

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

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A FUNÇÃO NORMATIVA DAS  
AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO BRASILEIRO

INGRID NOGUEIRA MANHÃES

RIO DE JANEIRO  
2008

INGRID NOGUEIRA MANHÃES

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A FUNÇÃO NORMATIVA DAS  
AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO BRASILEIRO

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

Orientador: Prof. Msc. Attilio José Aguiar Gorini

RIO DE JANEIRO  
2008

Manhães, Ingrid Nogueira.

O princípio da legalidade e a função normativa das agências reguladoras no direito brasileiro / Ingrid Nogueira Manhães. – 2008.

72 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. 70-72.

1. Agências reguladoras – Monografia. I. Gorini, Attilio José Aguiar. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 341.3221

INGRID NOGUEIRA MANHÃES

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A FUNÇÃO NORMATIVA DAS  
AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO BRASILEIRO

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

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

Banca Examinadora:

---

Attilio José Aguiar Gorini – Presidente da Banca Examinadora  
Prof. Msc. – Universidade Federal do Rio de Janeiro – Orientador

---

Nome completo do 2º examinador  
Prof. Titulação + instituição

---

Nome completo do 3º examinador  
Prof. Titulação + instituição

Ao Eduardo Soares Ogasawara  
e a Geanette Nogueira Manhães, com carinho.  
Ao Carlos Manhães,  
*in memoriam.*

## AGRADECIMENTO

A DEUS, pela possibilidade de viver tantas experiências enriquecedoras.

A Geanette Nogueira Manhães, pelo amor com que preenche a minha vida.

Ao Eduardo Soares Ogasawara, pelo amor, pelo incentivo e apoio incondicionais. Sem ele, a realização deste trabalho não teria sido possível.

*“A verdadeira dificuldade não está em aceitar idéias novas, mas em escapar às idéias antigas.”*

John Maynard Keynes

## RESUMO

MANHÃES, Ingrid Nogueira. *O princípio da legalidade e a função normativa das agências reguladoras no direito brasileiro*. 2008, 72 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O presente trabalho analisa as controvérsias doutrinárias, pautadas em diferentes leituras do princípio da legalidade, a respeito do escopo da função normativa das agências reguladoras no Brasil em face das limitações constitucionais. Para melhor compreensão do tema, na primeira parte são apresentados o contexto de surgimento do fenômeno da regulação, seus fundamentos históricos, econômicos, políticos, sociais e jurídicos, e uma reflexão acerca do novo papel do Estado na economia, responsável pela definição dos contornos do atual direito regulatório em nosso país. No segundo capítulo, analisa-se a estrutura jurídica, as características fundamentais e os aspectos polêmicos do modelo de agências reguladoras no Brasil, sem a preocupação de analisar a atuação de qualquer agência em especial. Em seguida, enfocam-se, no âmbito da função reguladora das agências, que abarca um complexo de atividades administrativas, normativas e judicantes, a função normativa, as novas teorias que procuram justificar a atribuição de poderes normativos às agências e, mediante a interpretação da Constituição pautada em métodos hermenêuticos, as limitações à referida função. Nas considerações finais, apontam-se as novas tendências a respeito do tema.

Palavras-Chave: Regulação; Agências Reguladoras; Função normativa; Princípio da Legalidade.

## ABSTRACT

MANHÃES, Ingrid Nogueira. *O princípio da legalidade e a função normativa das agências reguladoras no direito brasileiro*. 2008, 72 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

This paper analyses the doctrinarian controversies, based on different significances of legal principle, about the scope of the normative function of regulatory agencies in Brazil imposed by constitutional limits. To a better comprehension of the theme, in the first part are presented the appearance context of regulation, their historical, economical, political, social, and legal pleas, and a reflection about the new state role in economics, responsible for the definitions of the regulatory contours in our country. In the second chapter, are presented the legal structure, the most important features and the controversial aspects of the regulatory agencies in Brazil, without concerning a special agency. In the third chapter, we focus, under the regulatory function, that covers administrative, normative and legal activities, the normative function, the new theories that justify normative powers, and, their limits, beyond a constitutional interpretation based on hermeneutic methods. As final regards, are presented the new trends about the theme.

Keywords: Regulation; Regulatory Agencies; Normative function; Legal Principle.

<b>SUMÁRIO</b>
----------------

<b><u>1 INTRODUÇÃO</u></b>	<b><u>10</u></b>
<b><u>2 O SURGIMENTO DO FENÔMENO DA REGULAÇÃO</u></b>	<b><u>12</u></b>
<u>2.1 Fundamentos históricos e conceituais</u>	<u>12</u>
<u>2.2 Fundamentos políticos</u>	<u>16</u>
<u>2.3 Fundamentos econômicos</u>	<u>18</u>
<u>2.4 Fundamentos jurídicos</u>	<u>25</u>
<b><u>3 AS AGÊNCIAS REGULADORAS</u></b>	<b><u>29</u></b>
<u>3.1 Estrutura e características das agências reguladoras no Brasil</u>	<u>29</u>
<u>3.2 A função normativa no âmbito da função reguladora das agências</u>	<u>33</u>
<b><u>4 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A FUNÇÃO NORMATIVA</u></b>	<b><u>36</u></b>
<u>4.1 Breve noção de princípio</u>	<u>36</u>
<u>4.2 O Princípio da Legalidade</u>	<u>37</u>
<u>4.3 Controvérsias acerca da função normativa das agências reguladoras face ao</u> <u>princípio da legalidade</u>	<u>43</u>
<u>4.4 Limites do princípio da legalidade à função normativa das agências</u>	<u>54</u>
<b><u>5 CONCLUSÃO</u></b>	<b><u>63</u></b>
<b><u>6 REFERÊNCIAS</u></b>	<b><u>68</u></b>

## 1 INTRODUÇÃO

A presente monografia constitui um estudo teórico acerca das correntes doutrinárias que ora se apresentam na Doutrina sobre a função reguladora normativa das agências, no Brasil, em face do Princípio da Legalidade, insculpido no art. 5º, II, da Constituição Federal, inserindo-se na seara do Direito Administrativo Econômico e do Direito Regulatório.

A partir dos anos 90, temos observado a criação de agências reguladoras no Brasil com atribuições inerentes à competência regulatória executiva e funções normativas e judicantes da Administração Pública Indireta.

As agências reguladoras são autarquias criadas por lei específica, com personalidade jurídica de direito público, e, como tal, encontram-se sujeitas aos princípios expressos no art. 37, CRFB, que devem orientar todo o modo de agir da Administração Pública. Através das agências reguladoras o Poder Público interfere na atividade econômica, não de forma direta, mas mediante a edição de atos normativos e pelo exercício do poder de polícia, temas há muito estudados pela doutrina administrativista.

A função reguladora das agências abarca atribuições de variada natureza e extensão, quais sejam, informativas, planejadoras, fiscalizadoras, negociadoras, normativas, ordinatórias, gerenciais e sancionadoras, que cabem a um órgão regulador, ao qual compete definir o interesse que deverá prevalecer e ser satisfeito nas relações reguladas, a fim de que se atinja um resultado prático que alie a maior satisfação do interesse público substantivo, indisponível pela Administração Pública, ao menor sacrifício de outros interesses constitucionalmente protegidos e com o menor dispêndio de recursos públicos.

Para muitos autores, a função reguladora desperta polêmica. A questão que se coloca é se a função reguladora normativa das agências fere ou não o Princípio da Legalidade, garantia individual com sede constitucional de observância obrigatória por toda a Administração Pública Direta e Indireta. Ademais, mesmo entre os doutrinadores que entendem que a referida função não fere o Princípio da Legalidade não há um entendimento pacífico acerca dos limites desta função exercida pelas agências reguladoras.

Os defensores das concepções jurídicas de Estado e poderes construídas no século XVIII vêem neste poder normativo um atentado ao Estado Democrático de Direito, à doutrina

da separação de poderes e ao Princípio da Legalidade, às garantias e direitos de liberdade dos indivíduos. Outros, defensores dos novos institutos do Direito Público, da pluralização das fontes normativas e da descentralização do aparato estatal, aceitam este poder normativo.

A incerteza quanto aos limites dos atos normativos editados pelas agências reguladoras pode gerar dúvidas nos administrados quanto à sua observância obrigatória, o que traz insegurança jurídica.

Neste diapasão, o enfrentamento da questão se mostra necessário na medida em que a certeza no que tange aos limites das normas reguladoras fortalece o Estado de Direito, numa afirmação da democracia, com garantia da segurança jurídica, da proteção da coletividade e dos indivíduos empreendedores de atividades.

A abordagem do tema em comento será feita à luz do Princípio da Legalidade. Isto porque a função reguladora, que se vale de um complexo de funções administrativas, normativas e judicantes, deve ser analisada sem mitificações de antigas concepções jurídicas insuficientes para dar conta dos desafios do Estado contemporâneo, sob o prisma dos juízos de valoração que orientam o texto da Carta Magna, objetivando uma regulação razoável, proporcional e eficiente, e prestigiando os valores do ordenamento jurídico constitucional.

O Capítulo II apresenta o contexto de surgimento do fenômeno da regulação, seus fundamentos históricos, econômicos, políticos, sociais e jurídicos.

O Capítulo III trata da estrutura jurídica e das características das agências reguladoras e da função normativa das agências no âmbito da função reguladora no Brasil.

O Capítulo IV enfoca as controvérsias doutrinárias, pautadas em diferentes leituras do princípio da legalidade, mediante a interpretação da Constituição a partir de métodos hermenêuticos, a respeito do escopo da função normativa das agências em face do princípio da legalidade.

Na conclusão, as considerações finais, apontando para as novas tendências a respeito do tema.

## 2 O SURGIMENTO DO FENÔMENO DA REGULAÇÃO

Para Luís Roberto Barroso<sup>1</sup>, em que pese o fenômeno da regulação não constituir ramo científico do Direito, na medida em que não desfruta de autonomia disciplinar, o Direito Regulatório – ou Direito da Regulação – designa um conjunto temático que deve ser estudado em destaque a fim de que se faça uma interpretação multidisciplinar, informada pela hermenêutica pós-positivista, pelo que não se pode prescindir de uma abordagem jurídica que considere os fundamentos históricos, políticos, econômicos e jurídicos do fenômeno em tela.

### 2.1 Fundamentos históricos e conceituais

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>2</sup>, o conceito mais antigo de regulação surge no século XVIII, no âmbito da Mecânica. Uma bola de ferro atuava como uma peça reguladora controlando o equilíbrio da pressão do vapor aquecido nas máquinas a vapor que então surgiam, evitando que as mesmas explodissem, o que permitiu sua difusão e o implemento da Revolução Industrial.

Mais tarde, já no século XIX, a noção de regulação também desponta nas ciências físicas e biológicas, significando um trabalho consistente em introduzir regularidade em um objeto, assegurar a sua estabilidade, sem, contudo, fixar-lhe todos os elementos nem o integral desenvolvimento, o que significa a não exclusão de mudanças<sup>3</sup>. Nas ciências biológicas, a função reguladora importava na função que mantinha o equilíbrio vital dos seres vivos, conceito que posteriormente se aperfeiçoaria com a descrição da função autopoietica.

---

<sup>1</sup> Luís Roberto Barroso, em introdução à obra de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático. Com introdução de Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<sup>2</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático. Com introdução de Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 67.

<sup>3</sup> Este o conceito de Antoine Jeammaud *apud* Maria Sylvia Zanella Di Pietro. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da Legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Org.). **Direito Regulatório**: temas polêmicos. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 19.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>4</sup>, do conceito exposto resulta a presença de dois elementos, quais sejam, a idéia de regulação e a idéia de mudança, na medida em que ao mesmo tempo em que se procura garantir um certo grau de estabilidade no objeto da regulação, também se permite mudanças que sejam necessárias em benefício da própria estabilidade.

Das ciências físicas e biológicas, o conceito passou para outras áreas, como a ciência da administração, a ciência política, as ciências sociais, a economia, sendo utilizado com diferentes significados. Nas ciências sociais, a partir de sua adoção na Teoria Geral dos Sistemas, de Ludwig Von Bertalanffy<sup>5</sup>, passou a ser definida como a função que preserva o equilíbrio de um modelo em que interagem fenômenos complexos.

Na seara do Direito, o conceito de regulação sistêmica surgiu apenas depois de experiências históricas haverem desenvolvido determinadas funções reguladoras setoriais. Na Idade Média percebeu-se a necessidade de harmonização de interesses complexos com vistas a um micro-equilíbrio na convivência independentemente do todo social. Assim, a auto-regulação era presente nas Corporações de Ofício; na Alemanha da Idade Moderna já havia uma disciplina para o uso das águas, na Inglaterra, no setor de transportes ferroviários e nos Estados Unidos, no setor de transporte aquaviário<sup>6</sup>.

Segundo Sérgio Guerra<sup>7</sup>, durante a segunda metade do século XX, as populações passaram a clamar por democracia e melhoria das condições de vida, o que ocasionou um processo de mutação das estruturas estatais.

Nos Estados Unidos, na primeira parte do século XX, surgiu a necessidade de regulação dos serviços de utilidade pública tendo em vista as características econômicas dessas atividades: eram essenciais à coletividade e eram considerados monopólios naturais. A

---

<sup>4</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.* p. 19.

<sup>5</sup> Ludwig von Bertalanffy sistematizou, na época do pós-guerra, as novas idéias científicas da abordagem dos “todos integrados”. Para ele, um sistema pode ser definido como um conjunto de elementos em inter-relação entre si e com o ambiente. Visto tal conceito pela perspectiva teleológica, que focaliza a finalidade, pode-se conceber sistema como sendo um conjunto de partes interdependentes para a consecução de um ou mais objetivos. Daí a importância da Regulação. Hoje a Teoria Geral dos Sistemas é considerada disciplina autônoma como a Ciência dos Sistemas. (UHLMANN, Günter Wilhelm. **Teoria Geral dos Sistemas: do Atomismo ao Sistemismo.** In [http://www.cisc.org.br/portal/biblioteca/teoria\\_sistemas.pdf](http://www.cisc.org.br/portal/biblioteca/teoria_sistemas.pdf). Acesso em 27.09.2007).

<sup>6</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.* 2003, p. 68-69.

<sup>7</sup> GUERRA, Sérgio. Direito Administrativo e a nova Hermenêutica: uma releitura do modelo regulatório brasileiro. In: **Revista de Direito Administrativo – RDA.** São Paulo: Atlas, n. 243, set./out./nov./dez. 2006, p.168-207.

regulação intensa por parte do Governo, através da criação de órgãos reguladores de tais serviços, visava a impedir a prática monopolista e a exploração dos usuários dos serviços<sup>8</sup>.

Na Alemanha e nos Estados Unidos, a multiplicação dos entes encarregados dessas novas funções possibilitou o início da produção doutrinária acerca da temática, que possibilitou a elaboração de uma Teoria da Regulação por George Stigler, em 1971, que apontou a necessidade de intervenção na economia quando o descontrole da concorrência rompesse o necessário equilíbrio, ocasionando a ineficiência do sistema. A partir da teoria de Stigler, com a difusão do instituto da regulação pela Europa, delineou-se a teoria sócio-jurídica sistêmica referente à temática reguladora, observada nos trabalhos de autores como Massimo Severo Giannini, Niklas Luhmann e Gunther Teubner, sendo deste a abordagem da auto-referencialidade<sup>9</sup>.

O cerne da questão atinente ao aumento da atividade regulatória é a falta de habilidade do mercado para lidar com problemas estruturais específicos, superar as falhas do mercado, bem como harmonizar os interesses do mercado e da coletividade.

De acordo com Sérgio Guerra<sup>10</sup>, neste período, imerso no padrão neoliberal<sup>11</sup>, o Brasil iniciava sua participação no processo econômico globalizante, passando a adotar um programa de redução do papel do Estado na exploração de atividades econômicas e na prestação direta de serviços públicos através da desestatização.

O padrão neoliberal pautava-se na valorização da livre iniciativa e na adoção do Princípio da Subsidiariedade<sup>12</sup>. Entretanto, tais preceitos foram atenuados pela Constituição Federal de 1988, cujo mecanismo de freios e contrapesos visava a assegurar garantias e direitos fundamentais à pessoa humana.

---

<sup>8</sup> MOTA, Carolina Theodoro da Silva. Regulação e desregulação: uma discussão sobre o equilíbrio entre mercado e coletividade. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. (Org.) **Direito Regulatório**: temas polêmicos. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p.161-164.

<sup>9</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.* 2003, p. 68-69.

<sup>10</sup> GUERRA, Sérgio. *Op. cit.* p.168.

<sup>11</sup> Em apertada síntese, Sérgio Sérulo da Cunha conceitua o neoliberalismo como a doutrina de reafirmação política do liberalismo econômico. (*In Dicionário Compacto do Direito*. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 171.)

<sup>12</sup> Segundo Marcos Juruena Villela Souto (2005, p. 35), em observância ao Princípio da Subsidiariedade, princípio político de organização social, o Estado deve se concentrar na execução das funções essenciais – cometimentos estatais inerentes à qualidade de Estado, que não se concebem senão exercidos diretamente por este, como, por exemplo, as relações exteriores, a segurança interna e externa, a atividade financeira, nas quais a Administração é dotada de poderes jurídicos que lhe facultam impor obrigações aos particulares, transferindo funções que podem ser desenvolvidas com maior eficiência pelos particulares, seja em regime de livre iniciativa, seja em regime de direito público, ambas sob regulamentação estatal.

O art. 174 da Constituição Federal de 1988, ao implantar no cenário político-econômico-social a função regulatória, trouxe novas competências e estratégias para o exercício das funções administrativas.

Em 1995, a fim de conferir um padrão de gerência eficiente à Administração Pública, o Governo Federal brasileiro editou o Plano Diretor da Reforma do Estado.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>13</sup>, foi com a Reforma do Estado que surgiu, no Brasil, o vocábulo “regulação”, quando, em decorrência da privatização de empresas estatais e da introdução da idéia de competição entre concessionárias na prestação de serviços públicos, entendeu-se necessário regular as atividades objeto das concessões a empresas privadas, visando assegurar a regularidade na prestação do serviço e o funcionamento equilibrado da concorrência. É de se ver que, tal como em outros países, também aqui no Brasil o vocábulo surgiu no âmbito da ciência da administração, da ciência política e da economia.

De acordo com Marcos Juruena Villela Souto<sup>14</sup>, o surgimento do Estado regulador decorreu de uma mudança na concepção do conteúdo da atividade administrativa (esta abrangendo a polícia administrativa, a gestão de serviços públicos em sentido estrito, o ordenamento econômico, incluído aqui o fomento, e o ordenamento social) em função do Princípio da Subsidiariedade e da crise do Estado do Bem-Estar Social, incapaz de produzir o bem de todos com qualidade e a custos que pudessem ser cobertos com o sacrifício de toda a sociedade.

Daí a descentralização de funções públicas para particulares. O Estado Regulador brasileiro foi concebido para substituir a administração pública burocrática e ineficiente pelo modelo de uma administração pública gerencial, com a incorporação no âmbito público dos padrões de administração da esfera privada, mormente no que tange à eficiência. Para tanto, foi promulgada uma série de emendas constitucionais, que visavam, através da “abertura” de determinados subsistemas econômicos, como o das telecomunicações e o de petróleo e gás natural, adaptar os deveres do Estado ao modelo “neoadministrativo”. Assim, como assevera Marília de Ávila e Silva Sampaio<sup>15</sup>, impôs-se uma limitação ao intervencionismo do Estado,

---

<sup>13</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.* p. 20.

<sup>14</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 34-38.

<sup>15</sup> SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. O poder normativo das agências reguladoras. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, nº 227, p. 339-347, jan./mar. 2002.

que focalizou sua atuação para as funções de fomento e garantia do acesso dos cidadãos aos serviços públicos, ainda que prestados pelo setor privado.

## 2.2 Fundamentos políticos

Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>16</sup> leciona que a regulação, como fenômeno jurídico, já havia sido objeto de estudos, a partir dos quais foram produzidas algumas classificações. Destas podemos destacar a endo-regulação, que ocorre quando a função ou o órgão incumbido da regulação integra o sistema regulado; a exo-regulação, que ocorre quando a função ou o órgão regulador é externo ao sistema regulado; a auto-regulação, exercida pelos próprios entes regulados; e a hetero-regulação, fruto de um órgão externo que impõe sua vontade aos entes regulados. Podem-se apontar, ainda, como espécies de combinação das duas últimas, a auto-regulação induzida, na qual os entes regulados são motivados por uma fonte hetero-reguladora a produzir sua própria regulação; a auto-regulação compartilhada, na qual se impõe parcialmente aos entes regulados decisões específicas hetero-reguladoras, de modo a restringir seu espaço decisório; e a auto-regulação dirigida, na qual as decisões hetero-reguladoras traçam pautas gerais a serem preenchidas por decisões específicas das fontes auto-reguladoras. Esta última modalidade aproximar-se-ia do modelo comumente adotado para as modernas agências reguladoras.

Como função política, a regulação só alcançou a maturidade a partir da crise de 1929, quando se deu o questionamento sobre a efetividade do postulado liberal da auto-regulação espontânea dos mercados, tendo em vista a instabilidade, a recessão, a realidade das sociedades complexas e a necessidade de se criar economias de escala para se deflagrar o desenvolvimento.

Segundo Gustavo Binjenbojm<sup>17</sup>, muito embora a “Interstate Commerce Commission” (ICC), normalmente apresentada como primeira agência reguladora independente dos Estados Unidos, tenha sido criada em 1887, foi somente após o “New Deal”, durante o governo do presidente Franklin Roosevelt, a moderna agência reguladora se tornou elemento característico da Administração Pública norte-americana, quando passaram a ser adotadas

---

<sup>16</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.* 2003, p. 81-82.

<sup>17</sup> BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 240, abr./mai./jun. 2005, p. 147-165.

técnicas hetero-regulatórias, emanadas de órgãos externos ao sistema regulado, em setores críticos específicos do mercado, para que se assegurasse o bom funcionamento da indústria e do comércio, mas sem que houvesse um completo afastamento do ideário liberal tradicional, aproveitando-se a tradição da auto-regulação. Estes órgãos externos eram agências administrativas independentes do poder político, que realizavam intervenções voltadas ao interesse do mercado, que ficaram conhecidas na doutrina como ‘intervenções econômicas leves’.

Consoante o referido autor, a proliferação das agências reguladoras independentes nos EUA nos anos de 1930 ocorreu não apenas como resultado da crença na capacidade técnica e melhor posicionamento da Administração Pública para reagir rápida e flexivelmente com vistas a estabilizar a economia e proteger os menos favorecidos contra os mercados desregulados, mas também da necessidade de driblar os entraves à regulação opostos por um Judiciário conservador. Ademais, os reformadores acreditavam que o sistema de três poderes e de freios e contrapesos gerava disputas políticas que impediam o atingimento do interesse público. Destarte, as agências reguladoras independentes se afirmaram no cenário político norte-americano como entes propulsores da publicização de determinados setores da atividade econômica, mitigando garantias liberais clássicas da propriedade privada e da autonomia da vontade.

Diversamente, na Europa, como corolário das variadas ideologias estatizantes, foram modelados regimes de cunho fortemente interventivo, como o Estado do Bem-Estar Social e o Estado Socialista, nos quais se criaram agências administrativas dependentes do poder político, sob o argumento da segurança nacional, para o desempenho direto das atividades econômicas consideradas críticas, o que representou intervenções mais radicais que aquelas feitas pelas agências norte-americanas.

A privatização, antes abominada pelo Estado do Bem-Estar Social e pelo Estado Socialista, passa a ser uma opção de política pública nos países que não podiam prestar serviços estatais à população com a necessária observância dos princípios da generalidade, da continuidade, de atualização e de modicidade. Ressalta Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>18</sup> que a eficiência já acenava como princípio constitucional elevado a direito subjetivo público do cidadão em sua relação com o Estado. Registre-se, porém, que no Brasil, muito embora o referido princípio já seja discutido desde 1967, só foi guindado à categoria de princípio constitucional com a Emenda Constitucional nº 19, de 1998.

---

<sup>18</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.* 2003, p. 85.

Tem-se, ainda, como terceiro motivo político, consoante o autor supra, o fato de que as inúmeras empresas estatais, instrumento das intervenções monopolistas do Estado do Bem-Estar Social e do Estado Socialista, haviam se burocratizado, distanciando-se dos interesses públicos que justificaram a sua criação, o que comprometia o controle público das atividades de interesse geral.

Com o declínio dos referidos modelos de Estado, fazia-se necessária a republicização dos controles sobre os setores econômicos, mormente daqueles que jamais haviam se submetido a qualquer tipo de controle, seja desempenhando atividades tradicionalmente definidas como serviços públicos, seja desempenhando atividades econômicas de interesse geral.

Em muitos países que haviam experimentado um alto grau de estatização a republicização dos controles das atividades econômicas se deu através do modelo norte-americano da regulação e suas agências independentes, cujas decisões eram tomadas longe das discussões político-partidárias. Delineava-se um novo modelo regulatório: a solução política hetero-reguladora deixava de ser imposta e, muito embora ainda não se adotasse a solução privada auto-reguladora, construía-se uma solução politicamente neutra de conflitos setoriais interprivados, cuja nota característica era o hibridismo entre a imperatividade e a consensualidade, em consonância com o Estado Democrático de Direito que se estruturava.

As novas imposições econômicas decorrentes do progresso científico e tecnológico e da globalização e o esgotamento do modelo público de financiamento da economia acarretaram profundas alterações na estrutura e no papel do Estado. O recurso aos meios privados forçou uma adaptação dos instrumentos de atuação estatal, e exigiu uma atualização da interpretação das instituições jurídicas.

### **2.3 Fundamentos econômicos**

De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>19</sup>, a formação das sociedades complexas ocorreu com a Revolução Industrial e com o conseqüente abandono do capitalismo privado calcado em uma economia atomizada, na qual o Estado não desempenhava papel de empresário.

---

<sup>19</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.* 2003, p. 71.

A organização da economia, seja pela atuação dos órgãos do Estado, seja pela atuação associada dos órgãos da sociedade, ocorreu mediante a implantação de uma ordem corretiva (intervenção) ou impulsiva (fomento) às atividades econômicas, perpassando os sistemas de hetero-regulação e de auto-regulação.

Ainda consoante o referido autor, as origens da regulação econômica contemporânea podem ser buscadas no período que sucedeu as duas guerras mundiais, quando se deu a reconstrução econômica a nível mundial baseada na doutrina keynesiana, que preconizava a adoção de políticas intervencionistas na economia.<sup>20</sup>

O Estado pode intervir de duas maneiras no domínio econômico: pela intervenção direta e pela intervenção indireta. Pela primeira o próprio Estado, através de suas empresas, exerce a atividade econômica, seja em regime de monopólio ou em competição com a iniciativa privada. É este o tipo de atuação prevista nos artigos 173 e 177 da Constituição Federal. O Estado atua diretamente na ordem econômica pela prestação de serviços públicos ou pela exploração de atividades econômicas. Os serviços públicos podem ser prestados diretamente por órgãos da Administração Pública ou por entidades com personalidade jurídica própria, por delegação mediante contrato ou outro ato negocial. Ressalta-se que, quanto à exploração de atividades econômicas diretamente pelo Estado, o art. 173, da Constituição Federal preceitua que a atividade econômica compete, preferencialmente, ao particular, cabendo ao Estado o seu exercício, sob o regime jurídico das empresas privadas, tão-somente por motivo de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, e conforme definido em lei. Já o mencionado art. 177 elenca as atividades que constituem monopólio da União.

Pela intervenção indireta, o Estado interfere na atividade econômica quando a disciplina mediante a edição de leis e regulamentos, pelo exercício do poder de polícia, quando fomenta o desenvolvimento econômico pelo apoio à iniciativa privada, seja através de incentivos fiscais, pela redução ou majoração da alíquota de impostos, seja pela oferta de financiamento público a determinadas empresas ou setores da economia. É o papel do Estado preceituado no art. 174 da Constituição Federal.

---

<sup>20</sup> John Maynard Keynes foi o criador da Macroeconomia e um dos mais influentes economistas do século XX. Contrariando as doutrinas econômicas vigentes em sua época, preconizou idéias que estimularam a adoção de políticas intervencionistas sobre o funcionamento da economia. Seu objetivo ao defender a intervenção do Estado na economia era o aperfeiçoamento do sistema capitalista de produção, de modo que se aliasse o altruísmo social (através do Estado) com os instintos do ganho individual (através da livre iniciativa privada), o que não ocorreria por vias naturais, graças a problemas do livre mercado (desproporcionalidade entre a poupança e o investimento e o "Estado de Ânimo" dos empresários).

Assim, verifica-se que o papel do Estado regulador não é incompatível com o papel do Estado produtor de bens e serviços, desde que o último se dê nos limites necessários à segurança nacional e de acordo com interesses coletivos relevantes<sup>21</sup>.

A maneira como o Estado intervém na atividade econômica foi se diferenciando ao longo da História, podendo-se distinguir três fases.

Segundo Luís Roberto Barroso<sup>22</sup>, a primeira fase foi a do Estado Liberal, cujas funções restringiam-se à segurança, à justiça e aos serviços essenciais. É o Estado da virada do século XIX para o XX, fundado nos direitos individuais, cujo objeto primordial era o de traçar uma esfera de proteção das pessoas em face do Poder Público, nos direitos de participação política, cuja expressão econômica se traduzia na liberdade de contrato, na propriedade privada e na livre iniciativa.

A segunda fase foi a do Estado Social (“Welfare State”) ou da modernidade, iniciada na segunda década do século XX, com a assunção pelo Estado de alguns papéis econômicos, tanto na condução do desenvolvimento quanto em outros de cunho distributivista, visando à correção de distorções do mercado e amparo dos contingentes que ficavam à margem do progresso econômico. Emergem nessa fase os conceitos de função social da propriedade e da empresa e os direitos sociais – emprego, condições de trabalho e garantias aos trabalhadores.

Tal modelo começou a demonstrar esgotamento a partir da década de oitenta do século passado, quando o excesso de tarefas assumidas pelo Estado-Providência começaram a ser contestadas pelos danos causados à sociedade e ao próprio Estado, pelo queurgia a sua superação.

A terceira fase, iniciada no final do século XX, correspondente à pós-modernidade, encontra o Estado ligado à idéia de morosidade, ineficiência, desperdício de recursos, burocracia e corrupção, visto como incapaz de empreender o progresso e a transformação sociais necessários, pelo que surgiu o discurso da desregulamentação, da desestatização, da privatização, da redução das cargas impositivas e das organizações não-governamentais com vistas a reestimular o crescimento. Emergem os direitos difusos, como o direito ao meio ambiente protegido, proteção ao consumidor e aos bens e valores históricos, artísticos e

---

<sup>21</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.* p. 23.

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002, p. 1-2. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3209>>. Acesso em: 06 jul. 2008. Registre-se que este texto também se encontra publicado na introdução à obra de Diogo de Figueiredo Moreira Neto intitulada **Direito Regulatório**: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático. Com introdução de Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

paisagísticos, caracterizados pela pluralidade indeterminada de seus titulares e pela indivisibilidade de seu objeto.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>23</sup>, o papel do Estado de agente monopolista ou concorrente dá lugar ao papel de regulamentador e fomentador, havendo a implementação de novas experiências: a administração pública voltada para os setores críticos de interesses; a deslegalização de matérias, a separação entre a formulação de política pública (“policy”) e a administração pública (“administration”), a abertura de espaços de negociação para o Poder Público e a intensa processualização administrativa, com a introdução dos conceitos de participação dos agentes dos setores interessados, de responsividade e de visibilidade ou transparência.

Delineia-se, assim, um novo conceito de competição. Para o bom funcionamento do livre mercado não pode haver a dominação dos mercados nem externalidades, entendidas como os custos ou prejuízos involuntários causados por um agente econômico para produzir um bem ou serviço<sup>24</sup>, fazendo-se necessária a atuação de um terceiro agente, que não seja o produtor nem o consumidor, dotado de poder para intervir suficientemente, corrigindo as deformações do mercado, sendo capaz de impor uma regra que restabeleça o equilíbrio garantidor da livre competição. Essa intervenção só é possível com a participação do Estado, titular do monopólio da força, e da própria sociedade.

No Brasil, de acordo com Carolina Theodoro da Silva Mota<sup>25</sup>, a prestação dos serviços públicos até 1930 era entregue a empresas privadas, nacionais ou estrangeiras, geralmente por meio de contratos de concessão. A intervenção do Estado no domínio econômico limitava-se às funções de regulação, controle monetário e arrecadatório, posto que marcado pelo liberalismo econômico.

Consoante Luís Roberto Barroso<sup>26</sup>, a modernidade teria começado com a Revolução de 30 e se institucionalizado com a Constituição de 1934, primeira Carta a apresentar um título sobre a ordem econômica e social, e se deturpado no golpe do Estado Novo, de 1937. O Governo Vargas abandonou o liberalismo econômico e passou a intervir diretamente na economia, absorvendo as antigas concessões e realizando novos empreendimentos, mormente nos setores de energia elétrica, transporte ferroviário e saneamento básico.

---

<sup>23</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.* p. 74-75.

<sup>24</sup> Neste sentido Isaac Benjó, citado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *Op. cit.* p. 77.

<sup>25</sup> MOTA, Carolina Theodoro da Silva. *Op. cit.* p.163.

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* 2002, p. 2-3.

O ciclo começado na década de 30 foi retomado no período de 1946 a 1964, quando a atuação econômica estatal focalizava a substituição de importações. Dada a fragilidade da iniciativa privada, a economia era impulsionada substancialmente por iniciativa oficial. É dessa época a criação das primeiras grandes empresas estatais, a Companhia Siderúrgica Nacional, a Fábrica Nacional de Motores, a Companhia Vale do Rio Doce e a Companhia Hidrelétrica do São Francisco.

As décadas de 1950 e 1960, época da guerra fria e da bipolarização das doutrinas econômicas, foram, respectivamente, marcadas pela discussão ideológica do papel do Estado e pelo seu agigantamento, com a criação de empresas estatais, das quais duas são merecedoras de destaque: o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico – BNDE (depois BNDES) e a Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás, criada simbolicamente, após uma ampla mobilização popular. Tal agigantamento do Estado ocorreu principalmente durante a Ditadura Militar, quando foram criadas mais de 300 empresas estatais. Foi a era das empresas "brás" – Eletrobrás, Nuclebrás, Siderbrás, etc.

Em um primeiro momento, o Estado brasileiro interveio na economia porque não havia empresas particulares com capacidade financeira ou infra-estrutura suficientes para promover o desenvolvimento nacional<sup>27</sup>. As empresas estatais mostravam-se incapazes de desempenhar de forma adequada os serviços atribuídos ao Estado, que não conseguia atingir níveis mínimos de desenvolvimento econômico.

Terminado o ciclo ditatorial e o período compreendido entre 1985-1990, chegou-se à pós-modernidade na década de 1990, marcada, logo na origem, pela crise de ter nascido associada ao primeiro governo constitucionalmente deposto da história do país. Ressalta Luís Roberto Barroso que a chegada à pós-modernidade se deu sem que o Brasil tivesse conseguido ser nem liberal nem moderno. Nas palavras do autor

De fato, no período *liberal*, jamais nos livramos da onipresença do Estado. A sociedade brasileira, historicamente, sempre gravitou em torno do *oficialismo*. As bênçãos do poder estatal sempre foram – ressalvadas as exceções que confirmam a regra – a razão do êxito ou do fracasso de qualquer projeto político, social ou empresarial que se pretendesse implantar. Este é um traço marcante do caráter nacional, com raízes na colônia, e que atravessou o Império, exacerbou-se na República Velha e ainda foi além.<sup>28</sup> (grifos do autor)

<sup>27</sup> MENEZES, Roberta Fragoso de Medeiros. As agências reguladoras no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 227, p. 47-68, jan./fev./mar. 2002.

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* out. 2002, p. 2.

Para Carolina Theodoro da Silva Mota<sup>29</sup>, o ano de 1990 ficou marcado pela ruptura no padrão de intervenção do Estado na economia brasileira, com uma nova discussão acerca do papel e do tamanho do Estado, o que deflagrou o processo de Reforma do Estado, com a transferência à iniciativa privada da prestação dos serviços públicos anteriormente realizados pelo Estado, seja através de concessões ou privatizações e com a criação de agências reguladoras, cuja atribuição primordial é a regulação dos serviços públicos com vistas à garantia da supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público pela Administração Pública. Para além da promoção de um intenso programa de privatização, a Reforma do Estado representou a reforma da Administração Pública, com vistas à superação de uma administração burocrática, rígida e ineficiente para uma administração gerencial, flexível e eficiente.

Segundo Luís Roberto Barroso<sup>30</sup>, as reformas empreendidas envolveram três transformações estruturais complementares, sendo que as duas primeiras demandaram emendas à Constituição e a terceira deu-se mediante a edição de lei infraconstitucional e a prática de atos administrativos.

A primeira reforma da ordem econômica brasileira foi a extinção de certas restrições ao capital estrangeiro, ocorrida com a Emenda Constitucional nº 6, de 15.08.1995, que suprimiu o art. 171 e modificou a redação do art. 176 do texto constitucional, e com a Emenda Constitucional nº 7, de 15.08.1995, que modificou o art. 178 da Constituição Federal.

A segunda reforma referiu-se à flexibilização dos monopólios estatais. A EC nº 5/95 alterou a redação do § 2º do art. 25, possibilitando aos Estados-membros a concessão da exploração de serviços públicos locais de distribuição de gás canalizado às empresas privadas, que até então só podiam ser delegados a empresa sob controle acionário estatal. O mesmo se deu com os serviços de telecomunicações e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, com a EC nº 8/95. Já a EC nº 9/95 facultou à União a contratação com empresas privadas de atividades relativas à pesquisa e lavra de jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro, a importação, exportação e transporte de produtos e derivados básicos de petróleo, outrora vedados pelo art. 177, da Constituição Federal.

A terceira reforma econômica ocorreu com a privatização, ocorrida sem alteração do texto da Constituição, com a edição da Lei nº 8.031/90, que instituiu o Programa Nacional de

---

<sup>29</sup> MOTA, Carolina Theodoro da Silva. *Op. cit.* 2004, p.165.

<sup>30</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* out. 2002, p. 3-4.

Privatização, substituída pela Lei nº 9.491/97, ambas visando o reordenamento da posição estratégica do Estado na economia, com a transferência à iniciativa privada de atividades indevidamente exploradas pelo setor público; a contribuição para a modernização do parque industrial brasileiro para ampliação da competitividade e reforço da capacidade empresarial nos diversos setores da economia.

O programa de desestatização tem sido realizado seja através da alienação, em leilão nas bolsas de valores, do controle de entidades estatais, tanto as que exploram atividades econômicas como as que prestam serviços públicos e da concessão de serviços públicos a empresas privadas.

O foco da atuação estatal se deslocou do campo empresarial para o da disciplina jurídica, com a ampliação de seu papel na regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas. Para Luís Roberto Barroso<sup>31</sup>, o Estado, portanto, não deixou de ser um agente econômico decisivo. Exemplo disso é a criação de normas de proteção ao consumidor em geral e de consumidores específicos, a introdução no país de uma política específica de proteção ao meio ambiente, limitativa da ação dos agentes econômicos, e de um sistema de defesa e manutenção das condições de livre concorrência.

Segundo Marcos Juruena Villela Souto<sup>32</sup>, a transição de uma economia calcada na forte presença do Estado, com monopólios econômicos e serviços públicos, foi ocorrendo gradualmente, com vistas ao livre mercado, mediante a introdução da competição onde antes ela não existia. Por meio da regulação se procurou, inicialmente, substituir o mercado por meio de escolhas públicas. Nesse cenário marcado pela necessidade de regular as atividades em que o setor privado substituiu ou ocupou espaços não atendidos pelo público, bem como aquelas de interesse econômico geral, e sob o afluxo de capital de circulação global em segmentos industriais e de serviços públicos, foram criadas novas estruturas administrativas, as Agências Reguladoras, entidades autônomas e independentes voltadas para a regulação de atividades econômicas preponderantemente calcadas em aspectos científicos e dissociadas das pressões político-partidárias, com atribuições inerentes à competência regulatória executiva e funções normativas e judicantes da Administração Pública Indireta.

Isto acarretou a construção de um novo marco teórico para a Administração Pública, cujo objetivo é implementar políticas estratégicas nos sistemas social, científico e tecnológico

---

<sup>31</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* out. 2002, p. 4.

<sup>32</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op. cit.* 2005, p. 3-22.

através de práticas de gestão modernas e eficazes voltadas ao interesse público, e o surgimento de uma nova categoria de normas – as normas regulatórias.

À medida que se vai criando um mercado, a regulação assume o papel de promotora da competição, prevenindo a consolidação de posições dominantes e a criação de barreiras à entrada ou à permanência no mercado. Ademais, conforme salienta Marília de Ávila e Silva Sampaio<sup>33</sup>, quando atividades essenciais à sociedade passam a ser prestadas pelo setor privado, não se pode admitir que as decisões referentes aos destinos de tais atividades sejam cometidas a particulares, a contingências econômicas ou a interesses políticos. Devem tais decisões estar adstritas a uma nova legalidade, que garanta a consecução dos interesses comuns, dentro de parâmetros de transparência, especialidade, eficiência e participação democrática. Daí a relevância do papel da regulação de determinado setor no plano do desenvolvimento econômico.

## 2.4 Fundamentos jurídicos

Como já se disse alhures, a partir, principalmente, do segundo pós-guerra, o Estado, frente a uma sociedade crescentemente dinâmica e complexa, apercebeu-se da impotência dos instrumentos tradicionais de atuação. Tal situação o levou a adotar mecanismos administrativos mais ágeis e tecnicamente especializados. Surgiram, assim, as agências reguladoras.

Conforme salienta Alexandre Santos de Aragão<sup>34</sup>, a tecnologia jurídica até então predominante, com suas regulamentações genéricas para os setores sociais, começou a se transformar para enfrentar os novos desafios, pois, o direito, construído nas relações estabelecidas pelos diversos sujeitos sociais, não pode ficar alheio às alterações da conjuntura econômica e social. Nas palavras do autor, a construção do Direito Público, seja de um Estado Liberal, de um Estado Democrático de Direito, social ou de outra espécie, cujo surgimento esteja em curso é inerente às contingências ideológicas, políticas e sociais de cada momento histórico.

---

<sup>33</sup> SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Op. cit.* 2002, p. 346.

<sup>34</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras. **Revista Forense**. v. 97, n. 354, 2001, p.03-26.

Para Alexandre Santos de Aragão<sup>35</sup>, o Direito Público vem sofrendo inúmeras transformações, como a pluralização das fontes normativas, não mais titularizadas apenas pelo Poder Legislativo, a descentralização do aparelho estatal com a criação de entes autônomos e independentes frente aos tradicionais poderes do Estado e a relativização do modelo hierárquico e vertical de Administração Pública, com o delineamento de mecanismos gerenciais de organização.

Assim, considerando que o Direito Público é dialeticamente influenciado e constituído por elementos jurídicos e metajurídicos, a fim de que possa desenvolver uma regulação eficiente, efetiva, há que considerar os demais subsistemas sociais, como a economia, a educação, a ciência, dentre outros, pois

A solução para qualquer problema relativo à adequação social do direito num determinado domínio ou área de regulação deve consistir em tornar o aparelho ‘mais inteligente’; ou seja, *o sistema jurídico deve aumentar os seus conhecimentos sobre os processos, funções e estruturas reais do subsistema social regulado e moldar as respectivas normas de acordo com os modelos científicos dos sistemas envolventes.*<sup>36</sup>

Outrossim, se o Direito não pode se furtar às influências da conjuntura econômica e social de um determinado lugar em determinado momento histórico, não há como os diversos subsistemas sociais se abstraírem do direito para regerem-se apenas por suas regras num contexto de Estado Democrático de Direito. Neste diapasão,

(...) as agências reguladoras constituem, cada vez mais, um importante mecanismo de diálogo entre o Direito, que não pode abrir mão do seu caráter normativo, e a economia, que não cessa de aumentar a capacidade de impor a sua própria lógica<sup>37</sup>.

De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>38</sup>, a inserção do instituto da regulação na metodologia jurídica contemporânea fez emergir questionamentos sobre a sua compatibilidade com os sistemas constitucionais então existentes e com a estrutura tradicional de Direito erigida sobre conceitos positivistas e sobre uma administração centralizadora e burocrática.

<sup>35</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. 2001, p.07-08.

<sup>36</sup> Nesse sentido Gunther Teubner *apud* Alexandre Santos de Aragão *in* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.* 2001, p. 5.

<sup>37</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e agências executivas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 228, abr./mai./jun. 2002, p. 117.

<sup>38</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.* p. 93-105.

Todavia, este contexto já se encontrava em vias de transformação, em virtude das mudanças jusmetodológicas gestadas ao longo do século XX: a evolução da jurisprudência dos conceitos para a jurisprudência dos interesses e, ao depois, para a jurisprudência dos valores, que alteraram o modo de se analisar a problemática da compatibilização da atividade regulatória do Estado.

O escopo da atividade reguladora é o atingimento de um resultado prático que alie a maior satisfação do interesse público substantivo ao menor sacrifício de outros interesses constitucionalmente protegidos com o menor dispêndio de recursos públicos.

Destarte, tendo em vista que a finalidade da Administração Pública é e deve ser sempre o interesse público, é fundamental que a decisão reguladora, para ser justa, goze de juridicidade, alcançando a legitimação da população.

Ainda de acordo com o referido autor, os jusfilósofos entendem que a decisão justa é a que se caracteriza por duas qualidades essenciais, a saber: (i) regularidade, de forma a expressar a igualdade de tratamento que deve ser dispensada a todos aqueles que se encontrarem nas mesmas circunstâncias no seu âmbito de atuação, e (ii) consensualidade, ou seja, aceitação de todas as partes que possam ser afetadas por sua disciplina. Contudo, considerando-se a especificidade da decisão reguladora, que opera em pautas principiológicas abertas, e a freqüente mutabilidade das circunstâncias sobre as quais ela incide, tem-se que a decisão reguladora se legitimará pela consensualidade, em detrimento da regularidade, donde emerge a importância dos instrumentos participativos na doutrina regulatória.

A regulação é uma tendência para o aperfeiçoamento da decisão administrativa, pois visa à eficiência em seu desempenho e à legitimação em seu resultado, contribuindo para a construção de novos referenciais democráticos na gestão dos interesses públicos. A tradicional e nítida tripartição das funções estatais – funções administrativa, judicante e normativa – como técnica de aplicação do Poder Estatal vem dando espaço a uma prática de distribuição, limitação e controle de qualquer manifestação dotada de poder sobre a sociedade, seja este poder estatal ou não-estatal. É neste contexto que ocorre a instituição de órgãos independentes, constituídos como centros de poder especializados e autônomos, que apresentam, em maior ou menor grau, características de cada uma das referidas funções estatais e outras novas, acrescentando uma nova instância de controle social, de modo a aperfeiçoar o controle já exercido pelos órgãos estatais.

Nesse diapasão, além da eficácia e da legalidade, exige-se a justificação das decisões administrativas, gênero no qual se insere a decisão reguladora, com a submissão das mesmas aos valores jurídicos da eficiência e da legitimidade, devendo a decisão dar preponderância a conceitos de valor que sejam pertinentes à tese para que se formule a decisão justa em função da totalidade dos administrados. Ademais, deve a decisão reguladora justa demonstrar que a solução adotada não comprometerá valores fundamentais que mereçam ser protegidos ou que o comprometimento dos mesmos dar-se-á com o mínimo de sacrifício particular para atingimento do máximo proveito geral, após a utilização do critério da ponderação de valores.

Ainda que se trate da decisão administrativa de conflitos concretos, o exercício da regulação deve estar geral, abstrata e permanentemente referido a todos os administrados, proporcionando o máximo de eficiência na solução de problemas com as vantagens da flexibilidade negocial privada e o rigor da coercitividade estatal.

Com a atribuição de funções normativas a instituições de caráter técnico, não diretamente derivadas dos poderes representativos e em relação aos mesmos neutros e independentes, opera-se a transferência das funções decisórias da tutela dos interesses públicos do circuito político para autoridades capazes de, com base em uma lei de conteúdo genérico, tomar decisões de caráter técnico-jurídico<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Paola Bilancia *apud* Alexandre Santos de Aragão in ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 376.

### 3 AS AGÊNCIAS REGULADORAS

#### 3.1 Estrutura e características das agências reguladoras no Brasil

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>40</sup>, quanto à natureza jurídica das agências reguladoras, existem diferentes modelos de entes reguladores nos diversos países que os adotam.

Nos Estados Unidos, onde as agências reguladoras são definidas no “Administrative Procedure Act”, de 1946, por exclusão, estudiosos entendem haver um grande número de entes reguladores cujo enquadramento juspolítico pode ser definido como híbrido, entre o público e o privado, o mesmo podendo ser dito sobre o modelo inglês das “Quase administrative non governmental entities”. Já na Europa continental, é majoritariamente adotado o regime público administrativo. Em que pese haver tamanha diversidade, a tendência que parece prevalecer entre os diversos países é a da natureza jurídica estatal de tais entes, com as características tradicionalmente reconhecidas às autarquias, muito embora temperadas com a necessária autonomia para o exercício de funções reguladoras peculiares, visando à conciliação entre a imperatividade do Estado no exercício da regulação e a flexibilidade negocial.

No Brasil, as agências reguladoras foram introduzidas sob a forma de autarquias<sup>41</sup>, integrando a Administração Pública Indireta. Possuem personalidade jurídica de direito público, estando, portanto, sujeitas aos princípios expressos no *caput* do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

---

<sup>40</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.* p. 146-166.

<sup>41</sup> Nos termos do inciso I do art. 5º do Decreto-Lei nº 200/67, autarquia é o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeira, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

Constituem-se como autarquias especiais criadas por lei específica<sup>42</sup>, de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo, que detém a direção superior da Administração nos termos do art. 84, II c/c art. 61, § 1º, II, e, da Constituição Federal. A lei de criação destas autarquias outorga-lhes determinadas competências para atuação com poderes típicos do Estado, de forma a limitar a atividade desenvolvida em regime de liberdade.

Segundo Luís Roberto Barroso<sup>43</sup>, foi mediante modificações introduzidas por emendas à Constituição Federal que se passou a ter previsão expressa no texto constitucional de órgãos reguladores para os setores de telecomunicações (art. 21, XI, com redação dada pela EC 8/95) e de petróleo (art. 177, § 2º, III, com redação dada pela EC 9/95), quais sejam, a ANATEL e a ANP, o que permitiu, posteriormente, a expansão da atividade regulatória para outros setores, com a criação de agências mediante a edição de leis ordinárias.

A mesma exigência de lei específica é encontrada para a extinção destas autarquias, vez que simples ato administrativo não poderia destruir o que se construiu mediante lei, que constitui norma de hierarquia superior. Assim, tem-se que a extinção de uma agência reguladora envolve juízo de conveniência e oportunidade da Administração.<sup>44</sup>

Consoante Antônio Carlos Cintra do Amaral<sup>45</sup>, há três tipos de agências reguladoras no direito brasileiro.

O primeiro tipo de agências regula a atividade econômica, exercendo funções de fiscalização, incentivo e planejamento, funções essas atribuídas constitucionalmente ao Poder Público, por força do art. 174 da Constituição Federal, que preceitua que o planejamento é determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Exemplos de agências com essa função são a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA e a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

O segundo tipo de agências regula as atividades econômicas referentes a petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos contratadas com empresas estatais ou privadas em

<sup>42</sup> Foram criadas as seguintes agências no plano federal: Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei 9.472, de 16.07.97); Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (Lei 9.427, de 26.12.96); Agência Nacional do Petróleo – ANP (Lei 9.478, de 6.08.97); Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (Lei 9.782, de 26.01.99); Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Lei 9.961, de 28.01.2000), Agência Nacional de Águas – ANA (Lei 9.984, de 17.07.2000), Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ (estas últimas criadas pela Lei nº 10.233, de 5.06.2001).

<sup>43</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* out. 2002, p. 6.

<sup>44</sup> Neste sentido, Luís Roberto Barroso (2002, p. 7) e Marcos Juruena Villela Souto (2005, p. 244-245).

<sup>45</sup> AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Observações sobre agências reguladoras de serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 231, p. 1-3, jan./fev./mar. 2003.

decorrência do monopólio atribuído constitucionalmente à União, nos termos do art. 177, §§ 1º e 2º da Constituição Federal. Esta a função exercida pela Agência Nacional do Petróleo – ANP.

O terceiro tipo de agências decorre da competência constitucional do Poder Público para prestar serviços públicos, direta ou indiretamente, esta mediante concessão ou permissão, de acordo com o que estabelece o art. 175 da Constituição Federal. Este tipo de agências regula o exercício, por empresas privadas, de serviços públicos concedidos. A Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ exemplificam o terceiro tipo de agências.

As agências reguladoras são autarquias especiais porque dotadas de prerrogativas próprias e porque gozam de independência, autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira em relação ao Poder Público.

O regime especial desses entes se justifica na medida em que se busca preservar as agências reguladoras de ingerências indevidas do Estado e seus agentes, bem como das disputas político-partidárias, delimitando-se um espaço de discricionariedade para que o juízo fundado em conhecimentos eminentemente técnicos especializados sobreleve.

Marília de Ávila e Silva Sampaio<sup>46</sup> salienta que as agências reguladoras não representaram novidade na estrutura burocrática brasileira, posto que a atuação independente de certos órgãos em relação aos órgãos da administração direta constitui a essência do processo de descentralização administrativa, presente no ordenamento desde o Decreto-Lei nº 200/67, que disciplina a Administração Indireta.

Surge, neste particular, aspecto polêmico, qual seja, o da independência dos órgãos reguladores, havendo que se perquirir o alcance de sua autonomia e o sentido de sua imparcialidade.

A criação de órgãos reguladores independentes decorre do fenômeno da descentralização, inserida no processo de reforma administrativa empreendido no Brasil, tal como ocorrido em outros países, com vistas ao reordenamento da Administração, bem como no processo de reforma do Estado e de suas relações com a sociedade.

Ocorre, assim, uma transformação das estruturas administrativas hierarquizadas, piramidais, em estruturas de rede, mais bem conformadas à realidade dinâmica e flexível,

---

<sup>46</sup> SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Op. cit.* 2002, p. 340.

fortemente marcada pela multiplicidade de interesses dos mais diversos grupos sociais, e, portanto, mais bem preparadas para responder aos plúrimos anseios sociais.

Como expressão da independência das agências reguladoras pode-se apontar a independência de seus dirigentes. Estes gozam de estabilidade, podendo perder o mandato apenas em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar<sup>47</sup>.

Segundo Marília de Ávila e Silva Sampaio, muito embora possuam as entidades reguladoras um grau mais intenso de autonomia, se comparadas às autarquias comuns,

**Não significa isto que as agências reguladoras possam agir em desconformidade com os princípios norteadores da Administração Pública, ínsitos no texto constitucional, mormente o princípio da legalidade.** Entretanto, possuem uma maior margem de discricionariedade, de acordo com o novo espírito que norteia a atividade estatal, qual seja, o de que o Estado deve funcionar melhor e ser mais econômico ao consumidor, nos moldes preconizados por um modelo de administração gerencial. (grifou-se)<sup>48</sup>

A autonomia das agências reguladoras deve ser entendida enquanto possibilidade de autodeterminação, fundamental para a tomada de decisões de caráter técnico, e não político.

No que tange à autonomia político-administrativa, a legislação que instituiu cada agência prevê um conjunto de procedimentos, garantias e cautelas. Procurou-se criar um estatuto jurídico para seus dirigentes, diverso do aplicável aos demais agentes administrativos. Tais dirigentes, geralmente nomeados com lastro político, possuem mandato fixo, e não podem ser demitidos, salvo por falta grave apurada mediante devido processo legal, como exposto supra. Integram uma direção colegiada, cuja estrutura é composta por um colegiado diretor, uma secretaria executiva, câmaras técnicas especializadas e uma ouvidoria.

Quanto à autonomia econômico-financeira, estas autarquias possuem dotações orçamentárias gerais e arrecadação proveniente de outras fontes, como taxas de fiscalização e regulação e participações em contratos e convênios, como se dá nos setores de petróleo e energia elétrica.

A imparcialidade das agências reguladoras deve ser entendida em sua dimensão política, de não vinculação a interesses político-partidários, à semelhança da imparcialidade que se exige dos órgãos jurisdicionais. Significa, ainda, que o órgão regulador deve

<sup>47</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.* 2003, p. 36-45.

<sup>48</sup> SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Op. cit.* 2002, p. 341.

fundamentar suas decisões em razões de ordem técnica, com vistas ao interesse geral, sem fazer distinção entre interesses específicos de administrados, em clara observância ao Princípio da Impessoalidade insculpido no caput do art. 37 da Constituição Federal, um dos princípios regedores de todo o agir da Administração Pública.

Justamente porque o órgão regulador deve manter-se voltado para o interesse geral, e não para os interesses específicos, é que, terminado o mandato, há impedimento ao ex-dirigente, ao longo de determinado período (em geral, doze meses), de prestar, direta ou indiretamente, qualquer tipo de serviço no setor público ou nas empresas integrantes do setor regulado ou fiscalizado pela agência, inclusive suas empresas coligadas, controladas e subsidiárias. Durante este período de “quarentena”, é assegurada ao ex-dirigente a remuneração equivalente à do cargo de direção outrora exercido, sendo admitido que continue a prestar serviço à agência ou a qualquer outro órgão da Administração Pública em área referente à sua formação/qualificação profissional, desde que não se beneficie de relações e informações adquiridas ao longo do exercício do cargo de direção na entidade.

### **3.2 A função normativa no âmbito da função reguladora das agências**

Consoante Luís Roberto Barroso<sup>49</sup>, em que pese a etimologia sugerir a associação da função reguladora com o desempenho de competências normativas, seu conteúdo é mais amplo e variado. A regulação contempla um leque de atribuições referentes ao desempenho de atividades econômicas e à prestação de serviços públicos, incluindo sua disciplina, fiscalização, composição de conflitos e eventual aplicação de sanções.

Conforme leciona Caio Tácito<sup>50</sup>, as agências reguladoras assumem as atribuições próprias do Poder Concedente, inclusive os poderes normativos.

Assim, no Brasil, do conjunto diversificado de tarefas que competem às agências reguladoras, abstraídas as peculiaridades de cada uma delas, podem-se destacar o controle de tarifas, visando ao asseguramento do equilíbrio econômico e financeiro do contrato e à modicidade tarifária; a universalização, a continuidade e a qualidade do serviço; o estímulo à competitividade nas áreas nas quais não haja monopólio natural; a fixação de padrões técnicos

---

<sup>49</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* out. 2002, p. 8.

<sup>50</sup> TÁCITO, Caio. A reforma do Estado e a modernidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, nº 215, p. 2-8, jan./fev./mar. 1999.

de produção, de padrões de desempenho, subsídios; a fiscalização do cumprimento do contrato de concessão; o arbitramento dos conflitos entre as diversas partes envolvidas no curso da atividade - consumidores, poder concedente, concessionários, a comunidade, investidores potenciais; a proteção do consumidor contra a ineficiência.

A função reguladora, na lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>51</sup>, é um híbrido de atribuições de variada natureza e extensão, quais sejam, informativas, planejadoras, fiscalizadoras (tanto preventiva quanto repressivamente), negociadoras, normativas, ordinatórias, gerenciais, arbitradoras e sancionadoras, que cabem a um órgão regulador, ao qual compete definir o interesse que deverá prevalecer e ser satisfeito nas relações reguladas, interesse este que não se encontra predeterminado, mas que será deduzido de fatos pelo exercício qualificado, negociado e ponderado da função.

A função em comento, portanto, se vale de um complexo de funções administrativas, normativas e judicantes, sendo informada por critérios técnicos, e não políticos.

As funções administrativas são exercidas no âmbito do poder de polícia administrativa – poder de direcionar as atividades privadas de acordo com interesses públicos juridicamente definidos –, no campo dos serviços públicos, do ordenamento econômico ou social, inclusive do fomento público, envolvendo atividades de planejamento e gestão. Abrangem a fiscalização das atividades desenvolvidas pelos particulares, o cumprimento das regras estabelecidas nos contratos de concessão, licença ou autorização, o estabelecimento de eventuais tarifas, poderes disciplinares.

As funções judicantes, não-jurispcionais, se limitam às atividades de conciliação, mediação e arbitramento de interesses conflitantes envolvendo o Poder Público ou apenas particulares, como ocorre nas controvérsias entre usuários e prestadores de serviços públicos, sendo possível, nos termos da Lei nº 9.307/96, a cláusula compromissória legal de arbitragem, ressalvados os litígios em que estejam em jogo interesses públicos indisponíveis.

Já as funções normativas abarcam a regulamentação secundária e as matérias deslegalizadas, por exemplo, matérias relativas à segurança da atividade regulada, procedimentos técnicos de medição, possibilidades de suspensão da prestação de serviços, acesso a imóveis, padrões de qualidade dos serviços ou mercadorias.<sup>52</sup>

<sup>51</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.* 2003, p. 107. Nesse mesmo sentido, Juan Carlos Cassagne *apud* Alexandre Santos de Aragão *in* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e agências executivas. Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 228, abr./mai./jun. 2002, p. 118.

<sup>52</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.* 2001, p. 10.

Verifica-se, assim, com base na clássica divisão de funções no âmbito do Estado, que é possível classificar as atividades das agências reguladoras em executivas, decisórias e normativas<sup>53</sup>.

Em linhas gerais, visto não serem objeto deste trabalho a atividade executiva e a atividade decisória das agências reguladoras, pode-se dizer que a atividade executiva das entidades em comento envolve a implementação das políticas públicas e diretrizes dadas pelo legislador, e a concretização e individualização das normas relativamente ao setor público ou privado regulado, estando compreendidos em seu âmbito os atos de fiscalização e os de natureza sancionatória, em caso de descumprimento do regramento aplicável. No que tange à atividade decisória, consiste na resolução de conflitos, autorizada por lei, em última instância administrativa, com a possibilidade de recurso ao Judiciário em seguida, quer seja o poder concedente parte no conflito ou sejam partes apenas particulares, agentes econômicos que atuam no setor entre si ou agentes econômicos e consumidores, exercendo, nestes últimos casos a função decisória como um árbitro.

Quanto à atividade normativa, em que pese a doutrina caminhe no sentido de afirmar a existência de um poder normativo, considerando que é da essência da noção de ente regulador a possibilidade de atuação por meio de tal atribuição, e muito embora todas as leis que organizaram agências reguladoras lhes tenham conferido funções normativas de largo alcance, a questão, em face do direito constitucional, desperta polêmica.<sup>54</sup>

A dificuldade reside no fato de que, embora para alguns autores se possa considerar que a lei atribui um espaço discricionário às agências reguladoras, para outros há verdadeira delegação de funções do Legislativo para as mesmas, que passam a ter competência para disciplinar certas questões. Destarte, segundo este entendimento, resta delineado um confronto das disposições oriundas das agências com o Princípio da Legalidade que, muito embora venha sofrendo mudanças em sua teorização para mais bem se adequar às novas relações entre os poderes, permanece sendo importante garantia individual, que goza de sede constitucional (art. 5º, II, da Constituição Federal).

---

<sup>53</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* out. 2002, p. 8-12.

<sup>54</sup> SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Op. cit.* 2002, p. 342.

## 4 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A FUNÇÃO NORMATIVA

### 4.1 Breve noção de princípio

Os princípios, assim como as regras, são espécie de normas jurídicas. Enquanto as regras jurídicas são aplicáveis de modo absoluto, não comportando exceções, os princípios, enunciados mais amplos e abstratos que as regras, possuem uma dimensão – a dimensão do peso ou importância, o que não ocorre nas regras jurídicas<sup>55</sup>.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>56</sup>, outra distinção entre princípios e regras reside nas múltiplas funções que os princípios exercem no ordenamento jurídico. Para o autor, os princípios têm uma função axiológica, delineando os valores que orientam um dado sistema, bem como sua interpretação e aplicação; uma função teleológica, orientando a ordem jurídica em direção às finalidades almejadas; uma função sistêmica, conferindo ordem e coerência a toda a ordem jurídica; uma função integrativa, preenchendo as lacunas deixadas pelas regras, de modo a garantir consistência ao ordenamento; uma função nomogenética, através da qual se reproduzem em outros princípios derivados ou em normas de maior densidade contudística; uma função irradiante, informando os princípios que lhes são derivados e o ordenamento como um todo; uma função provocativa, ensejando a elaboração dos preceitos que encerrarão seus valores e os atos que concretizarão seus comandos; uma função inibidora, obstando a produção de normas e atos concretos que violem seu conteúdo e eficácia; uma função limitativa, que impede parcialmente a produção de preceitos ou a prática de atos que interfiram em seu conteúdo ou restrinjam a sua eficácia.

Pela abstração semântica com que são formulados, os princípios podem conferir unidade ao sistema jurídico, permeando todas as demais normas jurídicas e se constituindo como importante elemento de interpretação e integração do Direito<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> Este o ensinamento de Eros Roberto Grau sintetizando as lições de Dworkin que encontramos em ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.* 2004, p. 126.

<sup>56</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Princípios da licitação. **Boletim de Licitações e Contratos - BLC**. São Paulo: NDJ, n. 9, 1995.

<sup>57</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.* 2004, p. 127.

Para Luís Roberto Barroso<sup>58</sup>, os princípios constitucionais, por não possuírem o mesmo espectro de atuação, variando a sua amplitude e influência, podem ser classificados em princípios fundamentais, setoriais e gerais.

Os princípios fundamentais refletem decisões políticas estruturais do Estado, correspondendo aos princípios constitucionais de organização, como os princípios democrático e republicano.

Os princípios setoriais ou especiais atuam sobre um grupo específico de normas afetas a determinado tema, título ou capítulo da Constituição, como os princípios da função social da propriedade e da livre iniciativa.

Já os princípios gerais são definidores de direitos, informando todo o modo de agir da Administração Pública e limitando a atuação do Estado frente aos indivíduos, podendo-se destacar, dentre eles, os princípios do devido processo legal e da legalidade.

## 4.2 O Princípio da Legalidade

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>59</sup>, muito embora desde a Antigüidade a lei tenha desempenhado importante papel, o princípio da legalidade, tal como entendido hoje, surgiu apenas com o Estado de Direito, instaurado na segunda etapa do Estado Moderno, dentro da idéia de limitação do poder do soberano com vistas à proteção das liberdades dos particulares.

No período liberal, em que o papel do Estado era o de proteger a propriedade e a liberdade dos indivíduos, era indispensável submeter a Administração Pública à lei, pelo que não se reconhecia ao Poder Executivo o poder de baixar atos normativos, atribuição que competia apenas ao Poder Legislativo, sendo proibida a sua delegação. O poder era exercido de forma legítima tão-somente quando resultasse da lei.

Contudo, o princípio da legalidade tinha um sentido bem restrito, posto que seu objetivo era apenas o de proteger a liberdade e a propriedade, não abarcando o que não dissesse respeito aos direitos dos cidadãos. Desta forma, restava amplo o espaço discricionário da Administração Pública. A discricionariedade era vista como poder político,

---

<sup>58</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 144-149.

<sup>59</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.* 2004, p. 30-41.

vez que não limitada pela lei. Esta feição restrita do princípio da legalidade, assemelhada ao princípio da autonomia da vontade que rege as relações entre particulares, ficou conhecida como “doutrina da vinculação negativa da Administração Pública”.

Em fins do século XIX, em virtude das conseqüências nefastas que produziu na ordem social, foram deflagradas reações contra o liberalismo, que podem ser divididas em dois tipos de posicionamentos: um posicionamento, em franca oposição ao liberalismo, pautado na negação dos direitos individuais, deu origem a doutrinas como o nazismo, o fascismo e o comunismo; outro, calcado em um Estado que, ampliando os direitos individuais para abranger os direitos sociais e econômicos, atribuiu ao próprio Estado um papel mais ativo, que exige intervenção na ordem econômica e social, visando assegurar a igualdade entre os cidadãos, deu origem ao Estado de Direito.

Neste período intervencionista, do Estado de Direito Social, o acréscimo das funções a cargo do Estado acarretou o conseqüente crescimento do aparelhamento administrativo e o fortalecimento do Poder Executivo, que passou a deter o poder de baixar regulamento autônomo ou medida provisória ou decreto-lei ou, ainda, o poder de participar do processo de elaboração de leis em decorrência da função normativa que lhe foi atribuída.

No que tange ao princípio da legalidade, se por um lado a lei perdia o prestígio de outrora, seja porque se desvinculara da idéia de justiça, seja porque perdera o caráter de generalidade e abstração pela atuação de grupos de pressão, como os partidos políticos, seja pela multiplicação de leis, gerando instabilidade ao direito, passando a ser considerada em seu aspecto puramente formal, e não mais como um instrumento de garantia dos direitos individuais, por outro lado, emergia a doutrina da vinculação positiva da Administração, dando novo sentido ao princípio da legalidade, que passou a significar que a Administração só podia fazer o que a lei permitisse. A legalidade, então, passava a abranger os atos normativos editados pelo Poder Executivo com força de lei.

O período do Estado Democrático de Direito teve início com o despontar de duas idéias no curso da evolução do Estado de Direito Social. Tais idéias foram (i) a de participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública e no processo de elaboração das leis e (ii) a de justiça material.

Pelo conceito de justiça material, a lei deve ser vista não apenas em seu sentido formal, mas em seu conteúdo material, razão pela qual ganham força obrigatória os valores e princípios previstos expressa ou implicitamente no ordenamento jurídico-constitucional, como

os princípios da economicidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, motivação, razoabilidade, devido processo legal. A consequência foi a nova ampliação do princípio da legalidade, que passou a abarcar não apenas as leis e atos normativos do Poder Executivo com força de lei, mas também os valores e princípios contidos expressa ou implicitamente na Constituição. A lei, assim, retomou seu conteúdo axiológico e a ampliação do seu escopo acarretou a proporcional redução da discricionariedade administrativa.

Para alguns, estamos vivendo o período pós-moderno; para outros, o neoliberal. Em que pese não haver consenso neste particular, o ponto que parece ser pacífico é de que a fase é de transição, de busca de uma Reforma do Estado como resposta ao fenômeno da globalização e à crise financeira de âmbito mundial, que ainda deixam sem solução necessidades e anseios importantes da sociedade.

O princípio da legalidade, insculpido no inciso II do art. 5º da Constituição Federal, preceitua que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, o que constitui importante garantia individual face aos eventuais arbítrios e excessos do Estado, visto que toda a atividade estatal fica sujeita à lei.

Carlos Roberto Siqueira Castro<sup>60</sup> afirma que, de acordo com o postulado da legalidade, que informa e subordina todas as expressões de atuação do Estado, este só pode agir, romper a inércia a que o referido princípio lhe submete, se autorizado por lei e nos estritos parâmetros do permissivo legal, uma vez que, com a institucionalização do poder político sob a égide de uma Constituição organizadora da comunidade nacional, transmuda-se o mesmo em poder jurídico, em atribuição *secundum legem*, o que significa dizer de acordo com a competência legal, cujos limites e condições de exercício são traçados na Lei Magna e nas normas inferiores editadas segundo aquela.

Para o autor, a grande virtude do princípio da legalidade é juridicizar globalmente as relações entre Estado e administrados, de forma a eliminar quaisquer incertezas insuscetíveis de suprimento exegético acerca da validade das ações e omissões de entes públicos e privados, e a traçar com razoável clareza a linha demarcatória entre os campos da liberdade e de sujeição aos ditames estatais.

Constitui o princípio da legalidade, portanto, a primeira das limitações constitucionais ao poder estatal de disciplinar, com vistas ao bem comum, o exercício das liberdades

---

<sup>60</sup> SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Coord.) **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, p. 25-73, 2006.

humanas, servindo como instrumento pelo qual se atribui ao poder público condicionar a atuação das autonomias individuais e coletivas.

Para José Afonso da Silva<sup>61</sup>, numa leitura tradicional do princípio, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, a “lei” é entendida como expressão da vontade geral, que se materializa num regime de separação de poderes no qual ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, conforme o processo legislativo estabelecido na Constituição.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>62</sup>, que coaduna do entendimento tradicional do princípio em comento,

O texto Constitucional brasileiro, em seu art. 5º, II, expressamente estatui que ‘Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’. Note-se que o preceptivo não diz ‘decreto’, ‘regulamento’, ‘portaria’, ‘resolução’ ou quejandos. Exige lei para que o Poder Público possa impor obrigações aos administrados. É que a Constituição brasileira, seguindo tradição já antiga, firmada por suas antecedentes republicanas, não quis tolerar que o Executivo, valendo-se de regulamento, pudesse, por si mesmo, interferir com a liberdade ou a propriedade das pessoas.

Carlos Roberto Siqueira Castro<sup>63</sup> ressalta que, com relação ao vocábulo lei, há de se entender não mais necessariamente a lei formal, dita ordinária, elaborada pelas Casas Legislativas de representação popular; por isso, atualmente, já se confere aptidão a outras modalidades de atos normativos, sejam eles equiparados à lei formal, sejam a elas inferiores, mas editados com base nela, para disciplinar o exercício das autonomias individuais, desde que observado o núcleo fundamental das liberdades primárias tuteladas no texto constitucional.

Para o autor, na origem, a idéia de Estado de Direito coincidia com o Estado de Direito legislado, ou Estado de lei. Contudo, considerando o declínio parlamentar experimentado ao longo do século XX, sobretudo após a primeira guerra mundial, é de se ver que, se não a letra expressa das constituições, a mentalidade constitucional passou a autorizar, ou ao menos tolerar, a delegação e o exercício do poder legiferante por órgãos e agentes, públicos e privados, estranhos aos quadros das assembléias representativas da soberania popular. Eis que

<sup>61</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 421.

<sup>62</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 297.

<sup>63</sup> SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *Op. cit.* p. 47.

o eixo das decisões regulatórias no Estado-Providência deslocou-se, principalmente, para estruturas multiformes do Poder Executivo, como as agências reguladoras, e até para instâncias formais e informais da sociedade civil.

Destarte, tornou-se costumeiro nos regimes constitucionais atuais a tolerância para com o regramento das liberdades individuais e coletivas por outras espécies de atos normativos, sejam eles, como já se disse, equiparados à lei propriamente dita, posto que de conformidade com o processo legislativo previsto nas constituições, ou inferiores à lei formal, mas editados com base nela, uma vez respeitados os aspectos fundamentais dos direitos assegurados nos textos constitucionais.

No mesmo sentido entendem Marcos Juruena Villela Souto e Arnaldo Wald. Marcos Juruena Villela Souto<sup>64</sup> leciona que a expressão “em virtude de lei” não implica que apenas a lei seja fonte de obrigações. Para o autor, dentro de um marco regulatório, as agências reguladoras atuam especialmente pela edição de normas que explicitam conceitos jurídicos indeterminados dentro de cada setor regulado e orientam a atuação dos agentes econômicos no mercado com vistas ao atendimento do interesse público.

Na lição de Arnaldo Wald<sup>65</sup>, quando o constituinte determinou que somente em virtude de lei as pessoas podem ser obrigadas a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, o fez por entender que a obrigação poderia emanar do legislador direta ou indiretamente, o que abrange as determinações das autoridades competentes em decorrência dos poderes que lhes foram conferidos pela lei.

Segundo Alexandre Santos de Aragão<sup>66</sup>, é importante destacar que o império da lei, objetivo do liberalismo do século XVIII, nunca foi atingido. A incompletude da lei acarretou, tanto na seara do direito privado quanto no âmbito do direito público, uma progressiva construção jurisprudencial, responsável pela criação de vários institutos jurídicos, como a Teoria da Imprevisão e, em relação à atividade administrativa, a concessão de poderes normativos à Administração Pública para o estabelecimento de normas gerais e abstratas.

Isto porque, como leciona o autor, a complexidade das sociedades modernas, dadas as transformações no modo de produção capitalista, a crescente rapidez da circulação do capital financeiro e a globalização da economia, levou o legislador a elaborar regulamentações

---

<sup>64</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op. cit.* 2005, p. 184.

<sup>65</sup> WALD, Arnaldo. O direito da regulação, os contratos de longo prazo e o equilíbrio econômico-financeiro. **Revista Forense**. n. 389, jan./fev. 2007, p. 20.

<sup>66</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.* 2001, p. 16.

especiais destinadas a determinados setores da sociedade ou a certas relações jurídicas. Posteriormente, reconheceu-se que não bastava a edição de leis especiais pelo Poder Legislativo, impondo-se a especialização das fontes do Direito e dos respectivos órgãos emanadores. O Poder Legislativo, essencialmente político e atuando mediante procedimentos lentos, viu-se incapaz de lidar com a complexidade, pluralidade, dinamismo e tecnicismo das matérias que demandavam a sua atuação. Destarte, emergiu a necessidade de se distinguir, no âmbito da competência normativa, as matérias que exigem escolhas político-administrativas e as matérias em que devem predominar as escolhas técnicas.<sup>67</sup>

Nas palavras de Carlos Roberto Siqueira Castro<sup>68</sup>, a difusão orgânico-normativa do Estado e da sociedade contemporâneas acentua a tendência em prol do pluralismo jurídico como instrumento de regulação da vida pós-moderna, de que são protagonistas, ao lado da presença primária das Assembléias Legislativas, os mais diversos representantes de outras instâncias do Poder Público, como, no caso, as agências reguladoras, e da sociedade civil, não raro atuando em conjunto e coordenadamente.

Outrossim, em virtude da necessidade moderna de agilidade nas ações estatais e pela relação cada vez mais próxima entre ação estatal e conhecimentos técnicos especializados, temos assistido ao aumento da produção de diplomas normativos de conteúdo concreto, com o conseqüente crescimento da função normativa atribuída ao Poder Executivo, o que acabou por exigir uma nova leitura do princípio da legalidade.

Na lição de Alexandre Santos de Aragão<sup>69</sup>, há que se ter em conta que, independentemente de qual seja o Poder ou a entidade emanadora, as normas jurídicas devem, em qualquer hipótese, atender ao devido processo legal e visar à efetivação dos valores constitucionais.

---

<sup>67</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.* 2004, p. 379-380.

<sup>68</sup> SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *Op. cit.* p. 51.

<sup>69</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.* 2001, p. 18.

### 4.3 Controvérsias acerca da função normativa das agências reguladoras face ao princípio da legalidade

De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>70</sup> e José dos Santos Carvalho Filho<sup>71</sup>, dentre os aspectos mais polêmicos no debate referente à função normativa das agências reguladoras destacam-se sua compatibilidade com a doutrina da separação dos poderes e sua legitimidade na edição de normas gerais sobre o setor regulado no contexto de democracia em face dos atuais parâmetros constitucionais.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

(...) se a Constituição estabelece que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si o Legislativo, o Executivo e o Judiciário; se ela dedica um capítulo para cada Poder, definindo as respectivas atribuições; se estabelece quais as hipóteses em que o Poder Executivo edita atos normativos (medidas provisórias, leis delegadas, regulamentos), é porque a própria Constituição definiu os limites e as condições em que a independência e harmonia são exercidas. **Qualquer outra hipótese de exercício de função de um poder por outro fere o princípio da separação de poderes.**<sup>72</sup> (grifou-se)

No modelo clássico da separação de poderes de Montesquieu, os poderes executivo, legislativo e judiciário encontram-se nitidamente separados e independentes entre si, exercendo cada um apenas a sua função típica, de forma a garantir a liberdade dos cidadãos e a eficiência das instituições políticas<sup>73</sup>.

Contudo, conforme leciona Alexandre Santos de Aragão<sup>74</sup>, é de se observar que a referida doutrina foi objeto de interpretações radicais e absolutas sequer contempladas por seu próprio autor e, ainda, que nunca foi aplicada em sua inteireza.

Ademais, há que se considerar que a clássica teoria de Montesquieu, segundo a qual cada órgão deve limitar-se a exercer apenas uma das três funções estatais, a sua função típica, não mais corresponde à realidade juspolítica do mundo atual.

<sup>70</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.* p. 146-166.

<sup>71</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agência reguladora e poder normativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Coord.) **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 82.

<sup>72</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.* 2004, p. 44.

<sup>73</sup> MENEZES, Roberta Frago de Medeiros. *Op. cit.* 2002, p. 59.

<sup>74</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.* 2001, p. 11.

É bem de ver que o entendimento de qualquer doutrina deve ser feito à luz da história, considerando as circunstâncias políticas de cada Estado em cada época, sob pena de se tornar obsoleta.

Segundo Karl Loewenstein,

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. (...) **o princípio da necessária separação das funções estatais segundo seus diversos elementos substanciais e sua distribuição entre diferentes detentores, não é nem essencial para o exercício do poder político, nem se apresenta como uma verdade evidente e válida para todo tempo.**<sup>75</sup> (grifou-se)

Para Gérard Timsit, o apego a antigos e ultrapassados dogmas do Estado inviabiliza qualquer elaboração teórica consistente a respeito das entidades reguladoras independentes. Aduz o autor que

(...) o problema, em um Estado que desejamos se mantenha como um Estado de Direito, não é o de absorver ou excluir, de alinhar ou de refutar estas novas instâncias ou instituições. **O problema é antes de inventar novas formas e técnicas de controle sobre os novos tipos de autoridade.**<sup>76</sup> (grifou-se)

Outrossim, a complexidade das funções a serem desempenhadas pelo Estado atual nem sempre podem ser incluídas unicamente em uma das três funções tradicionais. Esta a lição de Alexandre Santos de Aragão, que afirma que

O Princípio da Separação dos Poderes não pode levar à assertiva de que cada um dos respectivos órgãos exercerá necessariamente apenas uma das três funções tradicionalmente consideradas – legislativa, executiva e judicial. E mais, dele também **não se pode inferir que todas as funções do Estado devam sempre se subsumir a uma destas espécies classificatórias.**<sup>77</sup> (grifou-se)

<sup>75</sup> Karl Loewenstein *apud* Alexandre Santos de Aragão in ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal.** Brasília, ano 37, nº 148, out./dez. 2000, p. 281. Do mesmo modo in ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.* 2001, p. 11, e ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.* 2004, p. 372-373.

<sup>76</sup> Gérard Timsit *apud* Alexandre Santos de Aragão in ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e agências executivas. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, n. 228, p. 118, abr./mai./jun. 2002. Também in ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.* 2004, p. 378.

<sup>77</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.* 2004, p. 372.

No mesmo sentido se posiciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>78</sup>, que sustenta que o modelo das agências reguladoras é compatível com o princípio da separação de poderes. Para este autor, em vez de se analisar a questão pelo prisma da clássica teoria da separação dos três poderes estatais, deve-se lançar mão do conceito de separação de funções estatais, que podem ser exercidas pelos diferentes órgãos estatais com relativa independência, mas de forma limitada, restrita às funções essenciais estabelecidas em lei.

Assim, na lição dos referidos autores, se o que a doutrina da separação dos poderes visa proteger, na verdade, é a separação das funções por diferentes órgãos do Estado, visto que o poder estatal é uno, fundado na soberania popular, o atendimento atual deste princípio é feito na medida em que os diferentes órgãos estatais exercem as funções com relativa independência, mas de forma limitada, jungida às suas funções essenciais, que lhes são legalmente atribuídas.

Destarte, pode-se concluir pela compatibilidade dos entes reguladores com o princípio da separação dos poderes. Nas palavras de Alexandre Santos de Aragão<sup>79</sup>, as competências complexas das quais as agências reguladoras independentes são dotadas fortalecem o Estado de Direito, pois retiram do emaranhado das lutas políticas a regulação de importantes atividades sociais e econômicas, atenuando a concentração de poderes na Administração Pública central, com melhor proveito da separação de poderes e novos controles sociais sobre os aparelhos estatais, numa afirmação da democracia, com garantia da segurança jurídica, da proteção da coletividade e dos indivíduos empreendedores de atividades.

No que pertine à relação específica entre as agências reguladoras e os três poderes, há autonomia, em maior ou menor grau, desses entes frente a todos os poderes, sendo mais sensível em relação ao Poder Executivo, em virtude dos pontos de contato. O Poder Executivo nomeia os dirigentes dessas autarquias especiais e o Poder Judiciário exerce controle sobre a razoabilidade e a observância do devido processo legal no que tange às decisões das agências. O Poder Legislativo conserva o poder de criar e extinguir as agências por lei específica, além de fixar os parâmetros legais dentro dos quais a atividade regulatória deve operar.

Consoante José dos Santos Carvalho Filho, é de se reconhecer que, muito embora a atuação desses órgãos reguladores não se situe dentro dos padrões clássicos de atuação de

---

<sup>78</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.* p. 146-166.

<sup>79</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 375-376.

órgão administrativo no exercício do poder normativo, não traduzem tais órgãos revolução no sistema tradicional, sendo mero resultado de uma evolução natural no processo atribuído ao Estado de gestão dos interesses coletivos.

Não há total inovação na ordem jurídica com a edição dos atos regulatórios das agências. Na verdade, foram as próprias leis disciplinadoras da regulação que, como visto, transferiram alguns vetores, de ordem técnica, para normatização pelas entidades especiais – fato que os especialistas têm denominado de ‘deslegalização’ (...). Resulta, pois, que **tal atividade não retrata qualquer vestígio de usurpação da função legislativa pela Administração, pois que poder normativo – já o acentuamos – não é poder de legislar**: tanto pode existir este sem aquele, como aquele sem este. É nesse aspecto que deve centrar-se a análise do tema<sup>80</sup>. (grifou-se)

Como salienta Antônio Carlos Cintra do Amaral<sup>81</sup>, a função atribuída às agências é técnica. A formulação da política geral para os setores regulados deve ser efetuada por leis e regulamentos, cabendo às agências, conforme o tipo de atribuição que exerçam, celebrar contratos de concessão, regular e fiscalizar o cumprimento dos contratos na conformidade das leis e regulamentos vigentes, dentre outras atribuições.

Neste particular, impende destacar a lição supra de José dos Santos Carvalho Filho de que a função normativa conferida às agências reguladoras difere da função legislativa exercida pelo Poder Legislativo. As normas reguladoras têm seu conteúdo limitado pela técnica, não podendo inovar no que tange aos direitos dos administrados, matéria tratada nas normas legais produzidas pelo legislador.

No que se refere ao aspecto controvertido na doutrina da legitimidade da atribuição de editar normas gerais sobre o setor regulado no contexto de democracia, a crítica reside no fato de que o poder regulatório, que abrange o poder normativo, vem sendo exercido por agentes que não possuem investidura política democrática, a exemplo do que ocorre com os membros do poder legislativo, eleitos democraticamente pelo povo, titular do poder nos termos do parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal.

A crítica é de que a seleção dos diretores e conselheiros é pautada no critério técnico, voltada para a eficiência no desempenho das funções próprias das agências, por entender que a mesma se revela incompatível com a adoção do critério de eleição, utilizado para a escolha dos representantes políticos.

---

<sup>80</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.* p. 83.

<sup>81</sup> AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Op. cit.* 2003, p. 1 a 3.

O argumento apresentado como contraponto à crítica supra é de que as funções desempenhadas pelas agências reguladoras são administrativas e não políticas, o que as caracteriza como órgãos administrativos, mas a nomeação dos dirigentes é um processo político, fruto de um processo legislativo democraticamente votado pelos representantes da sociedade.

Os diplomas legais instituidores das agências reguladoras em âmbito federal preceituam, em geral, que o Presidente da República, nomeará os diretores e conselheiros, atendidos os requisitos da nacionalidade brasileira, reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos. com aprovação do Senado Federal. Outrossim, a atividade dos entes reguladores é submetida ao controle da sociedade. Há, portanto, para Marcos Juruena Villela Souto<sup>82</sup>, um processo político que garante o atendimento do princípio da legitimidade.

Ademais, muito embora a norma reguladora seja elaborada por agentes que não possuem investidura política, o incentivo à participação popular, nas audiências públicas e consultas públicas realizadas<sup>83</sup>, ou através de outros mecanismos de participação democrática, como a instalação de ouvidorias e conselhos consultivos, contribuirá para se conferir legitimidade democrática às decisões tomadas. O plano de legitimação deixa de ser político para ser social.

Outra questão que merece ser destacada, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>84</sup>, é a relativa à fundamentação da função reguladora das agências, não se encontrando uniformidade de entendimentos na doutrina brasileira. Dentre os principais argumentos utilizados pelos autores para a fundamentação podem ser apontados o exercício, pelas agências, de poder regulamentar delegado por lei, a possibilidade de as agências editarem regulamentos autônomos, a deslegalização.

Ainda segundo a autora, acrescente-se à questão supra a existência de incertezas quanto aos limites da função reguladora das agências no que tange ao estabelecimento de regras. Se por um lado há a necessidade de se reconhecer o poder normativo destes órgãos e

<sup>82</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. Extensão do poder normativo das agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Coord.) **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 125-142.

<sup>83</sup> Segundo Gustavo Binenbojm, a audiência e a consulta públicas têm a mesma função – viabilizar a participação popular; a diferença é que a primeira consiste em uma sessão com data e hora marcada a qual os interessados comparecem pessoal e conjuntamente e na segunda há o envio de sugestões para a agência de forma individualizada e durante um período determinado. In BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.* p. 161.

<sup>84</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.* 2004, p. 41.

entidades reguladoras com fundamento na especialização e na discricionariedade técnica que justificaram a sua criação, por outro lado há o argumento de que a Constituição Federal definiu exaustivamente as competências normativas, sem deixar espaço para entidades que não as expressamente elencadas.

De acordo com Sérgio Guerra<sup>85</sup>, há uma corrente doutrinária que entende que as leis disciplinadoras do modelo regulatório brasileiro, além de afrontarem o princípio da separação de poderes, argumento este já analisado no presente trabalho, denotam a inconstitucionalidade do modelo regulatório brasileiro. Isto porque, segundo tal corrente, somente poderiam ser reconhecidas funções reguladoras às agências reguladoras previstas no texto constitucional. A Constituição Federal traz previsão expressa de órgãos reguladores apenas para os setores de telecomunicações (art. 21, XI, com redação dada pela EC 8/95) e de petróleo (art. 177, § 2º, III, com redação dada pela EC 9/95); daí alguns autores, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>86</sup>, entenderem não haver fundamento para a presunção da outorga de competência normativa a órgãos e entidades não previstos no texto constitucional.

Segundo Mauro Hiane de Moura<sup>87</sup>, há quem fundamente o poder normativo das agências reguladoras no poder regulamentar da Administração Pública. Sob este argumento, o poder normativo das agências reguladoras seria apenas uma manifestação do poder regulamentar atribuído ao Chefe do Poder Executivo por meio da Constituição Federal. Tal poder seria exercido pelas agências diante de conceitos definidos em lei pelo mecanismo da discricionariedade administrativa, estando sujeito aos controles tipicamente impostos a qualquer ato administrativo.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>88</sup> critica este argumento ao afirmar que a Constituição outorgou o poder regulamentar como competência indelegável e com exclusividade ao Chefe do Poder Executivo e que mesmo as agências reguladoras previstas no texto da Carta Magna só podem baixar normas com observância à hierarquia das normas. Aduz, ainda, que o poder regulamentar não poderia ser outorgado mediante lei, na medida em que o legislador ordinário, não sendo o titular do poder regulamentar, não pode outorgar mais poderes do que tem.

---

<sup>85</sup> GUERRA, Sérgio. *Op. cit.* 2006, p.168-207.

<sup>86</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.* 2004, p. 43.

<sup>87</sup> MOURA, Mauro Hiane de. O poder normativo e a autonomia das agências reguladoras. In: **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, n. 246, set./out./nov./dez., 2007.

<sup>88</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.* 2004, p. 44.

Apona, ainda, Mauro Hiane de Moura<sup>89</sup>, como argumento para fundamentar o poder normativo das agências reguladoras, que as modificações sociais e a dinamicidade das exigências de nosso tempo devem acarretar o reconhecimento ao Poder Executivo do poder de editar regulamentos autônomos, pelo qual o mesmo, bem como as agências, poderiam dispor de modo originário e inovador sobre matérias ainda não reguladas por lei.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>90</sup>, aceitar tal argumento, todavia, seria admitir que tais entes exercem poder maior que aquele exercido pelo Chefe do Poder Executivo, visto que a hipótese de regulamento autônomo em nosso direito é a prevista no inciso VI do art. 84 da Constituição Federal, com as limitações que se apresentam no texto. No que se refere ao fundamento ser o fato de as agências reguladoras poderem baixar regulamentos, entende a autora que tal possibilidade é de difícil aceitação em nosso direito, pois tais matérias constituem reserva de lei.

Para Marcos Juruena Villela Souto<sup>91</sup>, que possui entendimento diverso da referida autora, a função normativa envolve a regulamentação das leis e a edição de atos normativos inferiores.

A função regulamentar, prevista no art. 84, IV, da Constituição Federal, é exercida privativamente pelo Chefe do Poder Executivo através da expedição de decretos, que detalham as normas, objetivando orientar a Administração e os administrados na execução das leis.

Muito embora reste afastada, no direito brasileiro, a edição de regulamentos autônomos, inclusive pelos agentes reguladores tendo em vista que a Constituição preceitua que os regulamentos se destinam à fiel execução das leis, não há que se confundir as normas regulatórias e os regulamentos autônomos; estes emanam de autoridade política, sem compromisso de neutralidade, enquanto aquelas traçam conceitos técnicos, desvinculados de valoração política.

De acordo com Marcos Juruena Villela Souto<sup>92</sup>, há que se observar que as funções regulamentar e regulatória não se confundem, sendo esta mais ampla que a simples edição de normas técnicas<sup>93</sup>.

---

<sup>89</sup> MOURA, Mauro Hiane de. *Op. cit.* p. 230.

<sup>90</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.* 2004, p. 44-45.

<sup>91</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op. cit.* 2005, p. 26-30.

<sup>92</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op. cit.* 2005, p. 29.

Regulação é função executiva e não legislativa; destarte, legislar não é regular e a regulação não representa uma delegação de função legislativa. O fundamento constitucional da função regulamentar é o art. 84, IV, da Constituição Federal, enquanto o fundamento da função reguladora reside no art. 174 da Carta Magna.

Registra o autor supra que a agência reguladora constitui apenas uma estrutura para o exercício da regulação e que a sede constitucional não foi atribuída às agências, mas à segmentação de mercados específicos. Assim, ainda que a existência de entidades reguladoras nos setores de telecomunicações e petróleo tenha sido uma imposição constitucional, não há vedação a que sejam criados outros órgãos ou entidades reguladoras, com competências regulatórias, em outros setores da economia. Neste diapasão, ficou a critério do legislador ordinário, no exercício da discricionariedade legislativa, decidir pela criação de novas agências.

Também para José Maria Pinheiro Madeira<sup>94</sup> a atividade regulatória não se confunde com a atividade regulamentar, pois, enquanto a primeira é conferida no Brasil às agências reguladoras por lei, a atividade regulamentar é, por força de imperativo constitucional, privativa do Chefe do Poder Executivo.

Para José dos Santos Carvalho Filho<sup>95</sup>, regulação é um conceito econômico e regulamentação é um conceito jurídico, político. Regulamentar é complementar, especificar, pressupondo norma hierarquicamente superior suscetível de complementação. Já regulação, com sentido mais amplo, significa disciplinar, normatizar, e não exige complementação de outra norma. Assim, pode-se dizer que toda função regulamentadora se caracteriza como regulação, mas nem sempre a função reguladora objetiva a regulamentação.

No que pertine à função normativa, ressalta Marcos Juruena Villela Souto<sup>96</sup> que, enquanto o chefe do Poder Executivo edita decreto, as demais autoridades editam portarias, resoluções, instruções. Os demais atos normativos são editados pelos auxiliares diretos do Chefe do Poder Executivo e autoridades administrativas visando à execução das leis e regulamentos no âmbito de cada esfera de competências.

---

<sup>93</sup> No mesmo sentido Arnoldo Wald, para quem o direito da regulação não se confunde com a regulamentação, pois a agência não regulamenta a lei, mas estabelece normas próprias para o funcionamento dos serviços regulados. *In* WALD, Arnoldo. *Op. cit.* p. 19.

<sup>94</sup> José Maria Pinheiro Madeira *apud* CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.* p. 84.

<sup>95</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.* p. 85.

<sup>96</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op. cit.* 2005, p. 29.

Destaque-se que a função normativa se submete ao princípio da legalidade administrativa, não podendo inovar naquilo que a Constituição reservou à lei, em observância ao princípio da reserva legal, podendo os atos dela decorrentes ser controlados pelos demais poderes do Estado e pela própria Administração.

Quanto ao fundamento do poder normativo das agências reguladoras ser a deslegalização, entende Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>97</sup> que tal argumento só poderia ser aceito se a retirada da matéria da competência legislativa fosse operada pela própria Constituição, e não mediante lei ordinária.

Diversamente, para Marcos Juruena Villela Souto<sup>98</sup>, o que se tem é a existência de matérias sob domínio legal e outras que podem ser tratadas em atos inferiores, o que configura a deslegalização.

Para o autor, o legislador primário não tem condições de tecer minúcias normativas, principalmente sobre aspectos técnicos; assim, na regulação de atividades econômicas e serviços públicos delegados pelo Estado, a estrutura das normas editadas pelo Parlamento deve ter um aspecto geral, com conceitos técnicos indeterminados, atribuindo certa parcela de escolha ao ente regulador.

O legislador atribui à agência a competência para desenvolver a lei, existindo liberdade para a agência no cumprimento da mesma. A norma regulatória, portanto, não tem o condão de revogar uma lei, seja do ponto de vista material ou do ponto de vista formal. A lei pode traçar novo marco regulatório, possibilitando que padrões técnicos e financeiros considerados na norma legal anterior sejam substituídos por novos padrões instituídos pela norma reguladora, mas o centro de decisão política não se desloca do legislador para o regulador.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>99</sup>, as normas legais tradicionais resultam de opções políticas abstratas, e definem um interesse público específico que deve prevalecer na relação administrativa com generalidade, sendo, assim, aplicadas direta e concretamente pelo método de subsunção. O enunciado da norma legal tradicional preceitua um comportamento imposto pelo Poder Público como o único compatível com o interesse público específico por ela tutelado.

---

<sup>97</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.* 2004, p. 45.

<sup>98</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op. cit.* 2005, p. 40-46.

<sup>99</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.* 2003, p. 114.

Já as normas reguladoras são opções administrativas abstratas formuladas com densidade técnica para incidência sobre específicas relações interprivadas críticas previamente deslegalizadas, que visam a equilibrar interesses e valores em concorrência, o que é possível através do método da ponderação. O enunciado da norma reguladora prescreve uma situação de equilíbrio a ser alcançada ou mantida entre tais interesses e valores. Assim, o interesse público é considerado ponderadamente, juntamente com outros interesses protegidos pela ordem jurídica.

Para o referido autor, as normas reguladoras surgem como espécie normativa *sui generis*, distinta das normas legais tradicionais comuns ao Direito Administrativo, na medida em que não preceituam condutas, mas resultados a serem atingidos com eficiência, harmonizando interesses e valores em concorrência, que se embatem em setores críticos das relações interprivadas.

Nesse sentido, a necessidade da predominância das escolhas técnicas para o equilíbrio de tais interesses e valores acarretou o desenvolvimento das delegações legislativas.

Há três espécies básicas de delegação legislativa, quais sejam, a delegação receptícia, a delegação remissiva ou remissão e a deslegalização<sup>100</sup>.

A delegação receptícia consiste na transferência da função legislativa ao Poder Executivo para a produção de normas com força de lei, nos limites fixados no ato de delegação.

A delegação remissiva ou remissão consiste na remessa, pela lei, a uma normatividade ulterior, a ser elaborada pela Administração, sem força de lei, nos limites da delegação. Corresponde, no Direito Constitucional brasileiro, ao poder regulamentar atribuído ao chefe do Poder Executivo.

A deslegalização, ou delegificação, consiste na retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei, passando-as a outra sede normativa, qual seja, a do regulamento, com vistas à maior efetividade da norma, ressalvadas as matérias resguardadas por reserva absoluta de lei formal, pelo que a deslegalização está intrinsecamente ligada ao instituto da regulação. A lei de deslegalização abre a possibilidade a outras fontes normativas, estatais ou não, de regular a matéria deslegalizada por atos próprios. Operada a deslegalização, a produção normativa dela decorrente não se confunde com as normas regulamentares do Poder Executivo nem com as normas emanadas do Poder Legislativo,

<sup>100</sup> Neste sentido, García de Enterría *apud* Diogo de Figueiredo Moreira Neto. In MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.* 2003, p. 120.

ainda que sobre as normas reguladoras se exerça um controle político quanto a eventuais excessos.

Entende Gustavo Binjenbojm que não se pode admitir a existência, no direito brasileiro, do 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. De acordo com o autor,

Tal importaria, ao ângulo formal, a possibilidade de o legislador alterar o procedimento legislativo previsto na própria Constituição – o que é inadmissível. Estar-se-ia diante de uma delegação legislativa inominada, incompatível com a Constituição. Ao ângulo material, tal significa 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.<sup>101</sup>

Diverso é o entendimento de Alexandre Santos de Aragão<sup>102</sup>, para quem não há qualquer inconstitucionalidade na delegificação, que não se configuraria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas na adoção, pelo legislador, de uma política legislativa através da qual transfere a outra sede normativa a regulação de certa matéria. A técnica da deslegalização se limita ao plano formal de manipulação acerca do grau hierárquico.

No entendimento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>103</sup>, é a própria Constituição Federal que atribui às casas legislativas a possibilidade de dispor sobre certas matérias. Como preceitua o art. 48, da Constituição Federal, acerca das matérias que elenca, o Congresso Nacional tanto pode optar por legislar sobre elas como por manter a legislação existente, por deslegalizá-las ou por não legislar.

Para Alexandre Santos de Aragão<sup>104</sup>, a Constituição também delegifica matérias para entidades estatais e não estatais, como se pode observar no art. 217, I (em favor de entidades desportivas privadas), no art. 21, XI (em favor dos órgãos reguladores da prestação dos serviços de telecomunicações), art. 177, § 2º, III (em favor dos órgãos reguladores da exploração do petróleo, gás e hidrocarbonetos fluidos), art. 207 (em favor das universidades em geral).

---

<sup>101</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.* p. 157.

<sup>102</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.* 2004, p. 422-423.

<sup>103</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.* 2003, p. 123.

<sup>104</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.* 2001, p. 24.

Destarte, a norma reguladora deslegalizada, em que pese ser produzida por órgão que se tornou legalmente competente nos limites e com a validade que lhe for reconhecida pela norma legal deslegalizadora, não adquire a natureza jurídica de norma legal.

Entretanto, a Constituição reservou determinadas matérias para que sejam regidas exclusivamente por normas legais, impondo, assim, limites ao poder constitucional de deslegalizar. Trata-se da reserva legal estrita. São insuscetíveis de deslegalização as normas que tratam dos direitos fundamentais, aquelas para as quais está prevista a disciplina por lei complementar e por normas gerais.

Destaca Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>105</sup> que, quanto às atividades que haviam sido objeto de monopólios da União no texto original da Constituição Federal (telecomunicações, petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos), que deveriam se submeter a leis próprias e especificamente previstas, as emendas constitucionais que os flexibilizaram afastaram a impossibilidade de deslegalização, prevendo expressamente órgão e ente regulador.

#### **4.4 Limites do princípio da legalidade à função normativa das agências**

Para Sérgio Guerra<sup>106</sup>, a questão que ora se coloca, dos limites à função normativa das agências para a constitucionalidade do modelo regulatório brasileiro, deve ser analisada sob o prisma dos juízos de valoração, dos problemas cotidianos e dos anseios da sociedade, bem como da ponderação de interesses em um ambiente de segurança jurídica das relações, objetivando uma regulação razoável, proporcional e eficiente.

Assim, faz-se necessária uma abordagem doutrinária fundamentada na hermenêutica jurídica, que se refere a todo um processo de interpretação e aplicação da lei que implica a compreensão total do fenômeno que requer solução. O objetivo é que sejam enquadradas ao ordenamento jurídico-constitucional nacional as novas figuras regulatórias, com vistas à realização dos direitos subjetivos positivos dos cidadãos e às garantias fundamentais.

Tal como lecionado por Marcos Juruena Villela Souto<sup>107</sup>, a interpretação doutrinária acerca da constitucionalidade do modelo regulatório brasileiro deve partir do art. 174 da

<sup>105</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.* 2003, p. 170-177.

<sup>106</sup> GUERRA, Sérgio. *Op. cit.* 2006, p.168-207.

<sup>107</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op. cit.* 2005, p. 29.

Constituição Federal. Tal artigo dispõe que “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.” O constituinte, portanto, distinguiu a normatização da regulação, e adotou, no art. 84, IV da Constituição Federal, ao tratar da competência privativa do Presidente da República, para a execução das leis, o termo regulamentar.

Enquanto a função estatal normativa encontra-se disposta ao longo do texto constitucional, a função regulatória e seu modo de execução não foram explicitados na Constituição Federal. Os arts. 21, XI, e 177, da Constituição Federal prevêm a criação de órgãos (e não entidades) reguladores para os serviços públicos de telecomunicações e atividades monopolizadas da indústria do petróleo, mas tais disposições não constavam do texto constitucional, sendo resultado de emendas constitucionais.

Nesse diapasão, indaga-se: (i) quais seriam as razões para a não-especificação do dever de regulação previsto no art. 174 da Constituição Federal? (ii) Os constituintes teriam condições de prever algum modelo regulatório compatível com a teoria democrática e os fundamentos jurídicos e econômicos da regulação ou foi traçado um marco constitucional a ser concretizado, à luz de algum moderno método de interpretação da Constituição, pelo Poder Legislativo? (iii) Teria o legislador ordinário, respeitados os temas de iniciativa privativa do Poder Executivo, competência discricionária para deliberar acerca da concretização do modelo regulatório?

Os métodos clássicos de interpretação são insuficientes para o enfrentamento dessas questões, sendo necessária a exploração de métodos hermenêuticos, visando à superação do juspositivismo axiologicamente neutro. Para enfrentar tais questões, Sérgio Guerra<sup>108</sup> busca a contribuição de teóricos como Smend, Muller, Häberle e Alexy, que ora apresentamos<sup>109</sup>.

A Constituição Federal brasileira recebeu influência da Lei Fundamental de Bonn. A doutrina alemã do início do século XX contribuiu para a Teoria da Constituição, merecendo destaque a concepção integrativa da Constituição de Rudolf Smend. A doutrina de Smend é profundamente crítica em relação ao conteúdo da Constituição, apreciada globalmente, em seus aspectos teleológicos e materiais, parâmetros para o trabalho jurídico de interpretação. Busca-se, através da concretização das normas, uma interpretação fundada na realidade

<sup>108</sup> GUERRA, Sérgio. *Op. cit.* 2006, p.168-207.

<sup>109</sup> A contribuição dos teóricos Smend, Muller, Häberle e Alexy apresentada no presente trabalho foi buscada na obra de Sérgio Guerra *in* GUERRA, Sérgio. *Op. cit.* 2006.

cotidiana, dinâmica, com destaque para o aspecto político indispensável à integração do conteúdo material da Constituição.

A Constituição brasileira distingue as funções normativa e regulatória. A normatividade está positivada nos aspectos necessários à sua compatibilização com a teoria da democracia, enquanto a regulação está expressa num comando constitucional a ser contextualizado à luz da tópica, conforme as circunstâncias reais sujeitas à mutação constitucional. A regulação de atividades econômicas e sociais não pode ser positivada no texto constitucional, devendo ser construída de acordo com a práxis. Destarte, o modelo regulatório brasileiro deve ser considerado constitucional, uma vez que deve ser perseguida, na interpretação da Constituição, a maior eficácia possível, preservando-se a vontade da Constituição.

Friedrich Muller teorizou acerca do real papel do texto constitucional e sua contextualização pelos seus concretizadores, cuja efetivação perpassa o âmbito da norma constitucional. A metódica de Muller está ligada a um modelo dinâmico de concretização da norma constitucional, abarcando os conceitos de hermenêutica, interpretação, métodos interpretativos e metodologia propriamente dita, sendo que a hermenêutica refere-se às condições de princípio de concretização jurídica normativamente vinculada ao Direito, à teoria da estrutura da normatividade jurídica e dos pressupostos epistemológicos e de teoria do direito; a metodologia significa a totalidade das regras técnicas da interpretação no trato com normas jurídicas e a interpretação diz respeito à possibilidade do tratamento jurídico-filológico do texto. A metódica *mulleriana* concentra-se na idéia de que a norma jurídica é mais do que o seu texto, adequando-se à concretização do texto constitucional pelos Poderes Legislativo e Executivo e, no caso concreto, pelo Poder Judiciário.

Analisando o modelo regulatório brasileiro, que criou entidades reguladoras independentes responsáveis pela concretização de direitos em subsistemas nos quais a tecnicidade requer um corpo técnico e científico altamente qualificado, à luz da metódica de Muller, tem-se que o quadro técnico regulador deve deter uma pré-compreensão das questões para aprimorar as políticas públicas, compreender as aporias (dificuldade de escolher entre duas opiniões contrárias e igualmente racionais sobre um dado problema) e regular as atividades econômicas que, freqüentemente, em seu exercício, afetam direitos e garantias individuais. Tal metodologia permite maior flexibilização jurídica quando a norma infraconstitucional permitir diferentes meios de interpretação, e a Constituição é considerada norma material para identificação de conteúdo de prescrições legais ordinárias.

O modelo regulatório brasileiro se ajusta à teoria da metódica de Muller visto que o Constituinte de 1988 não teria como detalhar o padrão de regulação estatal a ser adotado pelos Poderes Legislativo e Executivo. A intervenção estatal regulatória sobre a esfera de atuação e decisão empresarial, situada no campo da livre iniciativa, se pauta em critérios técnicos e científicos visando o interesse público, devendo ponderar as conseqüências sobre o subsistema regulado e os interesses de segmentos da sociedade e o interesse individual no caso concreto.

A metódica, ao trazer para a norma os elementos da práxis, do cotidiano, justifica a presença de agências reguladoras com as funções conferidas nas leis de criação. Quanto à regulação de atividades econômicas, não se deve buscar no constitucionalismo moderno uma predeterminação qualitativa ou quantitativa do modelo a ser seguido. O texto constitucional deve ser interpretado e aplicado mediante uma teoria e uma metodologia renovadas, em constante processo de tornar-se realidade.

Peter Häberle construiu uma teoria metodológica que amplia os intérpretes da Constituição, ainda que na categoria de pré-intérpretes, incluídos o Poder Judiciário, os cidadãos e os órgãos estatais. A teoria de Häberle se ajusta ao modelo regulatório brasileiro na medida em que destaca a realidade constitucional e traz os parlamentares como intérpretes da Constituição. Destarte, diante da expressão aberta “o Estado como agente regulador” disposta no art. 174 da Constituição Federal, considera-se constitucional a interpretação dada pelo Parlamento para a eleição do modelo regulatório adotado em conformidade com a práxis. Tal pensamento constitui a Teoria da Legislação de Häberle, fundamentada na superação da fixação exclusiva da jurisdição como intérprete da Constituição aberta.

Indispensável à discussão do tema é a análise da defesa feita por Robert Alexy da sua tese dos direitos fundamentais frente às críticas de Habermas e Böckenförde e em relação aos mecanismos de ponderação de interesses à luz do princípio da proporcionalidade<sup>110</sup>.

A crítica de Habermas à teoria *alexiana* focaliza a perda da força dos direitos fundamentais em virtude de os direitos individuais virem a ser sacrificados por uma ponderação irracional orientada para fins coletivos. A crítica de Böckenförde alega que, pela teoria de Alexy, os clássicos direitos fundamentais seriam reduzidos na relação entre o Estado e o cidadão. O ordenamento jurídico estaria contido, em seu conjunto, na Constituição e o legislador perderia toda a sua autonomia, uma vez que sua atividade esgotar-se-ia na definição

---

<sup>110</sup> A análise de Alexy apresentada no presente trabalho foi buscada na obra de Sérgio Guerra *in* GUERRA, Sérgio. *Op. cit.* 2006.

do que já estaria decidido no texto constitucional, o que representaria a perda do significado do processo político democrático.

Alexy responde às críticas pelo viés metodológico da dicotomização entre a Constituição como ordem marco e a Constituição como ordem fundamental, em que são avaliados métodos de concretização da Constituição pelo legislador ordinário.

O referido autor examina o conceito da Constituição como ordem marco sob três aspectos, todos partindo de um ponto em comum: (i) a concepção da redução liberal da Constituição, sustentada por Böckenförde, mediante o retorno ao entendimento dos direitos fundamentais como clássicos direitos de defesa frente ao poder do Estado; (ii) a concepção da redução material da Constituição, pela qual Hain defende a redução dos direitos fundamentais a um *standard* mínimo; (iii) a redução metodológica da Constituição, proposta por Jestaedt, que focaliza a vontade histórica do Constituinte.

Afirma o autor, sob o enfoque da relação entre a Constituição e a Legislação, que, na ordem marco, a Constituição não contém comandos ou proibições restringindo a competência do legislador. A margem de ação do legislador seria ilimitada do ponto de vista material, sendo-lhe permitido tudo desde que se submetesse às prescrições constitucionais de competência, procedimento e forma. Esta margem de ação conferida ao legislador leva Alexy a concluir que a Constituição não se apresenta como ordem material e seu modelo puramente procedimental é incompatível com a vinculação jurídica do legislador aos direitos fundamentais. Destarte, tendo em vista que a ponderação dos direitos fundamentais não impõe limites ao legislador, tais direitos não podem constituir um marco.

Diversamente do modelo puramente procedimental, o modelo puramente material da Constituição sustenta que o texto constitucional contém um comando ou proibição para a atuação discricionária do Poder Legislativo.

Alexy defende, em prol da garantia dos direitos fundamentais, uma terceira via metodológica, pela qual se identifica na Constituição uma discricionariedade ao Poder Legislativo em determinadas matérias. Este seria o modelo material-procedimental. Para o autor, a ordem marco pode ser definida como o que é ordenado e proibido, e as questões não ordenadas nem proibidas pela Constituição podem ser confiadas à discricionariedade do legislador. A ordem fundamental, do ponto de vista quantitativo, não confere nada à discricionariedade do legislador; do ponto de vista qualitativo, disciplina alguns assuntos fundamentais para a comunidade.

De acordo com a teoria principiológica, a Constituição deve combinar a ordem marco e a ordem fundamental. Assim, a Constituição traz comandos e proibições em relação a determinadas questões, confia o disciplinamento de outras questões à discricionariedade legislativa e, em determinadas matérias consideradas relevantes e fundamentais, traz um comando com eficácia plena, sem disciplinamento pelo Poder Legislativo.

O pensamento de Alexy analisa a questão da aplicabilidade dessa metodologia à estrutura principiológica dos direitos fundamentais sob o ponto de vista da margem para a fixação dos fins, dos meios e para a ponderação.

A margem para determinação dos fins se pauta na reserva competencial de intervenção legislativa ou na apresentação de razões para a intervenção, sem que se determine a forma de intervenção. Assim, cabe ao legislador, mediante critérios de conveniência e oportunidade, decidir acerca da intervenção, bem como das razões pelas quais intervém, em determinado direito fundamental.

O legislador, ao ponderar na escolha para a concretização dos princípios constitucionais, deve buscar a máxima realização das garantias e dos direitos fundamentais em jogo. Daí o recurso à deslegalização de matérias, à separação entre a formulação de política pública e administração pública.

Da lição de Marcos Juruena Villela Souto<sup>111</sup> importa destacar que a função regulatória não se confunde com a formulação de políticas públicas. Após o processo eleitoral, a autoridade eleita recebe o poder político com as instruções de atendimento do interesse geral; este agente político formula a política pública que, para atender ao interesse geral, deve ser executada com eficiência. Neste cenário entra a atividade regulatória, expedindo diretrizes para a implementação eficiente da política pública, corrigindo suas falhas através de conceitos técnicos. A lei fixa uma política setorial e estabelece seus objetivos, a serem implementados no exercício da função regulatória. Eis aí delineado o limite da função regulatória: traduz em comandos técnicos a orientação normativa para o desenvolvimento de uma determinada política pública. Assim, há integração técnica do comando legal, que reflete uma decisão política.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>112</sup> entende que para se chegar a uma conclusão sobre os limites da competência normativa das agências reguladoras no direito brasileiro é preciso distinguir os sentidos da palavra regulação e o tipo de ato normativo editado.

<sup>111</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op. cit.* 2005, p. 40-46.

<sup>112</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.* 2004, p. 47-49.

Se se entender regulação como um novo tipo de direito, pode ser baixado pelas agências reguladoras desde que seja resultado de negociação, de consenso, de participação democrática dos interessados.

Quanto ao tipo de ato normativo editado, há os atos normativos propriamente ditos, que estabelecem regras de conduta com caráter de generalidade e abstração, assim como as leis, e os atos normativos de efeitos concretos, que formalmente se apresentam como atos normativos, mas que, quanto ao conteúdo, se constituem como verdadeiros atos administrativos.

Para a autora, à medida que as agências vão encontrando atividades que rompem o equilíbrio do mercado, que afetam a concorrência, que prejudicam o serviço público e seus usuários, que geram conflitos, elas vão baixando atos normativos para decidir esses casos concretos.

**Para esse tipo de ato também não há óbice de ordem jurídica.** Eu diria que aí é que está o que há de mais típico na função reguladora: ela vai organizando determinado setor que lhe está afeto, respeitando o que resulta das normas superiores (e que garantem o aspecto de estabilidade, de continuidade, de perenidade) e adaptando as normas às situações concretas, naquilo que elas permitem certa margem de flexibilidade ou de discricionariedade. São os dois aspectos da regulação já assinalados: estabilidade e flexibilidade.<sup>113</sup> (grifou-se)

Ressalta, ainda, a autora que o fato de as agências reguladoras interpretarem ou explicitarem, através de atos normativos, conceitos indeterminados, mormente de natureza técnica, contidos em leis e regulamentos, não viola a Constituição Federal na medida em que, além de se inserir na especialização desses entes, não há inovação na ordem jurídica. O que as agências não podem fazer, por falta de fundamento constitucional, é baixar regras de conduta inovando no ordenamento, substituindo-se ao legislador.

Segundo Mauro Hiane de Moura<sup>114</sup>, fundamentada a atuação das agências reguladoras na deslegalização, o exercício da função normativa estaria limitado pela discricionariedade técnica, que consistiria na outorga de espaço de ação à Administração para que decida com base em critérios estritamente técnicos e não em critérios políticos.

Como ressalta Roberta Fragoso de Medeiros Menezes<sup>115</sup>, a obediência ao princípio da legalidade não importa que a regulamentação repita as disposições previstas em lei, até

<sup>113</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.* 2004, p. 48-49.

<sup>114</sup> MOURA, Mauro Hiane de. *Op. cit.* p. 229.

<sup>115</sup> MENEZES, Roberta Fragoso de Medeiros. *Op. cit.* 2002, p. 61.

porque a norma legal não traz o conteúdo, a forma da matéria a ser regulada. A lei, ao disciplinar a matéria, deve definir finalidades, as metas principais a serem atingidas, os princípios a serem observados, os limites de atuação, sem, contudo, engessar a atuação desses entes.

Para Carlos Ari Sunfeld<sup>116</sup>, a constitucionalidade da lei atributiva de poder normativo às agências reguladoras depende de o legislador haver estabelecido *standards* suficientes, dentro dos quais deve se limitar a atuação das agências, sob pena de haver delegação pura e simples de função legislativa.

Neste sentido, afirma Alexandre Santos de Aragão<sup>117</sup> 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 em menor escala, o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente.** Ademais, recomenda-se que propiciem à Administração a possibilidade de, na medida do possível, atuar consensualmente, com alguma margem de negociação, junto aos agentes econômicos e sociais implicados. (grifou-se)

As leis com tais características não dão maiores elementos pelos quais o administrador deva pautar a sua atuação concreta ou regulamentar, referindo-se, de modo genérico, a valores morais, políticos e econômicos existentes na sociedade, como saúde pública, utilidade pública, competição no mercado, preços abusivos, continuidade dos serviços públicos, regionalização etc. Assim, tais diplomas conferem à Administração Pública um grande poder de integração do conteúdo da vontade do legislador. O objetivo dessas leis assim formuladas é “introduzir uma vagueza que permita o trato de fenômenos sociais, muito fugazes para se prestarem ao aprisionamento em uma regra precisa”<sup>118</sup>.

O poder normativo das agências reguladoras, com seu dinamismo, independência, especialização técnica e valorização das soluções consensuais, deve ser valorizado como um importante instrumento de intercomunicação do sistema jurídico com os demais subsistemas

<sup>116</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) **Direito Administrativo Econômico**. 1.ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, p. 17-38, 2006.

<sup>117</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.* 2004, p. 406.

<sup>118</sup> Neste sentido Danièle Bourcier *apud* Alexandre Santos de Aragão. In ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.* 2004, p. 409.

sociais envolventes (econômico, familiar, cultural, científico, religioso etc.) e de desenvolvimento dos princípios estabelecidos na lei<sup>119</sup>.

Isto porque, como bem salienta Luís Roberto Barroso<sup>120</sup>, o que se busca é a efetividade das normas constitucionais, fundada no pressuposto da força normativa da Constituição e no desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, pautada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional.

Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho<sup>121</sup>:

Parece-nos, pois, que toda a questão sobre o poder normativo das agências não está, em nosso entender, na amplitude disciplinadora que o sistema lhe concedeu. A evolução das relações sociais imporia mesmo a delegação desse poder. **Preocupa a sociedade – isto sim, é a perspectiva que advirá da delegação normativa, ou seja, se a delegação implicará na efetiva consecução dos resultados. Em outras palavras: não está em jogo o princípio da hierarquia normativa e da separação de Poderes e funções. Está em jogo, realmente, o princípio da efetividade.** (grifou-se)

---

<sup>119</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.* 2001, p. 7.

<sup>120</sup> Em introdução à obra de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO - **Direito Regulatório**: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático. Com introdução de Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<sup>121</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.* p. 88.

## 5 CONCLUSÃO

Dada a incapacidade do Estado de atuar na sociedade através dos mecanismos tradicionais, sobretudo na seara econômico-social construída nos pós-guerras, houve a necessidade de se criar órgãos dotados de independência e autonomia em relação ao aparelho central, com especialização técnica, para o direcionamento das atividades sociais com vistas ao interesse público, passando o Estado a atuar como agente controlador e fiscalizador das atividades. Assim, urgia a descentralização normativa, especialmente de natureza técnica. Surgiam as agências reguladoras independentes.

Como consequência desta conjuntura, foram conferidos amplos poderes, notadamente de natureza normativa, às agências reguladoras, ínsitos ao próprio conceito de regulação. As agências passaram a exercer o poder de direcionar as atividades privadas consoante os interesses públicos juridicamente definidos, e, ainda, um conjunto de atribuições relacionadas ao desempenho das atividades econômicas e à prestação de serviços públicos, que inclui fiscalização, composição de conflitos, controle de tarifas, universalização e continuidade do serviço, fomento da competitividade, fiscalização do cumprimento dos contratos de concessão e aplicação de sanções.

A regulação aparece como uma das formas de atuação pública na economia, alternativa da intervenção propriamente dita, seja por meio da edição de regras, seja pela instituição de autoridades de fiscalização. Destarte, o Estado não deixou de ser um agente econômico decisivo, mas deslocou sua atuação para o âmbito da disciplina jurídica, com a ampliação do seu papel na regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas, tendo despontado as agências reguladoras como instrumento da atuação estatal.

O surgimento de centros de poder como o das agências reguladoras, que se caracterizam pela natureza técnica de suas funções e pela independência e autonomia face aos Poderes, deflagra discussões doutrinárias acerca da suposta violação ao princípio da separação de poderes e da legitimidade política no desempenho de suas competências, mormente no que se refere à função normativa.

Se ultrapassado o caráter mítico da clássica teoria da separação dos poderes de Montesquieu, a complexidade e autonomia das competências atribuídas às agências reguladoras em nada viola a divisão de funções preconizadas pela Constituição Federal.

Ressalte-se, ainda, que o poder normativo das agências reguladoras não constitui inovação no ordenamento jurídico brasileiro, constituindo exercício do poder classicamente atribuído aos órgãos administrativos. Não representa, igualmente, o poder normativo usurpação de poder legiferante, pois, mesmo editando normas gerais, as agências atuam no exercício de função administrativa.

A intervenção reguladora deve promover o equilíbrio do subsistema regulado através de regras de ponderação dos interesses em espécie. O exercício de atividades econômicas de relevante interesse social pela iniciativa privada deve observar a continuidade e qualidade, o que torna necessária a regulação por uma entidade estatal descentralizada, com amplas funções e corpo técnico com comprovada capacidade e experiência no setor regulado, com vistas a proporcionar um ambiente de segurança.

O legislador, ao ponderar na escolha para a concretização dos princípios constitucionais, busca a máxima realização das garantias e dos direitos fundamentais em jogo. Tal máxima realização depende das possibilidades fáticas e jurídicas a serem observadas à luz do princípio da proporcionalidade nas suas três esferas, a saber, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, sendo que os dois primeiros subprincípios se referem à máxima realização de acordo com as possibilidades fáticas.

Alexy afirma que pela esfera da adequação da norma se pode verificar quais meios são menos idôneos e devem ser excluídos. Analisando o modelo regulatório brasileiro à luz do pensamento alexyano, pode-se concluir que, tendo a Constituição de 1988 funcionado com ordem marco, o meio escolhido pelo legislador ordinário, qual seja, a regulação por entidades reguladoras independentes e autônoma, foi adequado aos fins a serem alcançados.

Pelo subprincípio da necessidade, que diz respeito à medida que não pode exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo a ser alcançado, deve-se buscar, dos meios igualmente idôneos, o mais benigno ao direito fundamental afetado. Considerando este subprincípio, e visando aferir se há compatibilidade entre o modelo regulatório brasileiro e os direitos fundamentais, deve-se analisar se, no cotejo entre os princípios da livre iniciativa e os da proteção dos direitos individuais (isonomia, dignidade da pessoa humana, função social da propriedade, dentre outros), poderia ter sido escolhido, pelo legislador, outro modelo que

afetasse menos a livre iniciativa e que não representasse custos para os direitos fundamentais dos cidadãos. Entende-se que o modelo escolhido é, no atual momento histórico de nosso país, o que melhor se coaduna com a proteção do interesse público.

Deve-se equilibrar a necessidade de renovação do Direito Público com vistas ao efetivo atendimento das exigências de uma sociedade em constante transformação sem se desprestigiar os valores do ordenamento jurídico constitucional. Este, contudo, não pode estar engessado por teorias de organização do Estado e seus poderes engendradas no século XVIII, como a doutrina clássica da separação de poderes de Montesquieu.

A possibilidade de a função normativa ser atribuída às agências reguladoras não significa isentá-las da observância de parâmetros de legalidade e/ou constitucionalidade. Nesses termos, faz-se necessário determinar os limites dentro dos quais é legítima a flexibilização do Princípio da Legalidade, sem que se perca a identidade de norma válida e eficaz.

O órgão regulador não pode praticar atos concretos sem base normativa específica e adequada. A deslegalização, pela qual as leis instituidoras, ao definirem *standards* gerais, conferem às agências reguladoras atribuições normativas para regulação dos setores, se afigura legítima desde que respeitados os estritos limites estabelecidos na lei que instituiu o ente, de modo a afastar qualquer violação ao texto constitucional.

Além do respeito aos limites estabelecidos na lei instituidora, os atos praticados pela agência devem se situar no campo técnico-científico. A discricionariedade técnica que justificou a criação da agência deve servir para fundamentar as decisões levadas a efeito, de modo a garantir a escolha técnica, distante das disputas político-partidárias. Não se pretende, portanto, que a atuação das agências reguladoras, mormente em sua atribuição normativa, se dê à margem do Princípio da Legalidade.

Impende destacar que, no momento atual, enquanto o Brasil vive o fenômeno da agencificação, com a criação de entidades com maior ou menor grau de independência, sob inspiração do modelo regulatório norte-americano, nos Estados Unidos da América observa-se, desde a década de 1980, um movimento de diminuição da atividade regulatória do Estado, dando lugar à desregulação e à auto-regulação<sup>122</sup>.

---

<sup>122</sup> WERNECK, Bruno Dario. A auto-regulação da atividade econômica no Brasil. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Org.) **Direito Regulatório**: temas polêmicos. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, p.601-617, 2004.

O grande tema de discussão acerca das agências reguladoras no referido país deixou de ser o da autonomia como condição para o exercício técnico e politicamente neutro de suas funções para ser o do seu controle político, responsividade social e legitimidade democrática<sup>123</sup>.

Destarte, as agências reguladoras norte-americanas vêm passando por inúmeras transformações, com uma diminuição na sua independência em relação aos poderes do Estado: imposição da obrigatoriedade de controle da atividade das agências, com a aprovação prévia dos projetos pelo Executivo e pelo Congresso; sujeição das agências à política traçada pelo Presidente da República; a exigência de demonstração da relação custo-benefício na atividade desenvolvida; criação de agências legislativas para controle das agências administrativas com poder de veto sobre os seus projetos; ampliação do controle judicial, com o exame, da motivação, dos fatos e da razoabilidade das normas, em nítida aplicação do princípio do devido processo legal substantivo; a idéia de desregulação<sup>124</sup>.

O resultado experimentado no país em comento foi a diminuição da neutralidade e independência das agências reguladoras, o que deflagrou um processo de desregulação, com a diminuição das regras impostas pelas agências.

Observa-se, assim, nos Estados Unidos da América um pluralismo das fontes de produção do direito, visto que, ao lado da estatal, surge a infra-estatal, em decorrência da auto-regulação ou regulação privada, feita por uma entidade privada, com ou sem fins lucrativos, que controla não coercitivamente o comportamento de agentes econômicos mediante diversas técnicas e sua combinação, como a normalização por especificações técnicas para produtos, serviços e processos; a certificação e classificação, que atestam que determinado produto, serviço ou processo está em conformidade com os requisitos especificados; monitoramento; aconselhamento; arbitragem<sup>125</sup>.

Resta-nos esperar os rumos que a atividade regulatória tomará no Brasil. Por enquanto, deve-se ressaltar a importância de que o poder normativo das agências reguladoras seja valorizado como um importante instrumento de intercomunicação do sistema jurídico com os demais subsistemas sociais.

<sup>123</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.* p. 150.

<sup>124</sup> SHECAIRA, Cibele Cristina Baldassa Muniz. A competência das agências reguladoras nos EUA. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Org.) **Direito Regulatório**: temas polêmicos. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 419-435, 2004.

<sup>125</sup> ALBRECHT, Sofia Mentz. Auto-regulação: exemplos internacionais. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Org.) **Direito Regulatório**: temas polêmicos. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 619-636, 2004.

Para além de se aferir a legitimidade normativa das agências reguladoras, há que se assegurar o atingimento dos fins para os quais tais órgãos foram criados enquanto sistema de controle dos prestadores de serviços públicos e de setores da atividade econômica de grande relevância social, de modo que haja o desenvolvimento dos princípios veiculados pela lei e a preservação do interesse público.

## 6 REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Sofia Mentz. Auto-regulação: exemplos internacionais. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Org.) **Direito Regulatório**: temas polêmicos. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 619-636, 2004.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Observações sobre agências reguladoras de serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 231, p. 1-3, jan./fev./mar. 2003.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, ano 37, nº 148, out./dez. 2000.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras. **Revista Forense**. v. 97, n. 354, p. 03-26, 2001.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e agências executivas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 228, p. 105-122, abr./mai./jun. 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Coord.) **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3209>>. Acesso em: 06 jul. 2008.

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 240, p. 147-165, abr./mai./jun. 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agência reguladora e poder normativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Coord.) **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, p. 75-89, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da Legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Org.) **Direito Regulatório: temas polêmicos**. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 19-50, 2004.

GUERRA, Sérgio. Direito Administrativo e a nova Hermenêutica: uma releitura do modelo regulatório brasileiro. In: **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, n. 243, p. 168-207, set./out./nov./dez. 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENEZES, Roberta Fragoso de Medeiros. As agências reguladoras no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 227, p. 47-68, jan./fev./mar. 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Princípios da licitação. **Boletim de Licitações e Contratos - BLC**. São Paulo: NDJ, n. 9, 1995.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático**. Com introdução de Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOTA, Carolina Theodoro da Silva. Regulação e desregulação: uma discussão sobre o equilíbrio entre mercado e coletividade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Org.) **Direito Regulatório: temas polêmicos**. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 161-171, 2004.

MOURA, Mauro Hiane de. O poder normativo e a autonomia das agências reguladoras. In: **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, n. 246, set./out./nov./dez., 2007.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. O poder normativo das agências reguladoras. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 227, p. 339-347, jan./fev./mar. 2002.

SHECAIRA, Cibele Cristina Baldassa Muniz. A competência das agências reguladoras nos EUA. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Org.) **Direito Regulatório: temas polêmicos**. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 419-435, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Coord.) **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, p. 25-73, 2006.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Extensão do poder normativo das agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Coord.) **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, p. 125-142, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) **Direito Administrativo Econômico**. 1.ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, p. 17-38, 2006.

TÁCITO, Caio. A reforma do Estado e a modernidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, nº 215, p. 2-8, jan./fev./mar. 1999.

WALD, Arnoldo. O direito da regulação, os contratos de longo prazo e o equilíbrio econômico-financeiro. **Revista Forense**. n. 389, p. 19-30, jan./fev. 2007.

WERNECK, Bruno Dario. A auto-regulação da atividade econômica no Brasil. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Org.) **Direito Regulatório: temas polêmicos**. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 601-617, 2004.