público

---

<sup>85</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. op. cit. p. 392

Na regulação das atividades privadas de interesse público a produção normativa das agências reguladoras deve restringir-se à expedição de normas que versem a respeito dos interesses primários a serem atendidos, restando-lhes vedada qualquer espécie de intromissão em assuntos internos das empresas privadas que exerçam tais atividades, mesmo que fosse amparada por outros interesses públicos.

Da mesma forma, por não constituírem tais atividades modalidade de serviço público, como já ficou aqui demonstrado, a regulação exercida pelo Poder Público não poderá fazer com que as autorizações operativas típicas desta modalidade regulatória equiparem-se a verdadeiras concessões. Ou seja, não pode o Poder autorizante conferir, nestes casos, tratamento semelhante ao que ocorreria se estivesse se tratando de concessão de serviços públicos.

ALEXANDRE ARAGÃO alerta-nos para as situações em que as prestações de serviços particulares se dá através de uma relação contratual relacional com os consumidores:

“Os contratos relacionais distinguem-se dos contratos descontínuos à medida que se destinam a regular uma relação que perdura no tempo. É por esta razão que, quando os consumidores são colocados em uma posição de assimetria informacional e econômica em relação aos prestadores de serviços, mister se faz a ingerência de uma entidade ou órgão regulador para ‘controlar, regular, uma relação que se prolonga no tempo, pois existe a dificuldade muito grande de trazer para o momento presente todas as circunstâncias futuras que podem afetar o conteúdo desta relação contratual. Encaixam-se neste modelo os contratos de plano de saúde, de previdência privada, de fornecimento de serviços de telefonia, entre outros(...)”<sup>86</sup>

Desta forma, fica claro que as agências reguladoras de atividades privadas de interesse público têm amplo poder de normatização sobre as autorizações correspondentes, como forma de possibilitar à Administração estar permanentemente conformando tais atividades aos objetivos públicos para o setor, mas não pode o Poder Público submetê-las a um regime jurídico análogo ao dos serviços públicos, vez que tais atividades permanecem sob a titularidade dos particulares.

### 5.1.5 – Conclusão

---

<sup>86</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. op. cit. p.p. 394/395

Pela maestria da lição, forçoso é, para concluir o presente ponto, trazermos as palavras de FRANCISCO LÓPEZ MENUDO<sup>87</sup>:

“certamente, o *ius variandi* da Administração é figura plenamente admitida na atualidade, à margem de qualquer consideração dogmática sobre a natureza unilateral ou contratual da concessão e com a abstração de se ela é uma concessão de domínio público ou de gestão de um serviço público. O centro de gravidade da questão não se encontra na índole ou forma destes títulos, mas no interesse público, cuja devida satisfação não pode ficar obstruída por apriorismos dogmáticos nem por interesses privatistas. Vistas assim as coisas, **se reforça a idéia de que o concessionário – qualquer concessionário – não é, em essência, a ‘parte’ de uma relação contratual em pé de igualdade, mas sim o sujeito passivo de uma ‘relação de sujeição especial’, o que implica dizer que junto a direitos subjetivos certos que pode fazer valer, o concessionário se acha em uma básica situação de submissão não *ex contractu*, mas do marco jurídico geral em que se insere, marco este que reconhece à Administração uma clara posição de superioridade compreensiva de uma gama de poderes – alguns de construção jurisprudencial – cujas manifestações concretas refletem-se claramente na legislação atual. Referimo-nos aos poderes de direcção, inspeção e controle; poder de interpretação unilateral do contrato; e muito especialmente, no que nos interessa, o chamado *ius variandi*, princípio expressivo da sujeição das concessões ao interesse geral e ao poder modificador da Administração, sem prejuízo, é claro, dos limites legais e dos direitos dos quais os interessados forem titulares.”**

A determinação do âmbito do poder normativo das agências reguladoras depende, primordialmente, da definição do que se entende por Estado de Direito, separação de poderes, princípio da legalidade e discricionariedade. Pode-se dizer que grande parte das dificuldades que cercam o estudo da matéria, bem como a maioria das questões doutrinárias mais relevantes sobre o tema, têm origem em um inexplicável apego que parte da doutrina possui em relação a concepções remotas dos institutos acima elencados, que se mostram cada vez mais claramente inaplicáveis – as concepções, não os institutos, observe-se – à realidade do Estado de Direito contemporâneo. Essa é a razão pela qual buscaremos, nos próximos pontos do presente capítulo, demonstrar qual seria, em nosso entendimento, a correta interpretação destes institutos, consentânea com a realidade social vigente.

## 5.2 – As Agências Reguladoras e a Separação de Poderes

<sup>87</sup> MENUDO, Francisco López. *La concesión de aguas públicas y sus posibles modificaciones*. Apud. ARAGÃO, Alexandre Santos de. op. cit. p.p. 390/391. (os grifos são nossos)

## 5.2.1 – A Superação da Concepção Clássica do Princípio da Separação de Poderes

Como já restou demonstrado linhas acima, as abrangentes funções das agências reguladoras faz com que estas desempenhem atribuições próprias de todos os três Poderes da clássica divisão tripartite – além do fato de que exerce-os as agências com um considerável grau de liberdade em relação a cada um deles. Isso leva-nos à evidente conclusão de que, no atual Estado Democrático de Direito em que vivemos, não cabe um apego desarrazoado a uma concepção tradicionalista do Princípio da Separação de Poderes.

Em verdade, não podemos, com esteio em referido princípio, chegar à conclusão de que os órgãos de cada um dos “Poderes de Estado” exercerão, única e exclusivamente, uma das três funções tradicionalmente consideradas – legislativa, executiva e judicial. Da mesma forma, uma correta interpretação do princípio não levará, de modo algum, ao entendimento de que toda e qualquer função do Estado possa sempre ser subsumida a uma destas espécies classificatórias.

Vale aqui trazeremos a lição de KARL LOEWENSTEIN<sup>88</sup> sobre como deve ser modernamente interpretado o Princípio da Separação de Poderes:

“O que na realidade significa a assim chamada ‘separação de poderes’, não é, nada mais nada menos, que o reconhecimento de que, por um lado, o Estado tem que cumprir determinadas funções – o problema técnico da divisão do trabalho – e que, por outro, os destinatários do poder sejam beneficiados se estas funções forem realizadas por diferentes órgãos: a liberdade é o *telos* ideológico da teoria da separação de poderes. (...) O que, comumente, ainda que erroneamente, se costuma denominar como a separação dos poderes estatais, é na verdade a distribuição de determinadas funções estatais a diferentes órgãos do Estado. O conceito de ‘poderes’, apesar de estar profundamente enraizado, deve ser entendido neste contexto de uma maneira meramente figurativa.”

Podemos buscar também na doutrina nacional explicação semelhante. MIGUEL REALE<sup>89</sup> afirma que “hoje em dia poucos se mantêm apegados ao dogma da divisão dos

---

<sup>88</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. apud. ARAGÃO, Alexandre Santos de, *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Editora Forense, 2º edição, 2006. p.p. 372/373

<sup>89</sup> REALE, Miguel. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Apud. ARAGÃO, Alexandre Santos de. op. cit. p. 373 (os grifos são do autor)

poderes”, e fundamenta seu entendimento na interpretação – com a qual concordamos – de que a própria Constituição Federal vigente, ao estabelecer a divisão de poderes, não confere a esta “o valor de um princípio essencialmente destinado à garantia das liberdades individuais, mas antes um valor pragmático de uma **distribuição de funções**, de uma simples aplicação da lei da divisão do trabalho no setor das atividades políticas”.

Não se pode esquecer também que um dos motivos – senão o principal deles – dessa evolução no entendimento da doutrina tem origem no crescente pluralismo da sociedade contemporânea, que coloca as várias instâncias do Estado frente aos mais diversos interesses. Da mesma forma, essa pluralidade de interesses é também uma das razões que levam o Estado a criar novas unidades de decisão e órgãos coletivos dotados de considerável autonomia. Tais órgãos, na consecução das finalidades para as quais foram criados, acabam por mitigar ainda mais a concepção clássica da tripartição de poderes.

### 5.2.2 – Compatibilidade Entre as Agências Reguladoras e a Moderna Tripartição de Funções (Poderes)

Podemos crer, ante o exposto no tópico anterior, termos demonstrado, de forma clara e inequívoca, que, desde que seja superada a concepção mítica e absoluta do Princípio da Separação de Poderes, a autonomia conferida às Agências Reguladoras, com a consequente atribuição de uma diversa gama de funções, em nada contraria a divisão destas funções estabelecida pelas constituições contemporâneas – inclusive a Constituição Federal de 1988.

ALEXANDRE ARAGÃO<sup>90</sup> apresenta uma interessante conclusão a partir da compatibilidade da pluralidade de funções exercidas pelas agências reguladoras com os ordenamentos jurídicos em que estas se inserem:

**“Podemos afirmar que as competências complexas das quais as agências reguladoras independentes são dotadas fortalecem o Estado de Direito, vez que, ao retirar do emaranhado das lutas políticas a regulação de importantes atividades sociais e econômicas, atenuando a concentração de poderes na Administração Pública central, alcançam, com o melhor proveito, o escopo maior – não meramente formal – da separação de poderes, qual seja, o de garantir eficazmente a segurança**

---

<sup>90</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. op. cit. p.p. 375/376

jurídica, a proteção da coletividade e dos indivíduos empreendedores de tais atividades ou por ela atingidos, mantendo-se sempre a possibilidade de interferência do Legislador, seja para alterar o regime jurídico da agência reguladora, ou mesmo para extingui-la.”

Podemos assim concluir o presente ponto reafirmando, e sintetizando, a idéia de que as agências reguladoras independentes, por conta das diversas funções que lhe são atribuídas pelas leis que as instituem, não apresentam qualquer espécie de afronta à separação de poderes constitucionalmente assegurada. Em última análise, ao retirar determinadas atividades do âmbito de atuação das esferas tradicionais do Poder Público, tais entidades autônomas de fato contribuem para a realização do fim objetivado pelo princípio em questão – qual seja, evitar uma perigosa concentração de poderes nas mãos de uma única instância.

### **5.3 – A Necessidade de Descentralização Normativa**

O pluralismo e a complexidade da sociedade moderna, com o desenvolvimento de técnicas cada vez mais especializadas na realização de atividades pelos particulares com forte ligação a interesses sociais de diversas matizes – que levam à uma necessidade cada vez maior de uma regulamentação específica pelo Poder Público – sacramentou a superação do ideário “codificador” vigente no modelo de Estado Liberal oitocentista.

De fato, se à época um ordenamento jurídico monocêntrico e uniforme, que desconsiderasse as vicissitudes da realidade social, já se mostrava falho e inviável, quanto o mais no Estado contemporâneo, no qual o Poder Público se vê diante de uma ampla gama de interesses que tem a obrigação de não só proteger como torná-los efetivamente eficazes.

Essa percepção inicial da inviabilidade de uma legislação rigidamente codificada levou à necessidade de elaboração, pelo legislador, de regulamentações especiais destinadas a determinados setores da sociedade ou a relações jurídicas específicas<sup>91</sup>. Logo foi possível observar que a crescente demanda social por tais regulamentações singularizadas não era acompanhada pela produção normativa dos Poderes Legislativos, – e nem poderia ser, por uma inviabilidade prática que será melhor explorada a seguir – criando um descompasso e um

---

<sup>91</sup> Um exemplo prático deste fenômeno pôde ser visto na criação do Direito do Trabalho, até então considerado apenas como um ramo especializado do Direito Civil.



consequente distanciamento entre sociedade e ordenamento jurídico que aumentava na mesma proporção do surgimento de novas tecnologias.

A partir do momento em que ficou constatado que a produção normativa do Poder Legislativo, em razão de seus procedimentos excessivamente lentos – muito por conta de seu caráter essencialmente político, com seus longos debates entre as diversas orientações político-partidárias<sup>92</sup> – não era mais capaz de acompanhar a rapidez do desenvolvimento da sociedade, verificou-se que a edição de leis especiais por este Poder não seria capaz de suplantar o distanciamento que se mostrava cada vez mais evidente entre sociedade e ordenamento jurídico.

Com isso, impunha-se claramente a necessidade de especialização não só da legislação como também das fontes do Direito e dos respectivos órgãos emanadores, através da criação de entes que, por conta dos amplos poderes que lhes deveriam ser atribuídos para a consecução de suas finalidades, deveriam estar, na medida do possível, livres das injunções políticas parciais, ou seja, blindados contra a influência dos danosos interesses “político-eleitoreiros” – diga-se de passagem, tão comuns quanto destrutivos na realidade política brasileira.

Conforme a inteligente conclusão de ALEXANDRE ARAGÃO<sup>93</sup>:

**“A necessidade de descentralização normativa, principalmente de natureza técnica, é a razão de ser das entidades reguladoras independentes, ao que podemos acrescentar o fato de a competência normativa, abstrata ou concreta, integrar o próprio conceito de regulação.”**

#### **5.4 – A Legalidade e O Poder Normativo das Agências Reguladoras**

---

<sup>92</sup> Observe-se que não estamos aqui a fazer qualquer espécie de crítica – neste ponto especificamente – aos procedimentos necessários à produção normativa no âmbito do Poder Legislativo. O que se está querendo dizer é que tal modelo de produção normativa não se aplicaria para o caso que estamos estudando. Isso não pode levar, de modo algum, à equivocada conclusão de que os processos legislativos impostos ao legislador seriam obsoletos ou ultrapassados. De fato, para determinados assuntos, tais procedimentos são essenciais para a validade e legitimidade da imposição de restrições ou obrigações pelo Poder Público aos componentes da sociedade. Trata-se, em verdade, da necessidade de se delimitar o correto campo de atuação de cada procedimento de elaboração normativo.

<sup>93</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. op. cit. p. 380.

#### 5.4.1 – Concepção Clássica do Princípio da Legalidade

O Princípio da Legalidade tem sua origem na interpretação liberal oitocentista de um outro princípio, o da separação de Poderes. À época do Estado Liberal, a classe burguesa, buscando prevenir-se dos caprichos que lhes eram impostos pela realeza, desenvolveu, ao menos em tese, um mecanismo através do qual toda e qualquer medida jurídica somente poderia ser mera decorrência, por subsunção ou simples execução, da aplicação ao caso concreto de normas jurídicas exclusivamente estabelecidas por seus representantes de maneira genérica, abstrata e exaustiva. Conforme já foi explicado neste trabalho, ao administrador e ao juiz do Estado Liberal oitocentista cabia apenas a estrita e “cega” execução da lei.

Conferiu-se, assim, um valor verdadeiramente mítico à lei do parlamento, fundando-a na noção – extremamente etérea, há de se observar – de “vontade popular” ou “vontade nacional”, bem como nas idéias racionalistas e humanistas advindas da doutrina iluminista predominante na época<sup>94</sup>. A conclusão a que se pode chegar é que qualquer ato administrativo ou judicial que não representasse exclusivamente a concretização do mandamento estabelecido na lei seria ilegítimo, por atentar contra a “vontade nacional”, atingindo o novo soberano, titular, ao final, de todos os Poderes estatais, ou seja, o povo.

O Princípio da Legalidade possui o que a doutrina chama de “dupla direção”, conforme seja aplicado em relação à atuação dos particulares ou da Administração. No que toca aos indivíduos, a legalidade pode ser traduzida em ampla liberdade de agir, operando a reserva legal como outorga implícita de faculdades jurídicas indeterminadas e sujeitas à arbitragem individual, de maneira que ausente qualquer restrição normativa, prevalece a liberdade de atuação.

Já com relação ao Estado, a legalidade restringiria sua atuação somente às hipóteses de expressa autorização legal, e nos estritos limites do permissivo legal. Estaria imposta ao Poder Público uma inércia compulsória, da qual só poderia este sair se expressamente determinado por lei.

Na lição de CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO<sup>95</sup>:

---

<sup>94</sup> A lei, para o pensamento liberal iluminista, seria um produto exclusivo da razão humana, emanada a partir dos representantes da sociedade e capaz de regular todo e qualquer assunto relevante para o Estado Liberal (Estado Mínimo).

<sup>95</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Função Normativa Regulatória e o Novo Princípio da Legalidade in O Poder Normativo das Agências Reguladoras* (coord. Alexandre Santos de Aragão). Editora Forense, 2006, p.p. 45/46.

“Em outras palavras, podemos reconhecer que as autonomias individuais e coletivas resultam implícitas na ordem jurídica, ao passo que as competências das autoridades públicas não de resultar explícitas. O marco da legalidade, a bem dizer, legaliza e protege, pelo critério das liberdades residuais, o extenso horizonte das autonomias privadas, de tal sorte que o direito público subjetivo convola-se em um direito à liberdade por princípio.

Nesse sentido, a grande virtude sistêmica do princípio da legalidade é precisamente juridicizar de forma global as relações entre o Estado e os administrados, eliminando quaisquer incertezas insuscetíveis de suprimento exegético a propósito da validade das ações e omissões dos seres públicos e privados, de maneira a traçar com razoável clareza a linha demarcatória entre os campos da liberdade e de sujeição aos ditames estatais.”

Continua o autor afirmando que, com isso, a legalidade despontaria como a “primeira das limitações constitucionais ao poder estatal de disciplinar, em prol do bem comum, o exercício da liberdade humana.”

A lei seria, portanto, o instrumento através do qual o Poder Público poderia condicionar a atuação dos particulares no exercício das suas respectivas autonomias, tanto individuais quanto coletivas. Essa doutrina é uma decorrência do entendimento de que o Poder Público não possuiria vontade própria, de maneira que a sua atuação necessitaria sempre das diretrizes traçadas pelo legislador.

#### **5.4.2 – A Crise da Lei (Formal) e da Legalidade Administrativa**

Conforme GUSTAVO BINENBOJM<sup>96</sup>, o fenômeno da crise da lei pode ser observado sob dois aspectos distintos:

“Ao ângulo *estrutural*, a crise da lei confunde-se com a crise da representação e, mais especificamente, com a crise de legitimidade dos parlamentos. Ao ângulo *funcional*, a crise da lei é a própria crise da idéia de legalidade como parâmetro de conduta exigível de particulares e do próprio Estado. Hoje não mais se crê na lei como expressão da vontade geral, nem mais se a tem como principal padrão de comportamento reitor da vida pública ou privada.”

---

<sup>96</sup> BINENBOJM, Gustavo. op. cit. p. 125/136 (os grifos são nossos).

Continua o autor afirmando que foi justamente a “visão liberal idealista e mitificadora” acerca da lei que veio a ser superada, dado que esta não mais continha “a solução para as grandes questões do Estado e dos indivíduos”. Apresenta-nos o professor, de forma clara e didática, cinco razões que levam à perspectiva atual de crise da lei e da legalidade administrativa.

Primeiramente, temos a *inflação legislativa*, que constitui uma realidade não só brasileira mas presente na maioria dos ordenamentos jurídicos, sobretudo nos de tradição romano-germânica. “O mito positivista de completude do ordenamento jurídico, aliado ao aumento significativo das funções do Estado social, inspirou os parlamentos a tratarem de qualquer assunto, sendo corolário deste movimento a noção (muito evidente no senso comum) de que a lei seria apta a resolver todos os problemas sociais.” A exemplo do que ocorre no processo inflacionário na economia, a proliferação descontrolada de leis levou a um esvaziamento do seu valor – que pode ser medido por meio do respeito que se tem pela norma elaborada pelo Legislativo. De fato, o conhecimento pleno da legislação é humanamente impossível, sobretudo com a crescente complexidade das leis, decorrência natural da complexidade também cada vez maior das questões que se propõe a regular.

A segunda razão que nos é apresentada é a constatação – imposta da maneira mais drástica possível pelo curso da história – de que a lei não pode ser mais considerada um baluarte da justiça. De forma diametralmente oposta, vimos que, muito além de veicular injustiças, pode a lei ser fundamento para verdadeiras barbáries. “Numa concepção rousseauiana, toda lei é válida independentemente de seu conteúdo, desde que reúna a um só tempo a generalidade da vontade e do seu próprio objeto. É, portanto, despiciendo questionar a justiça de uma lei (dotada de generalidade e abstração), que foi aprovada conforme a vontade geral, pois, nesta ótica, a lei ‘não é senão o registro da vontade de cada cidadão que participou de sua feitura, e ninguém é injusto consigo próprio’.” As atrocidades dos regimes nazi-fascistas, perfeitamente “legais” em relação aos seus respectivos ordenamentos jurídicos, dispensa maiores explicações acerca da falácia da “sacralidade” adquirida pela lei no período liberal-iluminista. “A constatação de que a lei é insuficiente para trazer justiça e liberdade fez com que ela perdesse a aura de superioridade moral que havia incorporado com a Revolução Francesa.”

O terceiro motivo do esvaziamento da legalidade foi o fato de que a lei foi superada pela constituição como a mais importante forma de manifestação da vontade geral. O

constitucionalismo passou a ser, a partir da derrocada da lei indicada no parágrafo anterior, o verdadeiro depósito das esperanças de garantia da liberdade e justiça, o que culminará no atual processo de *constitucionalização do direito*. Para a Administração Pública, esse fenômeno tem fundamental importância:

“com a elevação do significado da Constituição e com o consenso, quase universal, não só da sua superioridade formal, como também de sua ascendência axiológica sobre todo o ordenamento jurídico, há uma importantíssima modificação no direito administrativo: a lei é substituída pela Constituição como a principal fonte desta disciplina jurídica. A reserva vertical de lei foi substituída por uma reserva vertical de Constituição. **A Constituição passa a figurar como norma diretamente habilitadora da atuação administrativa(...).**

(...)

**A Constituição, porém, não só é fonte direta de habilitação de competências administrativas, como funciona também qual critério imediato da tomada de decisões pelo administrador.** Neste aspecto, evidencia-se a constitucionalização do direito administrativo, numa clara limitação dos espaços discricionários da Administração Pública, que se devem pautar não apenas na finalidade legal, como também nos fins constitucionais. É dizer: entre duas opções legalmente possíveis, o juízo de conveniência e oportunidade será cerceado para que a opção preferencial seja aquela que atenda às normas da Constituição, o que trará como consequência a possibilidade de que o Administrador, em certos casos, atue segundo um juízo de ponderação.”

Além disso, fica claro, sobretudo em constituições dirigentes como a nossa, que essa constitucionalização do direito levou à uma redução do espaço de conformação atribuído ao Legislador, que muitas vezes se vê adstrito a produzir normas – em uma analogia aos “regulamentos administrativos” – de “execução” dos mandamentos constitucionais. O que se quer dizer aqui é que o legislador não possui mais plena liberdade para determinar os meios para atingir os chamados “fins públicos”. Não tem sequer plena liberdade para determinar até mesmo o que seriam esses fins públicos. Isso porque, em grande parte, já estão estes pré-determinados na Carta Constitucional – sobretudo, como se disse, em se tratando de constituições dirigentes como a brasileira. Quanto aos meios, a liberdade é um pouco maior, mas deve-se considerar que em relação a diversos temas também já estão estes definidos no ordenamento constitucional.

Com relação a este aspecto da superação da legalidade, conclui magistralmente o professor afirmando:

**“Em uma palavra: a atuação administrativa só será válida, legítima e justificável quando condizente, muito além da simples legalidade, com o sistema de princípios e regras delineado na Constituição, de maneira geral, e com os direitos fundamentais, em particular.”**

A quarta razão para a crise da lei é o desenvolvimento de uma série de atos normativos infraconstitucionais capazes de, autonomamente, servirem de fundamento à atuação administrativa, em decorrência da constatação de que a lei não basta mais para condicionar e legitimar toda e qualquer atuação administrativa.

**“De fato, um Estado que toma para si a função regulatória deve estar preparado para as inúmeras questões de ordem técnica que devem ser prontamente 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 excelência.”**

Por fim, a quinta e última razão para explicar a crise da lei, bem como da legalidade, apresenta-se como um motivo de ordem eminentemente prática. É facilmente constatável na realidade política atual – independentemente de o sistema de governo ser parlamentarista ou presidencialista – que quando o Poder Executivo não possui a competência normativa sobre a matéria, ainda assim ele controla o processo legislativo, certas vezes por meios legítimos, outras, nem tanto. Se observarmos o caso brasileiro, veremos que o Poder Executivo exerce um certo controle sobre o Legislativo, sobretudo, de três formas diferentes: (I) utilizando-se de sua reserva de iniciativa legislativa exclusiva em relação a determinadas matérias relevantes, como a possibilidade de vedação de emendas parlamentares que implique aumento de despesas (artigos 61, § 1º e 63 da Constituição Federal); (II) a possibilidade de trancamento da pauta de deliberações do Congresso Nacional por ato da Chefia do Executivo (artigo 64 §§ 1º e 2º da Constituição Federal), ou por decorrência da não apreciação de medida provisória dentro do prazo estipulado constitucionalmente (artigo 62, § 6º); e, por fim, (III) através da formação de sólidas bases parlamentares, capazes de aprovar qualquer projeto de interesse do governo.

“Assim, em regra, nem quando a lei em vigor, condicionadora da atuação do Poder Público, é fruto da iniciativa do Parlamento, pode-se dizer que a Administração Pública esteja vinculada externamente, sendo, quando muito, hipótese de *autovinculação*. Sim, pois a prática tem mostrado ser o próprio governo que costuma reger o processo legislativo, invertendo o sentido clássico da separação de Poderes.”

#### 5.4.3 – A Evolução do Princípio da Legalidade

Conforme a arguta observação de OTTO MAYER<sup>97</sup>, a primeira concepção da legalidade administrativa surgiu de uma analogia entre o ato administrativo e a sentença judicial. Segundo tal entendimento, o ato administrativo se constituiria em uma mera particularização dos mandamentos genéricos e abstratos veiculados na lei, em sua atuação concreta, dado que essa era a concepção de sentença judicial aplicativa da lei adotada pelos integrantes das assembléias e quadros revolucionários franceses.

Por conta da completa inaplicabilidade prática, a citada teoria não tardou em cair em desuso. Rapidamente se constatou a impossibilidade de a lei estabelecer prévia e exaustivamente todos os atos que o administrador deveria, de forma autômata, praticar para proteger o interesse público. Desta forma, a necessidade impôs ao Legislador que, na impraticabilidade de prever todas as situações que demandariam a atuação do Poder Público, concedesse à Administração certa liberdade para determinar o conteúdo dos seus preceitos. As leis passaram então a ser mais gerais e menos determinadas. A essa técnica legislativa deu-se o nome de discricionariedade.

Após essa fase, o princípio da legalidade teve a sua concepção originária e, como já afirmado, apenas ilusória, ainda mais atenuada pela concessão de poderes normativos à Administração Pública, para que ela própria elaborasse normas gerais e abstratas. Se tal fenômeno já podia ser observado no início do Estado Liberal, essencialmente absenteísta – não à toa denominado muitas vezes de “Estado Mínimo” – teve e vem tendo a sua importância e âmbitos multiplicados no Estado social, gestor de inúmeras atividades econômicas ou, mais recentemente, delas preponderantemente regulador.

Ocorre que as mudanças sofridas pela “teoria da legislação” não foram, porém, apenas de natureza formal, consubstanciadas na sua mera “desparlamentarização”, mas também

---

<sup>97</sup> MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. apud. BINENBOJM, Gustavo. op. cit. p.p. 138/139

ocorreram mudanças de ordem material, que refletiram-se na redução da pretensão de generalidade das leis, ou seja, em relação à pretensão de abrangência de todo o corpo social sem levar em conta as características especiais de parcelas da sociedade ou de determinadas atividades. É, de fato, importante notar como, de uma concepção de lei geral e abstrata de tradições liberais oitocentistas a uma legislação de caráter administrativo própria do Estado interventor, se esteja delineando uma tendência à expansão das normatizações setoriais, fruto de um ordenamento policêntrico e pluralista.

#### 5.4.4 – Da Legalidade à Juridicidade Administrativa

Com relação à noção de “Juridicidade Administrativa”, forçoso é trazermos a síntese elucidativa apresentada por GUTAVO BINENBOJM<sup>98</sup>:

“Contudo, pelas razões já estudadas acima, atinentes à crise da lei formal, assim como em virtude da emergência do *neoconstitucionalismo*, não mais se pode pretender explicar as relações da Administração Pública com o ordenamento jurídico à base de uma estrita *vinculação positiva à lei*. Com efeito, a vinculação da atividade administrativa ao direito não obedece a um esquema único, nem se reduz a um tipo específico de norma jurídica – a lei formal. Essa vinculação, ao revés, dá-se em relação ao ordenamento jurídico como uma *unidade* (Constituição, leis, regulamentos gerais, regulamentos setoriais), expressando-se em *diferentes graus e distintos tipos de normas*, conforme a disciplina estabelecida na matriz constitucional.

A vinculação da Administração não se circunscreve, portanto, à lei formal, mas a esse *bloco de legalidade* (o ordenamento jurídico como um todo sistêmico), a que aludia Hauriou, que encontra melhor enunciação, para os dias de hoje, no que Merkl chamou de *princípio da juridicidade administrativa*.

(...).

Assim, com a crise da lei formal, a Constituição – seu complexo de princípios e regras – passa a ser o elo de unidade a *costurar* todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo. A superação do paradigma da legalidade administrativa só pode ocorrer com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade.”

Desta forma, podemos constatar que toda a sistemática dos poderes e deveres da Administração passa a ser delineada a partir das premissas estabelecidas constitucionalmente,

---

<sup>98</sup> BINENBOJM, Gustavo. Op. Cit. p. 142.



com especial ênfase no sistema de direitos fundamentais e nas normas estruturantes do regime democrático. Podemos dizer com isso que a idéia de **juridicidade administrativa** traduz-se na vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, a partir do sistema de princípios regras delineado na Constituição.

## 5.5 – Deslegalização

### 5.5.1 – Conceito de Deslegalização

Para uma parte considerável da doutrina administrativista nacional, a deslegalização serviria de fundamento para o amplo poder normativo atribuído às Agências Reguladoras. ALEXANDRE ARAGÃO<sup>99</sup> chega a afirmar que:

“A deslegalização ou delegificação é mais uma novidade doutrinária que propriamente legislativa. Ou seja, antes de a doutrina começar a sistematizá-la, várias de nossas lei e regulamentos a incorporaram. Na verdade, a deslegalização é um instituto umbilicalmente ligado à atribuição, mormente na seara econômica, de largos poderes normativos a órgãos ou entidades da Administração Pública. É uma consequência, embora não necessária, da atribuição de tais poderes pela lei.”

Por conta da influência exercida pela doutrina estrangeira sobre a nacional acerca do tema, é válido aqui fazermos uma breve incursão no direito comparado. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRIA e TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ<sup>100</sup> classificam a deslegalização como uma espécie de delegação legislativa, ao lado da delegação receptícia e da remissão normativa. A delegação receptícia equivaleria à nossa lei delegada. Trata-se, desta forma, da hipótese na qual ocorre transferência da função legislativa ao Poder Executivo para produzir normas com força de lei, adscrita a um quadro delimitado e a um tempo determinado no ato de delegação. Seu exercício pelo delegatário esgota e consome a delegação, não podendo dela

---

<sup>99</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. Cit. p. 418.

<sup>100</sup> ENTERRÍA, Eduardo García e FERNANDES, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Apud. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Editora Renovar, 3ª edição, 2007, p.p. 216/218.

se valer para revogar ou modificar o texto promulgado, assumindo, o Poder Legislativo, como próprio, o conteúdo da norma delegada.

A remissão normativa, por sua vez, consiste na remessa pela lei a uma normatividade ulterior que deverá ser elaborada pela Administração, sem força de lei, igualmente dentro do quadro substantivo emoldurado pela própria lei remetente. Ao contrário do que ocorre na hipótese anterior, seu exercício pelo delegatário não esgota nem consome a delegação remissiva, que poderá ser por ele alterada ou revogada a qualquer tempo, ainda porque o Poder Legislativo não assume como próprio o conteúdo da norma delegada. As normas produzidas pela Administração ostentam valor de simples regulamentos, sem adquirir, assim, o caráter de leis formais. Esta modalidade de delegação equivaleria aos tradicionais regulamentos de execução brasileiros.

Por fim, temos a deslegalização. Neste caso, conforme os mestres espanhóis, a lei de deslegalização, sem apresentar conteúdo material, limita-se a degradar formalmente a hierarquia de determinada matéria, de modo a que a mesma possa ser modificada, a partir daí, por simples regulamentos. O único limite seriam as matérias sujeitas à reserva absoluta de lei. Nas palavras de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>101</sup>, a deslegalização pode ser conceituada como:

“operação efetuada por uma lei que, sem entrar na regulação material do tema, até então regulado por uma lei anterior, abre tal tema à discricionariedade do poder regulamentar da Administração. Mediante o princípio do *contrarius actus*, quando uma matéria está regulada por determinada lei se produz o que chamamos de ‘congelamento do grau hierárquico’ normativo que regula a matéria, de modo que apenas por outra lei contrária poderá ser inovada dita regulação. Uma lei de deslegalização opera como *contrarius actus* da anterior lei de regulação material, porém, não para inovar diretamente esta regulação, mas para degradar formalmente o grau hierárquico da mesma de modo que, a partir de então, possa vir a ser regulada por simples regulamentos. Deste modo, simples regulamentos poderão inovar e, portanto, revogar leis formais anteriores, operação que, obviamente, não seria possível se não existisse previamente a lei degradadora”.

Nas já consagradas palavras de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO<sup>102</sup>, trata-se da:

---

<sup>101</sup> ENTERRÍA, Eduardo García. *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*. Apud. ARAGÃO, Alexandre Santos de. op. cit. p.p. 420/421.

<sup>102</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Editora Renovar, 3ª edição, 2007, p. 218.

“retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei (*domaine de la loi*) passando-as ao domínio do regulamento (*domaine de l’ordonnance*).

A lei de deslegalização não necessita, assim, sequer penetrar na *matéria* de que trata, bastando-lhe abrir esta possibilidade a outras fontes normativas, estatais ou não, de regulá-la por *atos próprios* que, por óbvio, não serão de responsabilidade do Poder Legislativo, ainda que sobre eles possa continuar a ser exercido um controle quanto a eventuais exorbitâncias.”

## 5.5.2 – A Questionável Constitucionalidade da Deslegalização

### 5.5.2.1 – *A Tese da Constitucionalidade*

Questiona-se, na doutrina nacional, acerca da constitucionalidade da deslegalização. É importante observarmos que a compatibilidade do instituto com o ordenamento constitucional pátrio é matéria relevantíssima do ponto de vista da natureza do poder normativo das agências. Aqueles que propugnam pela sua inconstitucionalidade entendem tal poder de forma diversa em comparação aos que defendem a constitucionalidade da chamada “delegificação”.

Com o didatismo que leciona o tema, ALEXANDRE ARAGÃO<sup>103</sup> apresenta-nos, de forma clara, o questionamento dessa corrente doutrinária que entendem estar a deslegalização impingida de vício de constitucionalidade insanável, ao sustentar que o deslocamento de sede normativa só poderia ser operada pela própria Constituição. O legislador, adstrito por um regime constitucional rígido como é o nosso, não poderia chegar ao ponto de abrir mão dos seus poderes, delegando-os. “Para esta assertiva, pouco importaria que a Constituição vede ou não expressamente a delegação de poderes, vez que a vedação decorreria da própria divisão constitucional de competências. (...) a deslegalização por via legislativa implicaria na derrogação infraconstitucional de competências fixadas pelo Poder Constituinte.” Afirma ainda esta corrente doutrinária que tal fenômeno consistiria, conseqüentemente, na desqualificação legal de determinada norma originalmente legislativa, a qual seria atribuída estatura regulamentar.

---

<sup>103</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. op. cit. p.p. 418/425

Refuta o professor tais argumentos entendendo que a técnica da deslegalização se limita ao “plano formal de manipulação sobre o grau hierárquico”, pelo que, a seu ver, não haveria qualquer inconstitucionalidade, pois não se estaria a falar

“propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma 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 o 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 maiores condições de acompanhar e avaliar a cambiante e complexa realidade econômica e social?

Ao nosso ver, portanto, não é propriamente o regulamento que revoga a lei anterior. Ele é apenas o instrumento que, dentro do princípio da *lex posterior derogat priori*, se vale a lei posterior para, diferida e dinamicamente, revogar a lei anterior, adequando a disciplina jurídica existente no momento em que entrou em vigor à cambiante realidade social. Como a própria lei posterior não seria apta a propiciar tal adequação, constante e de índole predominantemente técnica, confere o necessário poder normativo a determinado órgão ou ente administrativo, habilitando-o a, dentro certos valores e parâmetros, regular a matéria densificando e executando às suas( da *lex posterior*) finalidades, políticas públicas e *standards*.”

Desta forma, considera o autor que a deslegalização estaria implícita no amplo poder normativo conferido pelas leis instituidoras às agências reguladoras para exercer as suas respectivas competências, quando da regulação de determinado setor da economia.

### 5.5.2.2 – A Tese da Inconstitucionalidade

Defendendo a inconstitucionalidade da deslegalização, entendendo não ser esta o fundamento do poder normativo das agências reguladoras, trazemos, pela clareza e didática com que se expressa, a doutrina de GUSTAVO BINENBOJM<sup>104</sup>, que é taxativo ao afirmar que:

---

<sup>104</sup> BINENBOJM, Gustavo. op. cit. p.p. 275/278. (os grifos são nossos)

“A despeito da sofisticação do raciocínio, a tese da deslegalização não tem guarida no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

Em primeiro lugar, a deslegalização, nos termos em que apresentada por seus expositores, transgride abertamente a sistemática constitucional das competências normativas atribuídas ao Poder Executivo. A Lei Maior, com efeito, muito ao invés de postar-se genérica e vaga, delineia, com precisão e de modo taxativo, as hipóteses e os instrumentos para o exercício de competências normativas (*primárias e secundárias*) pelo Poder Executivo, engendrando arranjo harmônico e compatível com a lógica do sistema de freios e contrapesos entre os Poderes do Estado.

(...) A previsão explícita, pontual e condicionada de instrumento para a delegação legislativa corrobora o entendimento de que, **a despeito de a Constituição Federal não prever cláusula expressa de indelegabilidade de atribuições, essa é a regra no direito brasileiro; assim, salvo os casos em que, por explícita previsão, haja o legislador constitucional delimitado exceção, como no caso do art. 68, o Executivo não disporá de competência normativa primária.**”

Desta forma, embora admitindo a expedição de regulamentos autônomos nos casos em que, desde que não se esteja a tratar de matéria sujeita constitucionalmente à reserva legal, haja ausência de normatização legal e a Administração Pública esteja compelida ao cumprimento de deveres imediatamente constitucionais – observando-se, por óbvio, que “a lei superveniente *preferirá* à disciplina regulamentar anterior” – entende o autor que, pela “evidente preocupação do constituinte em delimitar as condições e os instrumentos para o exercício do poder normativo primário pelo Poder Executivo, o que milita a favor da proteção dos administrados, **não parece existir fundamento constitucional para a técnica da deslegalização.**”

Apresenta-nos o professor um derradeiro argumento para a tese da rejeição da deslegalização. Trata-se do artigo 25 do ADCT, que preceitua:

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

Não haveria, portanto, diante do estabelecido pelo dispositivo constitucional acima transcrito, como conciliar a deslegalização, enquanto considerada via genérica de transferência de parcela do poder legiferante para o Executivo, com a declarada intenção do legislador constituinte originário de reter a “delegação indiscriminada e sem critérios de funções típicas de um Poder a outro”.

Embora concordemos com esta corrente doutrinária, no que tange à inconstitucionalidade da deslegalização, *data venia*, não podemos corroborar com este último argumento apresentado pelo autor, conforme citado no parágrafo imediatamente acima. Entendemos, a partir dos ensinamentos de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO<sup>105</sup> – mas não concordando, mais uma vez com a devida vênia, integralmente com a lição do tradicional administrativista brasileiro – que não há como inferir, do texto constitucional supra-transcrito, que o legislador constituinte pretendeu estabelecer uma proibição genérica de delegação – ao menos não no trecho em questão. Também não chegamos ao extremo oposto que nos é apresentado por DIOGO DE FIGUEIREDO, segundo o qual teria o legislador constitucional pretendido “reestruturar, a partir da nova ordem jurídica do País, *todas as hipóteses de deslegalização*”. Adotando um posicionamento que pode-se classificar como intermediário, interpretamos o referido trecho no sentido de que a intenção do legislador constitucional não foi nem estabelecer uma negativa geral às delegações legislativas, tampouco reestruturar todas as hipóteses de deslegalização. De fato, parece-nos claro que o sentido da regra é, nem mais nem menos, simplesmente adequar as delegações legislativas ao novel ordenamento constitucional vigente no país. Ora, não há como se inferir, da revogação das delegações “pré-CF 88”, uma proibição genérica “*ad eternum*” de novas delegações legislativas – o que exigiria, se analisarmos detidamente a questão, um hercúleo e humanamente impossível exercício de “futurologia” pelo constituinte. Da mesma forma, os limites do texto constitucional<sup>106</sup> não torna possível derivar-se do dispositivo qualquer intenção do constituinte no sentido acatar a doutrina da deslegalização – de fato, como no caso oposto, parece-nos igualmente inviável que, à época das deliberações na Assembléia Constituinte, estivessem os seus integrantes a par das mais modernas elaborações doutrinárias no direito comparado acerca das delegações legislativas.

Com a ressalva posta acerca deste último argumento, – o qual, a nosso ver, é despiciendo, não comprometendo em nada a sua negação para a defesa da tese em pauta – arremata o autor, de forma magistral, na defesa da inconstitucionalidade da deslegalização:

---

<sup>105</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de Direito Administrativo*. Editora Renovar, 3ª edição, 2007. p. 223.

<sup>106</sup> Já é assente na doutrina que a interpretação literal dos textos legais, se não possui mais a sacralidade que já lhe foi impingida, ainda possui extrema importância, constituindo o ponto de partida de toda interpretação jurídica, bem como o limite máximo dessa interpretação. Não se pode, no processo de interpretação da norma jurídica, ignorar o sentido léxico dos termos utilizados pelo legislador, expandindo o significado das palavras a ponto de desfigurá-las, vez que isso consistiria, às escâncaras, em uma fraude aos objetivos visados quando da elaboração da norma interpretada.

“a circunstância de as agências reguladoras gozarem de um acentuado grau de autonomia **não tem o condão de subverter a clássica hierarquia existente entre os atos legislativos e atos administrativos**. Em última análise, todo e qualquer ato emanado de órgãos ou entidades da Administração Pública está sujeito ao princípio da legalidade, inscrito no art. 37, *caput*, da Constituição da República.

Com efeito, não se admite possa existir, no direito brasileiro, o fenômeno da deslegalização, por meio do qual a lei de criação da agência *degradaria* o *status* hierárquico da legislação anterior, permitindo a sua alteração ou revogação por atos normativos editados pela agência. Como já visto, isso importaria, ao ângulo formal, a possibilidade de o legislador alterar o procedimento legislativo previsto na própria Constituição – o que é inadmissível. Estaria havendo uma *delegação legislativa inominada*, incompatível com a sistemática da Carta da República.

(...)

Ao ângulo material, a adoção da tese da deslegalização significaria que a agência não mais estaria sujeita às normas ditadas pela autonomia dos cidadãos, que representam não apenas o limite externo da atuação da Administração Pública, como o seu próprio fundamento de legitimidade. Não se deve perder de vista que a própria idéia da legalidade administrativa é fundada no anseio de submissão da burocracia à lei, entendida esta como expressão legítima da vontade dos cidadãos. Permitir que regulamentos editados por agências possam alterar ou revogar leis constitui a exata antítese das aspirações do Estado democrático de direito.”

## 5.6 – Natureza e Limites do Poder Normativo das Agências Reguladoras

### 5.6.1 – Introdução

De certa forma, a questão que talvez seja a mais controversa acerca das agências reguladoras, qual seja, a extensão do poder normativo a elas atribuído pelas suas respectivas leis instituidoras, está diretamente ligada ao que se entende quanto à natureza desse poder regulamentar. De fato, conforme o entendimento que se tem em relação aos fundamentos da competência normativa das agências pode-se chegar a conclusões diametralmente opostas na questão dos limites a essa competência, culminando, ao final, na divergência doutrinária acima apresentada envolvendo a deslegalização como fundamento ou não da função normativa.

Conforme já afirmamos, entendemos que a deslegalização não é compatível com o ordenamento constitucional pátrio. Com isso, há de se buscar outro fundamento para o amplo poder normativo atribuído às agências – e essa imposição mostra-se ainda mais clara se, ao analisarmos a legislação brasileira sobre o assunto, constata-se que todas as leis instituidoras de agências reguladoras independentes atribuí-lhes uma ampla competência normativa na regulação do setor a que se dirige. Como já explicado, essa busca necessariamente terá que passar pela determinação da natureza das agências reguladoras. Definida essa questão, entendemos que, automaticamente, grande parte das demais divergências se dissiparão. Resumindo, é a isso que a partir de agora nos propomos a explorar: **qual a natureza do poder normativo das agências reguladoras independentes, em que medida a determinação dessa natureza influi no estabelecimento dos parâmetros dentro dos quais o exercício desse poder mostra-se legítimo e constitucional e quais seriam esses limites.**

#### 5.6.2 – Natureza do Poder Normativo das Agências Reguladoras

Após defender a inconstitucionalidade da tese da deslegalização, GUSTAVO BINENBOJM<sup>107</sup> conclui, conseqüentemente, pela inadequação desta para explicar o poder normativo que é atribuído às agências reguladoras no ordenamento jurídico nacional. Para o citado autor, a competência normativa das agências “só pode apresentar *natureza regulamentar infralegal*”, de forma equivalente àquela atribuída ao Chefe do Poder Executivo. Corroborando com esse entendimento, traz-nos o autor, ainda, a doutrina de MARÇAL JUSTEN FILHO, que, interpretando sistematicamente a Constituição Federal, afirma que **“uma agência não pode fazer algo além ou diverso do que seria reconhecido ao Poder Executivo, em matéria de produção normativa.”**

A conclusão apresentada, ainda que pareça óbvia se lembrarmos que as agências reguladoras – por mais reforçada que seja a autonomia que lhes é conferida – necessariamente inserem-se nos quadros do Poder Executivo, muitas vezes é ignorada por grande parte da doutrina. Sendo assim, como parte integrante do Executivo, por uma derivação lógica, não há que se cogitar de uma competência normativa mais ampla a estes entes autônomos do que a que pode ser atribuída constitucionalmente a este Poder.

<sup>107</sup> BINENBOJM, Gustavo. op. cit. p.p.280/284



Indo além, GUSTAVO BINENBOJM afirma que o poder normativo das agências constitui, em última análise, “uma das expressões do seu poder discricionário (ou, de forma mais técnica, de seu poder *não inteiramente vinculado à lei*)”, que se realiza, via de regra, por meio da edição de atos normativos, mas que muitas vezes apresenta-se através de atos administrativos concretos. De qualquer forma, o importante é que “tal poder é imanentemente *infralegal*”.

TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR<sup>108</sup> apresenta-nos uma solução não muito diversa para a questão da natureza da competência normativa das agências, conferindo-lhes, igualmente, caráter *infralegal* e desconsiderando a técnica da deslegalização. Entretanto, parece-nos que a tese esposada pelo professor possui uma formulação sistemática mais bem elaborada do que a anterior, apresentando mais consistência em seus fundamentos. Para uma melhor compreensão, é necessário que se faça uma breve regressão ao tema das delegações legislativas.

Utilizando-se de uma classificação das *delegações legislativas* proposta por CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO (in *O Congresso e as Delegações Legislativas*, Rio de Janeiro, 1986), TÉRCIO SAMPAIO divide tais delegações, primeiramente, em duas hipóteses principais: (i) *delegações nominadas*, que, para SIQUEIRA CASTRO, deveriam ser as únicas admitidas e reconhecidas, à luz do Princípio da Tripartição de Poderes, sendo aquela delegação disciplinada diretamente pela Constituição, que determina o procedimento delegatório, seus limites e condições (o exemplo mais claro seria a nossa lei delegada, prevista no artigo 68 da Constituição Federal de 1988); e (ii) *delegações inominadas* que, reconhecidas “de fato” pela doutrina, abarcando diversas formas de atribuição de competência normativa delegada, caracterizam-se por ocorrer “*sem nomeação constitucional*, fundada, pois, em legislação *infraconstitucional*.”

Conforme explica TÉRCIO SAMPAIO, a *delegação inominada*, cuja natureza delegatória é bastante discutível,

“diz respeito ao poder regulamentar, em princípio atribuído privativamente ao chefe de governo, portanto restrita à forma nominada na constituição, para a fiel execução das leis formais; desta passa-se, também, a uma forma inominada, de estabelecer normas de implementação de leis que contenham princípios e diretrizes gerais (...) e, para uma forma ainda mais independente, para a regulamentação autônoma da consecução de serviços públicos e do exercício regular do poder de polícia. Correspondentemente,

---

<sup>108</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. op. cit. p.p. 277/283

temos os chamados *regulamentos de execução*, cujo objetivo é explicitar o conteúdo das leis e descer a pormenores que tornem regular, disciplinada e viável a sua efetiva aplicação. Em seguida, os *regulamentos de complementação*, que exigem do Legislativo o estabelecimento explícito das normas gerais, dos princípios e dos critérios diretores, sob cuja égide ocorrerão especificações de natureza *executiva* que não apenas particularizam o conteúdo de regras gerais, mas, de algum modo, *criam regras* dentro das linhas fixadas pelo legislador. Por fim, temos os *regulamentos autônomos*, constituídos por atos normativos do Executivo, incondicionados em face de lei ordinária e fundados em reserva regulamentar autônoma prevista na Constituição, por meio dos quais são disciplinadas matérias *não* submetidas à reserva legal ou para as quais não haveria, eventualmente, lei ordinária.

(...) Do ponto de vista da divisão dos poderes, a faculdade regulamentar é antes uma competência própria, inerente ao exercício da atividade administrativa, que requer uma certa margem de discricionariedade, mas sempre balizada pela ordem legal. Conforme o grau dessa discricionariedade, contudo, é possível falar em poder regulamentar *strictu sensu*, que, à diferença das delegações nominadas, toma a configuração de uma impropriamente chamada “delegação” *lato sensu*, que se chama, por isso, *delegação inominada*. Nesta linha de raciocínio, salvo os regulamentos de execução, que, seguramente, *não constituem nenhuma forma de delegação legislativa* (eles existem apenas para a **fiel** execução das leis), os regulamentos de complementação (e também os autônomos), se tomados como *delegação*, apontariam para um tipo de discutível sustentação à luz da tripartição dos poderes.”

Diante de tal posicionamento doutrinário, observa TÉRCIO SAMPAIO que haveria uma clamorosa e incontornável inconstitucionalidade em diversos dispositivos garantidores de “independência” às agências reguladoras. Nesse sentido, evidencia-se a importância de se compreender a *mutação constitucional do princípio da legalidade dos atos administrativo*, conforme já exposto no presente trabalho, de maneira que se possa fundamentar juridicamente a atuação normativa das agências. Alerta o autor que a adoção de uma concepção tradicionalista do princípio da legalidade levaria ao extremo de não se poder admitir a imposição de qualquer espécie de norma de conduta por qualquer órgão do Poder Executivo, salvo se houver previsão constitucional. É fácil, assim, perceber que referido entendimento não se mostra condizente nem com o estágio de evolução atual do Direito, nem com a realidade na qual este está inserido.

Ante o exposto, a solução, para TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR – com quem concordamos – seria interpretar o poder regulamentar das agências como uma forma de **delegação inominada, com a função de estabelecer normas de implementação ou**

**complementação de leis-quadro que contenham princípios e diretrizes gerais.** Nas palavras do professor:

**“Não se trata aqui propriamente de uma delegação legislativa, pois não implica a abdicação pelo legislador de sua competência. Simplesmente o uso de conceitos indeterminados pelo legislador confere uma margem de discricionariedade à agência na interpretação, aplicação e regulamentação complementar das leis às quais a agência se submete.”**

Desta forma, a interpretação assume um novo papel no estabelecimento de atos administrativos, não mais se restringindo a um mero limite negativo. “Interpretar não é simplesmente declarar, tornar claro, mas revelar o sentido apropriado para a vida real, conducente a uma decisão reta.”

Assim entendida a natureza do poder regulamentar das agências reguladoras, a Administração, no exercício das suas faculdades, permanecerá ligada às intenções do legislador. Isso porque estarão os agentes públicos a elas ligados “no sentido de poder e dever guiar-se pela idéia de satisfazer o melhor possível a necessidade protegida, mas também sem afetar de forma desarrazoada outros interesses que também merecem proteção. A partir disso, a Administração interpreta e expede seus atos.” Ressalte-se, ainda, que a subjetividade do juízo realizado pelos agente públicos na busca pela melhor “apreciação/ interpretação” estará contida dentro de certos limites. “O *bom administrador*, colocado em face de certas circunstâncias e guiado pela idéia de satisfazer uma certa necessidade, submete-se a uma regra geral de razoabilidade (relação entre as circunstâncias e a consideração do fim a atingir).”

### **5.6.3 – Limites do Poder Normativo das Agências Reguladoras**

Seguindo o raciocínio adotado no tópico anterior, na determinação dos limites da Administração para a “expedição de atos gerais que envolvam interpretação de lei, **há de se entender que a Administração deve atingir objetivamente o interesse público e se determinar apenas por esse interesse. O interesse público não deve apenas ser realizado, mas o agente deve estar convencido de que vai realizá-lo da *melhor maneira*.**”

Desta forma, o ato Administrativo deverá ser considerado ilegal, ou irregular, se ficar provado que, através dele, a Administração buscou satisfazer outra necessidade, pública ou privada, que não a estabelecida pela legislação pertinente.

EGON BOCKMANN MOREIRA<sup>109</sup> apresenta, de forma didática e objetiva, um rol de limites à competência regulamentar<sup>110</sup> das agências reguladoras. Elencaremos aqui aqueles que consideramos os mais relevantes e condizentes com a sistemática adotada no presente trabalho:

I – o regulamento não pode contrariar a lei, sendo, portanto, inadmissível o regulamento *contra legem*. Mesmo para aqueles que admitam a criação autônoma de disposições normativas, este limite se impõe. Consequentemente, o regulamento emanado pelas agências não pode modificar o decreto emitido pela Chefia do Poder Executivo quando da sua instituição. As agências reguladoras são constituídas sob a forma de autarquias, e autarquias só podem ser criadas, modificadas ou extintas por lei de iniciativa do Chefe do Poder Executivo. A lição de EGON BOCKMANN é taxativa: “Caso se reconhecesse às agências a capacidade de modificar o decreto presidencial que as instituiu, estar-se-ia advogando uma ‘competência provisória’ à Presidência da República.”;

II – o regulamento não pode instituir, “de forma *inédita* e *autônoma*, sem qualquer lastro normativo, obrigações e deveres às pessoas privadas”. Como já exposto, a Administração deve buscar a consecução, através da sua competência regulamentar, dos fins e objetivos expressos na legislação pertinente.

III – da mesma forma que os demais atos administrativos, impõe-se aos regulamentos o dever de fundamentação, obedecendo à indispensável motivação pública, de fato e de direito, contemporânea à sua edição;

IV – o regulamento não pode criar penas, sanções e tributos – inclusive contribuições da seguridade social. Aplica-se aqui a reserva de lei absoluta, conforme exige a Constituição Federal, artigos 5º, XXXIX, 149, 150, I e 195;

V – o regulamento não pode “*restringir* a atividade econômica privada, subordinando seu exercício à expedição de prévia autorização por parte de órgãos públicos, ‘salvo nos casos

---

<sup>109</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Os Limites à Competência Normativa das Agências Reguladoras*. In *O Poder Normativo das Agências Reguladoras* (coord. Alexandre Santos de Aragão). Editora Forense, 2006, p.p. 187/190

<sup>110</sup> Em que pese parte da doutrina mostrar-se refratária à utilização do termo “competência regulamentar” quando se está a falar no tradicional “poder normativo” das agências reguladoras, entendemos que, uma vez sedimentado o entendimento de que estas as normas produzidas pelas agências possuem natureza regulamentar infralegal, tal terminologia parece-nos perfeitamente adequada. Melhor dizendo, aprofundada a questão, mostrar-se-á mesmo mais adequada do que a tradicionalmente utilizada pela doutrina para referir-se ao tema.

previstos em lei' (CF, art. 170, parágrafo único)". Trata-se aqui da vedação imposta ao Poder Público, já explorada no presente trabalho, de regular as atividades privadas de interesse público a ponto de equipara-las a verdadeiros serviços públicos;

VI – da mesma forma como se limitam os efeitos temporais das leis, o regulamento não pode ter efeito retroativo, salvo quando vise a beneficiar o administrado, observando, obviamente, o princípio da igualdade e os limites da lei de outorga;

VII – dado a organização político-administrativa estabelecida constitucionalmente no ordenamento jurídico brasileiro, a competência regulamentar da Administração Pública, tal qual os respectivos Poderes Legislativos de cada ente da federação, deve respeitar a divisão de competências entre os entes federativos, conforme disposto na Constituição Federal.

#### 5.6.4 – O Princípio da Eficiência como Limite ao Poder Normativo das Agências Reguladoras

TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR<sup>111</sup> desenvolve, de forma exemplar, um raciocínio sistemático no qual o Princípio da Eficiência dos atos administrativos, inserido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 19/ 98, funciona como justificação e limite da competência normativa da Administração Pública, sobretudo em relação às agências reguladoras. Segundo o autor, o referido princípio propicia uma “reinterpretação do princípio da legalidade, em termos de uma legitimação finalística dos atos administrativos (CF, art. 37), isto é, **os atos são legítimos desde que alcancem os objetivos estabelecidos em lei de forma proporcional.**”

O sentido moderno da legalidade enxerga a lei menos como uma condição e um limite, e mais como um instrumento de exercício da atividade administrativa. Desta forma, “seu princípio hermenêutico está na *solidariedade entre meios e fins*, donde a *razoabilidade* da atividade administrativa, submetida, então, a uma *avaliação de sua eficiência.*” Para um melhor entendimento das complexas idéias propostas pelo autor, necessário se faz aqui efetuarmos uma vez mais algumas ponderações acerca do princípio da legalidade.

---

<sup>111</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. op. cit. p.p. 283/287.

#### 5.6.4.1 – Os Princípios da Legalidade e da Eficiência face à “Mutação Constitucional”

De acordo com a doutrina de KARL LOEWENSTEIN<sup>112</sup>, a *muta o constitucional* ocorre naqueles casos em que se produz uma transforma o na real configura o do poder político, da estrutura social e do equilíbrio de interesses, sem que, no entanto, sejam estas transforma es acompanhadas por qualquer altera o no texto constitucional. Conseqentemente, a norma textual ou se distancia da realidade (problema da eficácia) ou até mesmo “  posta fora de vigor” (problema da validade).

Para TERCIO SAMPAIO, um exemplo de muta o constitucional pode ser observado na concep o do princípio da legalidade, inserido na no o maior de Estado Democrático de Direito, que conteria, por sua vez, tanto os tradicionais princípios do estado de direito a exigir “*delimita es normativas* claras ao exercício do poder”, quanto as exigências do estado social a propugnar uma “*situa o de compromisso* entre os diferentes grupos sociais.” Segundo o entendimento esposado pelo autor, essa *situa o de compromisso* constitui um t pico problema de “*adequa o entre meios e fins*”, ao passo que as *delimita es normativas* envolvem um “problema de *controle das condi es*, independentemente dos fins a atingir.” Diante de tal constata o, apresenta-nos o autor dois sentidos de *legalidade* que exigem maiores esclarecimentos: a legalidade como “*estrutura condicional*” e como “*estrutura finalística*”.

“Estrutura condicional e finalística são formas de validade normativa e têm a ver com a rela o meio/fim (cf. Ferraz Jr., *Teoria da Norma Jurídica*, São Paulo, 1999, pp 109 e segs.). Trata-se de conceitos oriundos da cibernética que explicam a tomada de decisão e sua programa o. Uma decisão pode, assim, ser programada condicionalmente quando *condi es* (meios) são estabelecidas e tornadas vinculantes, *independentemente* de os *fins* condicionados serem ou não atingidos. Já uma programa o finalística estabelece e torna vinculantes certos *fins*, de tal modo que os *meios* se tornam deles *dependentes*. Neste caso, quem assume os fins assume também a responsabilidade pelo encontro dos meios. No outro caso, quem assume os meios não tem responsabilidade sobre os fins, s  pelo fiel cumprimento das condi es.

(...)

Uma norma válida outra, condicionalmente, se preestabelece condi es que devem ser respeitadas e nestas condi es localiza a validade

---

<sup>112</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Apud. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. op. cit. p. 288

da norma subsequente, independentemente se os fins normativos são ou não atingidos. (...)

Já uma norma valida outra, finalisticamente, se preestabelece fins que devam ser alcançados, devendo ser encontrados os meios adequados. Neste caso, a validade da norma subsequente localiza-se na solidariedade entre fins e meios, donde a questão da validade levantar problemas de proporcionalidade, razoabilidade, adequação, etc. (...) Neste caso a validade constitucional da norma legal exige respeito à solidariedade de meios e fins.”

**Desta forma, pode-se entender a legalidade sob duas perspectivas distintas: uma perspectiva de bloqueio, na qual prevalece a validação condicional (legalidade condicional) e outra de legitimação de objetivos (legalidade legitimadora), onde prevalece a validação finalística.**

TÉRCIO SAMPAIO esclarece que **o sentido de bloqueio da legalidade estrita** “está em que a atividade administrativa, quer interfira com os direitos dos administrados, quer tenha efeitos fora desse campo, só pode exercer-se com fundamento em lei”. A lei, como condição da atividade administrativa, dá ao administrador a equação completa da sua atuação: a discricionariedade se reduz a um juízo de oportunidade. “Não há distinção, por conseguinte, entre conceitos indeterminados e conceitos discricionários: quando a lei se expressa por conceitos indeterminados, isto não abre ao agente a possibilidade de escolher entre um dos sentidos possíveis, mas exige que ele encontre o sentido querido pelo legislador.” Em suma, a atividade regulamentadora da lei só pode ocorrer, nesses casos, para o seu **fiel cumprimento**.

Em contrapartida, **o sentido de legitimação da legalidade** “vê na lei não tanto uma *condição* e um *limite*, mas, basicamente, um *instrumento* de exercício da atividade administrativa. Como *instrumento*, seu princípio hermenêutico está na *solidariedade entre meios e fins*, donde a *razoabilidade* da atividade administrativa, submetida, então, a uma *avaliação de eficiência*.” Já neste caso, o respeito à legalidade exigirá do intérprete que se faça uma diferenciação entre conceitos discricionários e conceitos indeterminados, além de uma “concepção da discricionariedade que não se limita a um juízo de oportunidade, mas alcança os juízos de realidade (avaliação de políticas de implementação de objetivos, de adequação dos meios escolhidos em face dos fins propostos).”

#### **5.6.4.2 – Os Limites Impostos Pelo Princípio da Eficiência**

O Princípio da Eficiência tem por finalidade precípua disciplinar a atividade administrativa quanto aos seus resultados, e não apenas quanto à sua consistência interna (legalidade estrita, moralidade, impessoalidade), possibilitando a legitimação – bem como, por outro lado, a responsabilização – dos atos administrativos por seu êxito em atingir os fins pretendidos por lei. Não é um princípio condição, mas um princípio fim, ou seja, para além dos limites (condição formal de competência), impõe *resultados* (condição material de atuação). Conforme a lição de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR<sup>113</sup>, **por meio do Princípio da Eficiência, “a atividade administrativa continua submetida à legalidade, muito mais, porém, à legalidade enquanto relação solidária entre meios e fins e pela qual se responsabiliza o administrador.”**

Entende-se, assim, que é perfeitamente constitucional que uma delegação – no sentido esposto pelo autor, com o qual já firmamos nossa concordância linhas acima – insira-se na competência da Administração Pública como agente normativo e regulador da atividade econômica. Nesse sentido, o autor é taxativo ao afirmar que:

“(…) o princípio da eficiência exige que a Administração, em vista do mercado, seja dotada de competências reguladoras de natureza técnica e especializada sob pena de paralisia. Isto é, é impossível exigir-se *eficiência* da Administração sem dar-lhe competência para alocar fins específicos e encontrar meios correspondentes. A especialização técnica é exigência da eficiência.”

Com relação aos limites impostos pelo princípio da eficiência à regulação exercida pela Administração, no geral, e pelas agências reguladoras independentes, no particular, como trata-se – a competência normativa destes – de uma delegação para alocar meios e fins específicos, “ela deve ser posta pelo Legislativo **a serviço de uma decisão tomada entre várias alternativas políticas. É preciso ficar suficientemente claro que o Congresso tenha assumido uma diretriz quanto a uma política setorial**”. Da mesma forma, por conta do princípio democrático, – em sua feição participativa, e não meramente formal – é essencial que os objetivos dessa política tenham sido discutidos em face de alternativas plausíveis, conferindo-se a todos os grupos de interesses envolvidos a oportunidade de se manifestar.

Por sua vez, **“não basta que a delegação tenha fins genéricos do tipo *interesse público* (ainda que setorial), mas é preciso que as finalidades sejam postas na forma de**

---

<sup>113</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. op. cit. p.p. 292/295.



**princípios finalísticos de ação.”** A necessidade de detalhamento legal dos fins a serem perseguidos não se satisfaz com a mera enunciação do tipo “proteção ao interesse do consumidor”, exigindo-se um detalhamento desses interesses em algum grau. Desta forma, exige-se, também, que a competência instrumental delegada – o vulgarmente chamado “poder normativo” – complemente este detalhamento, “**estabelecendo fins tecnicamente viáveis e encontrando os meios adequados, responsabilizando-se, afinal, pela relação solidária de meios e fins (responsabilidade [do administrador] pelo êxito).**”

De acordo com o ilustre professor, a delegação instrumental estaria relacionada aos casos de eficácia limitada da lei, nos quais preponderam as funções programáticas e de resguardo<sup>114</sup>. São situações em que, por conta da complexidade setorial e consequente necessidade de especialização técnica,

“a lei que atribui a delegação autoriza decisões de mérito, responsabilizando-se o órgão competente pela alocação de fins tecnicamente apropriados e pelo encontro do meio correto. **Esta responsabilidade é avaliada pela eficiência da medida.** A lei traça as políticas setoriais, decidindo sobre macroalternativas, indica os meios gerais (função de resguardo) e, para o detalhamento de fins e meios, exige a atividade delegada (função programática). A questão é sobre como se dá, então, a função de bloqueio (**limites legais de atuação da agência**).”

É exatamente nesse aspecto – no estabelecimento dos limites da atuação normativa da Administração Pública e de suas agências reguladoras independentes – que a noção de eficiência, conforme explorada ao longo do texto, assume alguns parâmetros que poderão servir de balizamento para as leis que criam as agências – e atribuem-lhes o respectivo poder normativo – e também para o exercício legítimo dessa delegação instrumental. Por tratar-se de um princípio jurídico-constitucional, as balizas impostas pelo princípio da eficiência possuem natureza semelhante, o que permite àquele que vai julgar os atos da administração, sobretudo os de natureza normativa, a confrontá-los diretamente com os preceitos constitucionais:

---

<sup>114</sup> De acordo com o autor, as normas possuem três funções: (a) função de bloqueio, quando visam impedir ou cercear a ocorrência de condutas por ela consideradas indesejáveis; (b) função programática, quando visam à consecução de um objetivo, que funciona como um *telos* programático; (c) função de resguardo, quando as normas visam a assegurar um comportamento. A priori, as normas possuem as três funções explícitas, quando então sua eficácia será plena. Mas nem sempre isso ocorre, e nessas hipóteses é essencial que se distinga as funções primárias das secundárias, para que se possa atribuir-lhes a prioridade e a dependência. Estando a função primária explicitada, mas não as secundárias, a eficácia da norma é limitada, ou seja, para que possua eficácia plena se faz necessário a explicitação das funções secundárias. Por outro lado, se apesar de as funções secundárias não estão explicitadas, mas a eficácia da função primária tem condições de realizar-se sem um detalhamento preciso, a eficácia da norma é contida.

I – *redução das desigualdades regionais e sociais* (CF, artigo 170, VII) – “uma política regulatória eficiente deve procurar preservar uma distribuição de rendas politicamente ótima”;

II – *busca do pleno emprego* (CF, artigo 170, VIII) – “políticas que reduzem a riqueza total disponível para a redistribuição devem, em princípio, ser evitadas na medida em que reduzem a recompensa política (interesse público) do ato regulatório”;

III – *exigência de transparência nos atos do poder público* (CF, artigo 37) – “regras orientadoras das análises que conduzem a uma ação reguladora devem ser previamente conhecidas”;

IV – *imparcialidade na regulamentação* – “os atos regulatórios devem ser tomados por autoridade dotada de mandato (para minimizar a pressão de interesses...)”;

V – *pleno acesso ao Judiciário* (CF, artigo 5º XXXV) – “por sua (tradicional) impermeabilidade institucional, o Poder Judiciário deve ser levado a decidir sobre o mérito das regulações”. Acrescentamos, aqui, a observação que, se nem mesmo Emenda Constitucional pode obstaculizar o acesso ao Poder Judiciário, quanto menos atos normativos infralegais, como é o caso dos atos expedidos pelas agências reguladoras;

VI – *legalidade em sentido de legitimação* – “a eficiência é pressuposto tanto de atos vinculados quanto de discricionários, estando o agente da regulação obrigado a afinar suas decisões com os objetivos políticos setoriais prescritos em lei”;

VII – *democratização da regulamentação* – “a participação do usuário de serviços e atividades reguladas no controle das atividades de regulação deve estar prevista (CF, art. 37, § 3º).”

## CAPÍTULO 6 – CONCLUSÃO

Chegando ao capítulo final do presente estudo, podemos dizer que algumas conclusões podem ser apontadas de tudo que se expôs ao longo do texto.

1. Não cabe, no atual estágio de desenvolvimento social em que nos encontramos, questionar a superação das barreiras outrora existentes entre Direito e Economia, bem como entre Estado e Mercado. De fato, a história já nos provou que não há como dissociar tais institutos na realidade social. O Direito depende de conhecimentos oriundos das ciências econômicas tanto quanto o Mercado depende da atuação Estatal para sua sobrevivência.

2. A evolução o intervencionismo estatal não se deu por meio de rupturas abruptas de um sistema a outro, mas sim através de uma lenta e gradual evolução da atuação do Poder Público, decorrente, por sua vez, da evolução da sociedade, que gerou uma crescente complexidade dos interesses postos à proteção e concretização estatal. No caso brasileiro, em especial, essa evolução ocorreu em constante descompasso com relação aos países ditos “desenvolvidos”. Por conta deste “atraso”, vemos um Estado preocupado em importar modelos de organização estereotipados, sem no entanto conferir a devida atenção ao necessário condicionamento de tais modelos à realidade local.

3. Vivemos hoje sob a égide do “Estado-Regulador”, o que exige um constante esforço dos operadores do direito na definição de um conceito de regulação que se adeque ao ordenamento constitucional pátrio. Da mesma forma, mostra-se cada vez mais assente na doutrina a constatação de que essa regulação necessariamente deverá passar pelo crivo de admissibilidade dos princípios constitucionais. Em última análise, serão estes princípios que nortearão a atividade regulatória estatal.

4. Com a adoção de referido modelo de Estado, mostra-se essencial uma bem definida distinção entre serviços públicos e atividades privadas, impondo-se o reconhecimento de determinadas atividades que, embora sujeitem-se a uma regulação mais intensa que as demais – por conta da estreita relação com interesses públicos gerais e setoriais – não podem ser submetidas ao regime jurídico próprio dos serviços públicos. Isso porque tais atividades continuam na titularidade dos administrados, e a titularidade pelo Estado continua sendo critério fundamental para a caracterização de determinada atividade como serviço público. Observe-se que, ainda assim, a titularização estatal deve obedecer a critérios constitucionalmente impostos, não estando relegada ao livre critério dispositivo do legislador.

5. O fenômeno da *descentralização administrativa* – que, observe-se, não é exclusividade da realidade brasileira, ocorrendo na maioria dos países organizados como um Estado Democrático de Direito – leva ao fortalecimento de um processo que culminará com a instituição das agências reguladoras independentes, sobretudo, no caso brasileiro, em decorrência da reforma do Estado, posto em marcha a partir das últimas décadas do século XX.

6. Em verdade, tais agências reguladoras mostraram-se essenciais para o sucesso da reforma de estado pretendida, pois a sua reforçada independência em relação às instâncias políticas proporcionou a “segurança” exigida pelo capital externo, necessário à época para realizar os investimentos essenciais para o desenvolvimento pretendido pela reformulação da estrutura administrativa.

7. Com relação às principais características das agências reguladoras independentes, destaca-se: (a) a *autonomia reforçada*, que se caracteriza através de quatro subespécies de autonomia – ou “independência”, como prefere a maior parte da doutrina –, quais sejam: I – a independência política dos dirigentes, resguardada, sobretudo, através vedação da exoneração *ad nutum*, II – independência técnica decisória, por conta da impossibilidade de interposição de recurso hierárquico impróprio, III – independência normativa, caracterizada sobretudo pela ampla competência normativa atribuída às agências por suas leis instituidoras, IV – independência gerencial, orçamentária e financeira; (b) *tecnicização* da atividade regulatória; (c) *consensualização* da atuação do Poder Público, com o incentivo à participação dos setores interessados na elaboração das normas regulatórias pertinentes, observando, sempre, a maior exposição das agências aos riscos de captura com a adoção de posturas consensualizadas.

8. Por conta da ampla gama de funções agregadas ao conceito de regulação, as agências reguladoras acabam por exercer atribuições que, considerada a clássica Tripartição de Poderes, seriam específicas de cada um dos três Poderes de Estado. Exercem as agências funções fiscalizatórias, sancionatórias, julgadoras e, talvez principalmente, normativas.

9. Especificamente em relação ao poder normativo atribuído às agências reguladoras, deve-se ter em conta certas especificidades conforme se esteja a falar em: (a) agências reguladoras de serviço público, onde o poder regulamentar é amplo, abrangendo as relações entre as delegatárias e entre estas e os usuários-consumidores, justificando-se por conta da titularidade pública da atividade delegada; (b) agências reguladoras da exploração privada de bens e atividades monopolizadas, onde a amplitude do poder normativo das agências se

assemelha ao caso anterior; e (c) agências reguladoras de atividades privadas de interesse público onde a produção normativa das agências reguladoras deve restringir-se à expedição de normas que versem a respeito dos interesses primários a serem atendidos, restando-lhes vedada qualquer espécie de intromissão em assuntos internos das empresas privadas que exerçam tais atividades, mesmo que fosse amparada por outros interesses públicos, isso porque tais atividades, ainda que sofram uma forte regulamentação, não podem, por meio desta, serem submetidas a um regime jurídico equiparado ao dos serviços públicos.

10. Quanto à relação entre as agências reguladoras e o Princípio da Separação de Poderes, ficou demonstrado que a suposta incompatibilidade entre ambos, levantada por parte da doutrina, não tem razão de ser. De fato, somente haveria sentido em se defender essa incompatibilidade se utilizarmos uma concepção arcaica e inaplicável da Tripartição de Poderes. A doutrina mais moderna assegura, peremptoriamente, que deve hoje tal princípio ser entendido no sentido de uma distribuição de funções, para um melhor exercício pelo Poder Público das atribuições que lhe são constitucionalmente impostas. Assim entendido, cai por terra a tese da incompatibilidade.

11. Com o Princípio da Legalidade, o mesmo fenômeno pode ser facilmente observado. Não é possível, dado o nível de desenvolvimento do direito moderno, que se continue apegado a concepções tradicionais oitocentistas da legalidade. Ou seja, não cabe mais, atualmente, o entendimento segundo o qual todos os atos provenientes da Administração Pública sejam, necessariamente, mera execução de preceitos legislativos.

12. Com a crise da visão mitificadora que fora atribuída à lei dos parlamentos no Estado Liberal, não faz sentido continuar-se apegado à noção de Legalidade que se fundamentava nessa concepção idealista da norma legal. Com o fortalecimento do constitucionalismo, a lei viu reduzir sua importância na conformação da sociedade. De fato, as constituições passaram a ser consideradas o estamento máximo dos Estados, devendo todas as demais emanções normativas serem com ela compatíveis. A Constituição passa a ser então o verdadeiro parâmetro de conformação da atuação administrativa, que somente será válida, legítima e justificável quando condizente, muito além da simples legalidade, com o sistema de princípios e regras delineados constitucionalmente, sobretudo aqueles que se refiram a direitos fundamentais.

13. Assim entendida a questão da legalidade, temos hoje uma superação da legalidade administrativa, que não serve mais para legitimar os atos do Poder Público, sendo substituída

pela noção de “Juridicidade Administrativa”, muito mais consentânea com o atual movimento de constitucionalização do direito. Através dela, está a Administração Pública vinculada ao ordenamento jurídico como um todo, e não mais apenas à lei.

14. No que concerne à *deslegalização*, entendida esta como um efetivo “rebaixamento” do grau hierárquico da normatização de determinado setor, possibilitando que regulamentos emanados das agências reguladoras possam “revogar” leis anteriores para regular a matéria, não nos parece que esta técnica seja condizente com o ordenamento constitucional brasileiro, razão pela qual, consequentemente, acreditamos não ser ela útil para explicar e legitimar o amplo poder normativo atribuído às agências reguladoras.

15. Desta forma, a competência normativa atribuída às agências reguladoras independentes necessariamente possuirá natureza regulamentar infralegal, **com a função de estabelecer normas de implementação ou complementação de leis-quadro que contenham princípios e diretrizes gerais**. Se a regulamentação expedida pelas agências possui tal natureza, sem dúvida estarão tais entes independentes submetidos à consecução dos fins estabelecidos pelo legislador. Em última análise, estarão submetidos à “vontade” do legislador.

16. Nesse sentido, impõe-se às normas oriundas da competência normativa das agências reguladoras os mesmos limites que se impõe aos regulamentos infralegais.

17. Por fim, aplicando uma moderna concepção do Princípio da Eficiência, inserido no texto constitucional pela Emenda nº 19/98, estabelece-se mais um, e talvez o principal, balizamento aos atos normativos não só das agências reguladoras independentes como de toda a Administração Pública. A eficiência leva à uma concepção da legalidade como uma “legalidade legitimadora”, que vê na lei um *instrumento* de exercício da atividade administrativa, levando à uma avaliação da atividade administrativa não mais apenas sob o aspecto da conformidade dos requisitos formais exigidos, mas muitos mais pela eficiência de tais atos no atingimento dos fins impostos pela lei. Insere-se, assim, o elemento da razoabilidade na aferição da adequação dos atos administrativos ao ordenamento jurídico.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e A Evolução Do Direito Administrativo Econômico**. Ed. Forense, 2ª edição, 2006.

\_\_\_\_\_. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras (coordenador – Alexandre Santos de Aragão)**. Ed. Forense, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Ed. Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **Agências Reguladoras e Democracia (coordenador – Gustavo Binenbojm)**. Ed. Lumen Juris, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Ed. Lumen Juris, 16ª edição, 2006.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. Ed. Malheiros, 5ª edição, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica Na Constituição de 1988**. Ed. Malheiros, 12ª edição, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Ed. Saraiva, 2ª edição, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. Ed. Revista dos Tribunais, 5ª edição, 2001.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Ed. Malheiros, 29ª edição, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Ed. Forense, 14ª Edição, 2006.

\_\_\_\_\_. **Mutações do Direito Administrativo**. Ed. Renovar, 3ª Edição, 2007.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo da Economia**. Ed. Lumen Juris, 3ª edição, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo Regulatório**. Ed. Lumen Júris, 2ª edição, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. Ed. Malheiros, 1ª Edição, 3ª Tiragem, 2006.



Martins, Ricardo Levy.

Limites ao Poder Normativo das Agências Reguladoras e Possibilidades de Controle Jurisdicional / Ricardo Levy Martins. – 2008.

104 f.

Orientador: Attilio José Aguiar Gorini.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 103-104.

1. Agências Reguladoras - Monografias. 2. Poder Normativo. I. Martins, Ricardo Levy. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Limites ao Poder Normativo das Agências Reguladoras e Possibilidades de Controle Jurisdicional.

CDD 341.3221