

Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP

Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*

em Direito da Regulação

Leonardo Marotta Gardino

**INOVAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO
INTRODUZIDAS POR RESOLUÇÕES DA
ANEEL: EM QUE MEDIDA OS CRITÉRIOS DE
SELEÇÃO DA RESOLUÇÃO ANEEL 343/08
ESTÃO EM CONFORMIDADE COM O
PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

**Brasília – DF
2013**

LEONARDO MAROTTA GARDINO

**INOVAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO
INTRODUZIDAS POR RESOLUÇÕES DA
ANEEL: EM QUE MEDIDA OS CRITÉRIOS DE
SELEÇÃO DA RESOLUÇÃO ANEEL 343/08
ESTÃO EM CONFORMIDADE COM O
PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito da Regulação, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito da Regulação do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, sob a orientação do Prof. Flávio José Roman.

**Brasília – DF
2013**

LEONARDO MAROTTA GARDINO

INOVAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTRODUZIDAS POR RESOLUÇÕES DA ANEEL: EM QUE MEDIDA OS CRITÉRIOS DE SELEÇÃO DA RESOLUÇÃO ANEEL 343/08 ESTÃO EM CONFORMIDADE COM O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito da Regulação, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito da Regulação do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, sob a orientação do Prof. Flávio José Roman.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção
_____ (_____).

Banca Examinadora

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

A Deus Todo Poderoso, Criador do céu e da terra, fonte de inspiração de toda a vida, razão maior da minha existência, sem o qual nem mesmo uma vírgula teria sido escrita; e

à minha família.

Agradecimento

Ao querido orientador pelo exemplo de profissionalismo, capaz de inspirar em todos os seus alunos verdadeiro fascínio pelo Direito.

RESUMO

Mediante a pesquisa bibliográfica realizada, pretende-se demonstrar, como objetivo geral, que é possível o estabelecimento de direitos e deveres aos administrados por meio da expedição de normas infralegais. Foi esclarecido que é legal o estabelecimento de direitos e deveres aos administrados por meio do exercício da função regulamentar. É indispensável o alinhamento com o princípio da legalidade, que é patente em qualquer ato da Administração. Coaduna-se ao nosso ordenamento jurídico a habilitação para a delegação de funções regulamentares a entes da Administração e que ao exarar regulamentos sempre haverá algo novo ou esse será redundante. De modo a tornar a norma legítima é imperativo que haja participação dos interessados em sua confecção. O capítulo um apresenta o Princípio da Legalidade e seus conceitos, a reserva legal e a prevalência da lei e a necessária vinculação da Administração no estado democrático de Direito; o próximo envereda-se pelas funções do Estado, a normativa, a regulamentar e as diferenciações com a função legislativa; o terceiro capítulo mostra como as normas podem e devem inovar no ordenamento jurídico, as necessárias participações dos administrados no processo regulamentar e o caso concreto que se pretende avaliar, qual seja, a Resolução ANEEL nº 343, de 22 de dezembro de 2008.

Palavras-chave: Legalidade. Regulamentação. Inovações. Agências reguladoras.

ABSTRACT

Researching the literature, it's been intended to demonstrate, as a general objective, that it is possible to establish rights and duties to the administered by infra-legal rules. It's been clarified that it is legal to establish the rights and duties to the administered by the exercise of regulatory function. It is essential that those rules are aligned to the principle of legality, which is a requirement of any act emanated from the Public Administration. It is consistent with Brazilian legal system the permission to delegate regulatory functions to entities of Public Administration. The regulatory rules necessarily introduce something new in the legal system under penalty of being redundant. In order to legitimize the norm it is imperative to make sure that the stakeholder is involved during the rule-making process. Chapter one introduces the Principle of Legality and its concepts, the legal reserve and prevalence of law and the necessary bond that exists for the Public Administration in the democratic state of law, the next chapter presents the functions of the State, the rules, the regulations and the differences among them. The third chapter shows how the norms can and should innovate in the legal system, and the necessary participation of citizens in the regulatory process and the case that was analyzed: ANEEL Resolution N^o. 343 dated December 22, 2008.

Keywords: *Legality. Regulations. Innovations. Regulatory agencies.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	12
1.1 Legalidade.....	12
1.1.1 Conceitos.....	15
1.1.2 Tipos.....	18
1.2 Vinculação da administração ao princípio da legalidade	22
2 FUNÇÃO NORMATIVA DA ADMINISTRAÇÃO	26
2.1 Funções e função legislativa.....	26
2.2 Função normativa <i>versus</i> regulamentar.....	29
3 LEGALIDADE DAS NORMAS EXPEDIDAS POR AGÊNCIAS REGULADORAS	32
3.1 Normas e inovações no ordenamento jurídico.....	34
3.2 Legitimidade dos atos normativos	38
3.3 O caso em análise	41
CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS	46

INTRODUÇÃO

A legalidade cuida da defesa do administrado contra abusos de poder da Administração e existe um aparente conflito quando as Agências Reguladoras expedem normas que afetam os direitos e deveres dos que atuam no setor econômico regulado. Assim, mostra-se necessário entender melhor os contornos deste conflito e concluir se, no exercício da função regulamentar, há exacerbação dos poderes delegados aos entes reguladores.

A competência para a autorização de pequenas centrais hidrelétricas é do poder concedente, que é a União, na figura do Ministério de Minas e Energia (art. 87, parágrafo único, incisos II e IV, da Constituição Federal, e arts. 60 e 63 do Decreto nº 5.163, de 30.07.2004), e está delegada à Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL - quando os empreendimentos não comercializarem sua energia no Ambiente de Contratação Regulada – ACR (Lei nº 9.427, de 26.12.1996 e Decreto nº 2.335, de 06.10.1997). Tal delegação está prevista nos instrumentos legais e infra-legais mencionados, porém não consta referência aos critérios de seleção a serem empregados no procedimento de autorização.

Embora o tema do poder normativo das agências reguladoras já tenha sido enfrentado diversas vezes pela doutrina, encontrando-se ampla literatura sobre o tema, nesta monografia buscamos tratar de aspecto específico, poucas vezes abordado, qual seja, um estudo aprofundado acerca das possibilidades de um regulamento expedido por uma agência reguladora propor inovações além do previsto na legislação, bem como pela discussão acerca da compatibilidade dessas inovações com o Princípio da Legalidade.

Dessa forma, o estudo possibilitará, ao final, aquilatar, emergindo-se no conflito entre as funções legislativas e normativas (regulamentar), como as Agências Reguladoras fazem surgir novos direitos e deveres aos administrados que participam como agentes econômicos nos setores regulados e se tal intervenção encontra abrigo na legalidade.

A escolha do tema específico relativo aos critérios infra-legais estabelecidos em normas pela ANEEL para a escolha do interessado que será autorizado a implantar uma determinada Pequena Central Hidrelétrica - PCH, por sua vez, deve-se à identificação com o assunto proposto, pois é inquietante a aparente omissão dos formuladores da política pública quanto aos critérios que devam ser empregados para a seleção dos interessados em implantar uma PCH e em virtude de o autor desta análise ter participado do processo que culminou com a edição da Resolução nº 343, de 09.12.1998, expedida pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

Há valor deste assunto para a sociedade, em especial no contexto político-econômico, porque pode haver ilegalidade na expedição de autorizações pelo órgão regulador, com base nos critérios de seleção impostos em atos normativos infra-legais ao longo de 15 anos¹. Isto significaria uma grave insegurança jurídica, em particular se afastado o prazo decadencial, uma vez que estas usinas representavam aproximadamente 3,7% da capacidade de geração de energia do país e constituíam 15,5% do número de empreendimentos em operação ao final de julho de 2013².

Pretende-se responder à indagação problemática: a ANEEL pode estabelecer critérios para seleção de outorgas de PCHs sem ter havido prévia e explícita previsão legislativa? Em outros termos: os critérios de seleção empregados pela ANEEL nos atos de outorga de PCH, praticados após as alterações da Lei 9.427, de 26.12.1996, pela edição da Lei 10.848, de 15.3.2004, estão alinhados ao Princípio da Legalidade?

Com a pesquisa bibliográfica tentar-se-á compreender e interpretar o ordenamento jurídico com o objetivo geral de demonstrar que é possível o estabelecimento de direitos e deveres aos administrados por meio da expedição de normas. Para isso, torna-se imprescindível percorrer os tópicos específicos seguindo a ordem do sumário.

¹ A primeira resolução que impõe critérios de seleção para as pequenas centrais hidrelétricas não especificados em leis é a Resolução ANEEL nº 395, de 4 de dezembro de 1998.

² Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. **BIG – Banco de Informações**. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/capacidadebrasil/capacidadebrasil.cfm>>. Acesso em: 31 jul. 2013.

Com esse propósito, o estudo trata, no primeiro capítulo, do Princípio da Legalidade, conceituando-o e avaliando seus tipos, bem como apresentando como a Administração a ele vincula-se; o segundo cuida de esclarecer como se desempenha a função normativa e regulamentar da administração, contrapondo-a com a função legislativa e apresentando diferenças entre as duas; e o último capítulo apresenta a legalidade das normas expedidas pelas agências reguladoras, se estas podem trazer inovações no ordenamento jurídico, os modos atuais empregados na legitimação destas normas e a apresentação do caso em análise.

1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

No intuito de compreender em que medida um texto normativo infra-legal pode estabelecer direitos ou deveres aos administrados é importante apresentarmos o princípio da legalidade, seus conceitos e tipos, bem como a maneira com a qual a Administração vincula-se a esse princípio.

1.1 Legalidade

A legalidade, como princípio, surge com o modelo de Estado de Direito para contrapor os abusos de poder cometidos por monarcas em modelos estatais absolutos. A Constituinte brasileira opta por imbuir este princípio em nosso Estado. Mesmo com a necessidade de revisão das relações de poderes e com o surgimento da função reguladora, não se pode abandonar a Legalidade, o que não significa que toda a matéria deve estar explicitada em lei no sentido estrito.

O estudo do princípio da legalidade é fundamentalmente importante para a avaliação da aderência do estabelecimento de critérios de seleção não previstos expressamente no texto legislativo. De posse do conhecimento do princípio pode-se apreciar a possibilidade dos direitos e deveres serem criados em texto normativo infra-legal.

O governante, no Estado-Polícia, detinha poderes sem limites, sem qualquer amarra em regras anteriormente definidas.³

De modo a proteger o administrado contra arbitrariedades do Estado, buscou-se positivizar em texto legal, de maneira segura e perene, os direitos e deveres aos quais as pessoas devem seguir ao se portar.⁴

³ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1993, 2003, p. 63.

⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Legalidade e regulamentos administrativos no direito contemporâneo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: RT, n. 41, out.-dez., 2002, p. 114.

Não há espaço na sociedade moderna para que governantes detenham poderes ilimitados. A legalidade apresenta-se como solução para a questão. Os poderes e deveres dos governantes ficam assim delimitados pela sociedade por meio da positivação em Lei.

Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, apresentando a preocupação demonstrada historicamente com o exacerbado poder do Estado frente ao indivíduo. Acrescenta, ademais, que o texto da Constituição assevera que somente se pode obrigar o cidadão a fazer ou a deixar de fazer algo "em virtude de lei", e não em virtude de qualquer outro instrumento normativo.⁵

A legalidade é característica do estado de direito e em tal estado devem coexistir um poder que cria o direito e outro que o aplica. O executivo aplica seu poder com fulcro em lei e o legislativo não cuida da aplicação das leis que cria.⁶

A expressão maior delineada pelo constituinte originário de que o Estado brasileiro deve afastar-se de modelos de estado ultrapassados, como o absolutismo, e garantir ao cidadão o direito à estabilidade e à previsibilidade das regras é o inciso II, artigo 5º, segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Maria Sylvania Zanella Di Pietro explica que o aludido princípio, da maneira como atualmente é entendido, apareceu coetaneamente ao Estado de Direito, e passou por evolução ao longo de diversos períodos. Reconhece que existe uma necessidade de se alterar, tornando-o mais flexível, as relações de poderes decorrentes de questões globais, crises do capital, da eficiência da iniciativa privada (ao invés da prestação estatal de serviços) e da corrupção, sempre dentro dos limites da legalidade.⁷

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 91.

⁶ SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.1-3.

⁷ PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. **Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade**. In: **Direito Regulatório: Temas Polêmicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, Belo Horizonte, 2009, p. 30-35 e 47-49.

Uma das formas de flexibilização dos regramentos na sociedade atual é a que constata Celso Ribeiro Bastos que no aprendizado, especialmente nas questões técnicas-profissionais, “É o Estado que se despoja de parcelas de poder, em favor da sociedade, que amadurece, ganha maioria, e passa a prescindir da tutela estatal direta, cuidando ela própria de se autorregular”.⁸ Porém, não é questão da autorregulação que se busca analisar no presente trabalho.

A evolução da legalidade chega ao estado contemporâneo contendo a permissão de habilitação para delegação de poderes até mesmo à sociedade privada, em determinados casos, uma vez que o estado sozinho não consegue alcançar todos os anseios populares. No Brasil, a forma mais premente dessa manifestação são os conselhos de classes profissionais.

Para possibilitar a compreensão do significado da legalidade na atualidade, não se pode considerar legalidade como aquela que decorre apenas da lei como aquela editada por assembleias legislativas, pois a velocidade em que ocorrem as transformações sociais impede que os textos do poder legislativo cubram todos os detalhes, em especial em matérias tecnicamente especializadas.⁹

É inegável que a existência de uma mudança no conceito de legalidade compatível com a complexa sociedade atual, maior em matérias econômicas e nas que mostram caráter técnico-discricionário. Tal proposição se concretiza pela incapacidade do parlamento produzir normas na mesma proporção da demanda e se dá por meio dos regulamentos administrativos, num ordenamento mais adaptável.¹⁰

É nos setores econômicos com falhas de mercado que ocorrem as mais rápidas mudanças e é onde a regulação é imprescindível para o

⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. **Estado do Futuro**. São Paulo: Pioneira. São Paulo, 1998, p. 209.

⁹ LEONEL, Ricardo de Bastos. **Limites do poder regulamentar**. In: **Direito Regulatório: Temas Polêmicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum. Belo Horizonte, 2009, p. 483.

¹⁰ ROMAN, Flávio José. **Os regulamentos e as exigências da legalidade**: estudo sobre a viabilidade dos regulamentos delegados no ordenamento jurídico brasileiro. Dissertação de mestrado aprovada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007, passim.

cidadão ser defendido contra abusos de poder. Há necessidade de intervenção do Estado com a regulação em alguns setores econômicos e, também, nos casos onde ocorre a prestação indireta de serviços públicos (Art. 175 da CF).¹¹

Nos setores econômicos, nem a sociedade seria capaz de se autorregular, pois existem externalidades negativas como a assimetria de informações e o poder de mercado que levam a necessidade da regulação ser exercida pelo estado, porém esta deve ser mais veloz, flexível e especializada tecnicamente do que o Legislativo pode ser capaz de produzir.

A edição de regras não legislativas é possível desde que embasadas em autorização legal e obedecendo as condições de contorno impostas em instrumentos legais superiores. Essas regras são editadas em situações de especialidade técnica, especialmente em setores econômicos não estatais. Haja vista a complexidade da proposição faz-se obrigatório aprofundar a questão da legalidade em seus conceitos e tipos.

1.1.1 Conceitos

A legalidade surge da necessária imposição a todos da observância da Lei. Deve-se a um processo histórico de retirada do poder absoluto de um monarca. Deve ser entendido por meio de outros princípios jurídicos de prevalência da lei e de reserva legal. A lei contém em seu bojo um caráter hierárquico superior.

Mais conceitos sobre a legalidade são apresentados com vistas à melhor compreensão tanto do que vem a ser a legalidade, quanto de como esta deve ser aplicada. Nesse intuito, também é importante entender dois outros princípios que são necessários para explicar os tipos de legalidade, objeto do tópico seguinte. O princípio da Prevalência da Lei e o da Reserva Legal.

¹¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. São Paulo, 2007, p. 41-52.

Primeiro, o Princípio da Prevalência da Lei, que em *latu sensu* significa a primazia da lei sobre todas as inter-relações na sociedade afetada pelo texto legal.¹²

A sociedade que vive no Estado de Direito escolhe que o Estado, representando o interesse público, deve ser superior às pessoas que estão exercendo as funções estatais: “quer-se o governo das leis, e não o dos homens; impera a ‘rule of law, not of men’”.¹³

A lei deve ser obedecida por todos indistintamente. Imagine-se que uma parcela da sociedade não devesse obediência às leis, sendo superior a elas. Regressar-se-ia ao estado absoluto em caso de um ente superior às Leis ou ao estado aristocrático se um grupo fosse predominantemente ditador das normas em uma sociedade. Entende-se evidenciado que a lei precisa ser superior aos indivíduos, grupos ou ao próprio governo.

Dispõe o princípio que é incontestável a subserviência e a observância ao texto legal ou a ação dentro dos limites impostos pela função legiferante não restando margem para atuação fora dela.¹⁴

Canotilho disciplina que a prevalência da lei deve ser vista sob os seguintes aspectos:

(1) a lei é o acto da vontade estadual juridicamente mais forte; (2) prevalece ou tem preferência sobre todos os outros actos do Estado, em especial sobre os actos do Poder Executivo (regulamentos, actos administrativos); (3) detém a posição de topo da tabela da hierarquia das normas, ou seja, desfruta de superioridade sobre todas as outras normas de ordem jurídica, salvo, como é óbvio, as constitucionais.¹⁵

O princípio estaria contextualizado na ruptura do absolutismo e

¹² PINHO, Deborah Cristina Roxo. **O Poder Normativo da Administração Pública Sob a Ótica Constitucional, Legal e Financeira**. Coimbra, 2005. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 01 jul. 2013.

¹³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. 13. ed. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 72.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros. São Paulo, 2000, p. 425.

¹⁵ PINHO, Deborah Cristina Roxo. *op. cit.* **Apud** CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 721-722.

alinhado com o receio dele decorrente. Busca evitar os abusos de poder como os praticados no passado. Mas não é completamente ultrapassado se entendido como a necessidade de observância, em ordem hierárquica, das normas. Isto é, devem ser obedecidas as regras com prevalência pela ordem dos dispositivos constitucionais, legais e infra-legais.

A legalidade-fundamento, que é o outro nome dado ao princípio da reserva legal, dita que as questões mais basilares e importantes compõem um núcleo duro da lei e cabe apenas à função parlamentar qualificada alterar. As matérias que fazem parte desse núcleo são as que regram a liberdade e a propriedade individual. Neste caso, não há margem para o Executivo normatizar. Pode-se entender o princípio como as regras do parlamento superam as regras ditadas pela Administração.¹⁶

Os atos exarados por autoridades públicas que versam sobre conteúdos aos quais se aplica a reserva legal só têm validade no ordenamento jurídico quando alicerçados em lei parlamentar.¹⁷

Em algumas questões fundamentais, notadamente as que se traduzem em direitos individuais e sobre a propriedade, aplica-se o princípio da reserva legal, a fim de que possa prevalecer a garantia da observância da legalidade.

Um ponto integrante do princípio da reserva legal é o grau hierárquico da lei. Nesse diapasão é que se deve conferir ao ato legal, além da matéria disposta, também a forma como é tratada a matéria em questão material. Este ponto pode ser entendido como uma subdivisão conhecida como “princípio do congelamento do grau hierárquico ou da reserva de lei em sentido formal”.¹⁸

O ato legislativo publicado e sancionado recebe uma graduação

¹⁶ MONCADA, Luís S. Cabral de. **Lei e regulamento**. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 10.

¹⁷ JESCH, Dietrich. **Ley y administración, Estudio de la evolución del principio de legalidad**. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1978, p. 38.

¹⁸ SOUSA, Leomar Barros Amorim de. **A produção normativa do Poder Executivo: medidas provisórias, leis delegadas e regulamentos**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 137.

relativa em face de outros atos e essa graduação faz parte do próprio ato, deste modo, nenhum ato que não seja de mesma hierarquia ou de hierarquia superior poderá contrapor a matéria¹⁹.

A hierarquia do instrumento normativo faz parte do princípio que, sem essa graduação, passaria a ser inócuo uma vez que um ato normativo inferior poderia contrapor-se ao superior.

Os conceitos apresentados podem ser considerados detalhamentos do princípio da legalidade. A ausência do princípio da prevalência da lei ou do princípio da reserva legal poderia colocar em cheque a própria legalidade. Contudo eles podem ser relativizados ou aplicados rigidamente a depender da matéria sobre a qual dispõem. Para melhor compreender as possibilidades de aplicação do princípio, continua-se o estudo deles detalhando seus tipos.

1.1.2 Tipos

Há espaço em nosso ordenamento jurídico para diversidades na aplicação da legalidade. Assim, podem-se vislumbrar matérias de competência exclusiva do parlamento e matérias que podem ser completadas por normas de hierarquia inferior em maior ou menor grau. São estas as dimensões que assumem a reserva legal: absoluta, em sentido estrito, relativa ou em sentido amplo.

Deve-se, a partir do conhecimento das dimensões da reserva legal, poder avaliar em que medida normas infra-legais podem introduzir matérias ou detalhamento de matérias não dispostas explicitamente nos regramentos de grau superior.

A reserva legal dita absoluta é aquela em que a lei contém todo o conteúdo necessário à sua aplicação e esta é, por conseguinte, indelegável.

¹⁹ PINHO, Deborah Cristina Roxo. *op. cit.* *Apud* CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 841.

Só pode ser editada pelo parlamento como lei formal sem margens para a atuação de atos de menor hierarquia. Canotilho explica que a reserva legal absoluta é:

Reserva de parlamento ou de densificação total é o conjunto de matérias ou de âmbitos materiais que devem ser objecto de regulação por meio de um acto legislativo editado pelo parlamento. Esta reserva legislativa de parlamento designa-se, por vezes, reserva de lei formal.²⁰

As atribuições de poderes ou funções normativas ao Executivo ficam impossíveis nos casos em que se exige completude da norma editada pelo parlamento. Não há espaço, no caso de leis ditas exaustivas, para delegação de funções normativas.

Existem, por sua vez, as leis não exaustivas, também chamadas de leis de densidade alta ou baixa. São os casos onde se admite alguma margem de interpretação ao agente executivo ou mesmo onde há possibilidade de detalhamento do normativo.²¹

Para os casos de reserva legal absoluta, não é possível a atuação normativa do Executivo. Por outro lado, quando a lei não é exaustiva, a Administração precisa antes detalhar o conteúdo para posteriormente aplicá-lo. É nesse contexto que se pretende entender onde a função normativa das agências reguladoras se insere no ordenamento jurídico nacional.

A reserva legal formal deve ser entendida como as produções de textos do poder legislativo, ou as leis formais. Leis produzidas por outros entes são leis materiais. Assim, a lei material “pode emanar tanto dos órgãos dotados de competência legislativa como da administração pública, enquanto a lei formal emana, exclusivamente, de órgãos dotados de atribuição legiferante

²⁰ PINHO, Deborah Cristina Roxo. *op. cit.* *Apud* CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 726.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 229, jul.-set., 2002, p. 306.

pela Constituição”.²²

Segundo Hely Lopes Meirelles, a lei formal é a de matéria geral e abstrata emanada pelo Legislativo e sancionada pelo Executivo. Já a lei material é toda norma editada pelo Estado. Desse modo, lei em sentido estrito e próprio é somente a norma exarada pela assembleia de representantes populares e, em sentido amplo e impróprio, são as demais normas do poder público, advinda de qualquer parte competente.²³

Se, por um lado, as leis formais ou em sentido próprio são necessariamente originadas do poder popular do qual o parlamento é o representante; por outro lado, as leis materiais ou em sentido amplo e impróprio são atos infra-legais oriundos de algum ente ou órgão constituinte do Estado que detenha competência para expedir atos normativos.

Em matéria legal, pode optar em alguns casos o Legislativo por não encerrar todas as minúcias necessárias à consecução da aplicação da norma em casos concretos. Essas leis não exaustivas, seguindo o próprio princípio da legalidade, deixam margem à complementação do texto por outros membros do poder público que não o legislador. Normalmente e naturalmente, toma para si a tarefa de detalhá-las, o próprio executor.²⁴

As leis de base (conhecidas também por leis-quadro, leis estandarizadas ou leis-plano) são a aplicação mais comum da permissão legislativa ao Executivo de utilizar poderes normativos. Este tipo de norma apresenta comandos gerais e delegam à Administração a responsabilidade em atingir determinado objetivo, em matérias que necessitam de intervenção do Estado numa ótica mais particular, mais aderente a noções técnicas de

²² CLÉVE, Clémerson Merlin. Atividade **legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 301.

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 119-120.

²⁴ ROMAN, Flávio José. *op. cit.* **Apud** FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; ENTERRÍA, Eduardo García de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: RT, 1991, p. 381.

eficácia e rendimento.²⁵

É de se esperar que quando exista permissão para a ação integrativa pela Administração, Essa, que tem o dever de aplicar as leis, passe à função normativa antes da aplicação no caso concreto. Aparentemente, estão incluídas neste caso as normas editadas por agências reguladoras.

Outra forma de explicar as diferenças entre leis formais e materiais é a proposta de San Tiago Dantas em que o princípio da igualdade é invocado. Por este prisma, as leis exaradas pelo legislador que não tiverem caráter geral e abstrato devem ser apreciadas à luz do princípio da legalidade e só serão admitidas se existir lei que as autorize.²⁶

Quando o legislador detalha todas as possibilidades de aplicação da lei nos casos concretos ele automaticamente passa a executor (ainda que não faça a expedição dos atos), pois toma para si toda a discricionariedade do Poder Executivo. Nada obstante, lembra-se que a Assembleia tem poderes para tanto, mas deve optar por regras de caráter geral e abstrato sob o risco de se não o fizer “sacrificar a sua própria qualidade de legislador”.²⁷

Analisando a diferenciação das leis por outro ângulo, infere-se que o Legislativo pode fazer o papel de Executivo, mas para tanto deve a mesma obediência aos princípios legais.

O princípio da legalidade tem facetas que permitem ao executor discricionariedade, inclusive para editar complementos à matéria legal. A parcela em que isto é possível deve estar compreendida na dimensão da lei que deixa lacunas e isto é desejável, pois é tão mais inviável exaurir-se a lei em si mesma quanto maior for a especificidade e complexidade técnica da

²⁵ MONCADA, Luís S. Cabral de. **Ensaio sobre a lei**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 182-183.

²⁶ DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. **Igualdade perante a lei e due process of law**. In **Problemas de direito positivo**. Estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 55-64.

²⁷ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do "desvio de poder" em direito administrativo [1ª parte]. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, out.–dez., 1946, vol. 6, p. 59.

matéria tratada. Assim, deve-se avaliar mais profundamente a vinculação da Administração à legalidade.

1.2 Vinculação da Administração ao Princípio da Legalidade

O grilhão da legalidade é tão forte quanto a própria noção de Estado de Direito. Contudo, é impróprio do legislador detalhar todas as leis ao ponto de serem sempre autoexecutáveis. No mais das vezes, resta uma margem de discricionariedade à Administração. Também, a lei não é mais capaz de acompanhar as rápidas transformações e crescentes demandas da sociedade.

A avaliação da vinculação da Administração à legalidade é necessária à apreciação do funcionamento do Estado, bem como na determinação dos limites sob os quais devem agir os órgãos e entes responsáveis por detalhar a legislação tornando possível sua aplicação.

A principal diferença entre a aplicação do princípio da legalidade ao particular e à Administração é que o primeiro tem direito a fazer qualquer coisa que não seja proibida e é obrigado a fazer apenas o que lhe é determinado em Lei. Já a Administração pública só pode fazer o que é comandado ou facultado em Lei, em sentido amplo.²⁸

No intuito de impor restrições à Administração, em contrapartida ao poder absoluto, esta foi obrigada a seguir a Lei e nessa embasar seus atos. Deve-se compreender que foi com o fim do poder absoluto e a implantação do modelo de Estado Democrático de Direito que se desenvolveu o Direito Administrativo e, conseqüentemente, a vinculação da Administração à legalidade.²⁹

²⁸ FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey. Belo Horizonte, 2007, p. 45.

²⁹ ROMAN, Flávio José. **Os regulamentos e as exigências da legalidade**: estudo sobre a viabilidade dos regulamentos delegados no ordenamento jurídico brasileiro. Dissertação de mestrado aprovada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 01 jul. 2013. Passim.

Resta claro que a administração deve obediência à lei no Estado de Direito e só pode agir quando autorizada. Já o administrado tem direito à iniciativa, e pode realizar o que não lhe for proibido. Decorre tal diferenciação das relações desequilibradas de poder existentes entre eles.

Tão forte é o vínculo da Administração à legalidade que não existe margem de discricionariedade à Administração para agir fora dela. É dizer: não há discricionariedade no silêncio da lei, mas posta e limita pela lei. Nesse sentido, a síntese de Sunfeld:

A ligação da Administração Pública com a lei é, portanto, extensa e inafastável, podendo ser resumida como segue: a) seus atos não podem contrariar, implícita ou explicitamente, a letra, o espírito ou a finalidade da lei; b) a Administração não pode agir quando a lei não autorize expressamente, pelo que nada pode exigir ou vedar aos particulares que não esteja previamente imposto nela.³⁰

Faz-se necessária a compreensão de que não é possível zerar a margem de discricionariedade da Administração. Isto se deve, conforme item anterior, ao fato de que nem todas as leis são completas a ponto de serem autoexecutáveis. Devido à complexidade dos casos concretos, não se pode diminuir a Administração a um autômato que apenas aplica diretamente a lei e "O poder discricionário aparece, assim, como necessário elemento na gradual formação do Direito ou das normas jurídicas; e ele que as torna sucessivamente mais concretas".³¹

Apesar do necessário vínculo da Administração ao princípio da legalidade, não se pode negar que, muitas vezes, é desejável a discricionariedade administrativa, pois ela permite ao legislador expedir normas gerais e abstratas, enquanto ao Executivo cabe detalhar e aplicar as normas indo de encontro ao concretismo.

Há possibilidade de a Administração fazer escolhas e tomar decisões conscientes e competentes, dentro dos limites impostos pelo

³⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 30.

³¹ QUEIRO, Afonso Rodrigues. A teoria do "desvio de poder" em direito administrativo [1ª parte]. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, out.–dez., 1946, vol. 6, p. 44.

conjunto de regramentos jurídicos. Neste ínterim, passa a ser possível e desejável que o executor possa, a partir do caso de aplicação, ter discricionariedade para que possa melhor atingir a finalidade pública. A legalidade e a discricionariedade devem andar juntas, ao passo que a lei concede a discricionariedade, ela estabelece seu controle.³²

A Administração subordina-se também aos princípios gerais de Direito, e uma vez que estes também se encontram dispostos em lei (no mais das vezes na própria Constituição), pode-se explicar esta subordinação pela própria legalidade, em sentido amplo. São os principais aqui elencados: finalidade; razoabilidade; proporcionalidade; motivação; impessoalidade; e publicidade.³³

Os limites de utilização da discricionariedade estão pautados na legalidade que se completa com a observância dos demais princípios aos quais a obediência da administração é devida, até mesmo porque se não observados tornar-se-ia o ato ou a norma expedida pela administração ilegal.

Por força da velocidade das constantes transformações e aumento das necessidades da sociedade, as leis rígidas e exaustivas passam por uma crise por não mais conseguirem encerrar em si mesmas toda a força para atingir a finalidade e os anseios da sociedade. Necessitam assim de complementos, ou de regulamentos.³⁴

O princípio da legalidade passa então por uma flexibilização, pois seu sustentáculo, a lei, passou a ser insuficiente e contraditória para atender a sociedade moderna cuja característica é a rápida transformação e as necessidades crescentes.³⁵

³² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 734.

³³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 66-112.

³⁴ PINHO, Deborah Cristina Roxo. **O Poder Normativo da Administração Pública Sob a Ótica Constitucional, Legal e Financeira**. Coimbra, 2005. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 01 jul. 2013.

³⁵ PINHO, Deborah Cristina Roxo. **op. cit.** *Apud* OTERO, Paulo. **Legalidade e**

É inegável o dever da Administração para com a legalidade. Por força desta, a observância de outros princípios também é compulsória na expedição de atos discricionários do administrador público. A lei passa uma crise não conseguindo mais ser exaustiva e daí surgem atos da administração revestidos de caráter similar às leis, as normas. Uma avaliação das funções do Estado torna-se necessária para o entendimento das possibilidades e do alcance das normas infralegais.

2 FUNÇÃO NORMATIVA DA ADMINISTRAÇÃO

A legalidade sozinha não garante plenamente a defesa do cidadão contra arbitrariedades do poder maior do Estado e, nesse contexto, faz-se necessário explanar sobre a separação dos poderes, em especial, no que cabe ao Parlamento versus o que cabe ao Executivo normatizar, ou seja, a função legislativa, a função normativa e as diferenças entre ambas.

2.1 Funções e Função Legislativa

Neste tópico, mostra-se o que são as funções principais do Estado e as correlações entre elas, para depois adentrar num significado da função legislativa. Vê-se que as três funções (Legislativa, Executiva e Judiciária) já não são suficientes para definir todas as atividades do Estado contemporâneo e finalmente que os nomes dados aos poderes não encerram todo o rol de funções que cada um deles exerce.

Quer-se adentrar nas funções do Estado e compreender a função legislativa e posteriormente comparar com a função normativa da Administração. Dessa maneira, há que se delimitar o que cabe ao legislador, e se existe possibilidade de inter-relações ou sobreamentos no cumprimento das atividades do Estado.

Os poderes do Estado podem ser divididos: (i) o Legislativo (ou poder Soberano para Kant), que integra a soberania e é exercido pelos legisladores; (ii) o Executivo, personificado pelo administrador que observa os ditames das leis e (iii) o Judiciário, que é dado à pessoa do juiz, o qual é competente para dar a cada um o que é seu, também conforme as leis.³⁶

Na análise de Montesquieu, as atividades do Estado são separadas de maneira a tornar transparente o *modus operandi* do Estado, porém não aparenta ter com esta cisma pretendido uma independência entre

³⁶ SOUZA, Leomar Barros Amorim de. **A produção normativa do Poder Executivo**: medidas provisórias, leis delegadas e regulamentos. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 32.

os poderes. Ao se elencar e dividir as tarefas do Estado pode-se buscar o equilíbrio e garantir a liberdade com a desconcentração de poderes. Outra consequência é a fiscalização exercida por um poder sobre o outro.³⁷

Para entender a atividade legislativa, primeiro convém correlacionar as funções do Estado e explicitar que elas não se exercem, na prática, de maneira independente. As teorias da segregação dos poderes não pretendiam separá-los, mas sim apresentar o funcionamento orgânico do Estado de maneira a sistematizar o conhecimento.

Entende-se mais claramente que não existe uma real autonomia ou independência dos poderes: “a teoria da separação dos poderes deve ser reformulada porquanto se evidencia que seu núcleo de validade concentra-se, em última análise, no processo de separação de funções”.³⁸

A classificação das funções do Estado deve ser mais amíuade, aproximando-se da realidade do Estado de Direito contemporâneo. Adicionam-se às funções judicial, legislativa e executiva as funções normativa, de controle, governativa, e administrativa. Corroboram, também, André Ramos Tavares com a desnecessidade de funções totalmente independentes.³⁹

A proposta de classificação das atividades do Estado em suas funções é adequada ao presente estudo, porquanto não se aprofundará cada uma delas. De maior interesse são as funções legislativa e normativa. Parece pacífico o entendimento que não são autônomas as funções do Estado.

A função legislativa caracteriza-se pela possibilidade da inovação originária do ordenamento jurídico e deve respeitar apenas a Constituição. Nesse sentido, os atos legislativos podem ser entendidos como

³⁷ PINHO, Deborah Cristina Roxo. *op. cit.* **Apud** CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 115.

³⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 150.

³⁹ TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos “poderes” do Estado, **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: RT, n. 29, ano 7, out.-dez., 1999, p. 66 e 71.

superiores aos demais, exceto à própria Constituição.⁴⁰

Para José Afonso da Silva, o maior diferencial da atividade legislativa é que essa é exercida pelos representantes eleitos pelo povo, devem, portanto, expressar a vontade popular. Não se vinculam a Leis anteriores, pois podem alterá-las nos limites impostos pelo princípio da Constitucionalidade.⁴¹

Parece claro neste ponto que a função legislativa é, de alguma forma, superior às demais. Os representantes populares podem, inclusive, alterar determinadas questões constitucionais (em processo específico de reforma constitucional, no exercício de função Constituinte). A possibilidade de trazer ao mundo jurídico novos elementos ou alterar elementos existentes é a característica maior dessa função.

Atividade legislativa, todavia, ainda que, de alguma forma superior às demais, sozinha, não conseguiria atingir os resultados almejados pela própria atividade quando da emissão das leis. Assim, ela só pode ser considerada pré-requisito das demais. Segundo Comparato:

No Estado idealizado por Locke e Montesquieu, a função primeira era a legislativa; por isso o principal órgão deveria ser o Parlamento. Acontece que a lei não é uma força propulsora da ação estatal, mas um balizamento desta. A idéia de uma 'Constituição dirigente', segundo a expressão cunhada por alguns juristas, é meramente retórica. A norma pode incitar a ação, pode ter um efeito promocional, mas não substitui, obviamente, as ações humanas. Como bem advertiu o próprio Montesquieu, o Parlamento, incumbido de votar as leis, não é feito para tomar 'resoluções ativas'.⁴²

Existe formalmente a separação das funções nos órgãos do Estado, mas estes não se limitam ao exercício das funções as quais lhe dão o

⁴⁰ ROMAN, Flávio José. **Os regulamentos e as exigências da legalidade**: estudo sobre a viabilidade dos regulamentos delegados no ordenamento jurídico brasileiro. Dissertação de mestrado aprovada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 01 jul. 2013.

⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 122.

⁴² COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 673.

nome, são essas apenas as suas funções principais.⁴³

A lei, resultado da função legislativa, não é suficiente para alcançar os seus próprios objetivos, pois padece de iniciativa para se concretizar. Os órgãos que exercem as funções legislativa, executiva e judiciária são denominados por suas funções principais. Nota-se, nessa perspectiva, que há, na realidade, uma colaboração entre as funções na concretização dos objetivos constitucionalmente delineados.

O Estado pode ser dividido, para melhor compreensão, em seus poderes ou funções. As funções não são independentes, mas complementares. A função legislativa é a que pode inovar no ordenamento jurídico com amarras apenas na Constituição. Se em certo sentido a atividade legislativa pode ser considerada superior às demais funções, é mais adequado, em boa verdade, considerá-la complementar às demais, pois que, como visto, a lei não se executa só.

Ademais, os órgãos do Estado não se encerram em sua função principal, como se fez questão de frisar. Bem por isso, o interesse do presente trabalho centra-se não especificamente na função legislativa, mas, sim, na expedição de normas – conotação mais ampla – razão pela qual examinar-se-á outras funções similares.

2.2 Função Normativa *versus* Regulamentar

A função normativa de agências é aparentemente confusa com a função legislativa e com a função regulamentar. De fato, para alguns autores não há distinção entre normatizar e regulamentar. Há sim diferença entre o ato administrativo e o ato regulamentar.

Não é possível qualificar a legalidade e a legitimidade de atos normativos expedidos por agências sem compreender as características

⁴³ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 230-231.

técnicas-jurídicas dos mesmos. Assim, é imperativo entender o que é a função normativa de uma agência reguladora.

Todas as funções decorrem do poder maior, que é o Constituinte. Este configura o Estado e dá ao Poder Executivo o dever de sancionar, promulgar e publicar as leis. Ainda, é parte do Poder Executivo a tarefa de detalhar as leis para torná-las executáveis. Nesse sentido, entende-se por poder regulamentar o exclusivo do presidente da República (artigo 84 da Constituição Federal).⁴⁴

É possível que um poder que seja delegado, mediante previsão legal, incluindo nesta os contornos possíveis:

Há delegação toda vez que a lei remete ao Executivo a criação das regras que configuram o direito ou que geram obrigação, o dever ou a restrição à liberdade. Isto sucede quando fica deferido ao regulamento definir por si mesmo as condições ou requisitos necessários ao nascimento do direito material ou ao nascimento da obrigação ou dever.⁴⁵

O poder regulamentar pode ser entendido como aquele exclusivo do presidente, previsto no artigo 84 da Constituição Federal, para detalhar as leis tornando possível sua implementação. Existe a possibilidade de delegação de funções a outros poderes, mediante intenção expressa de fazê-lo e traçando, nas leis de delegação, os limites para tanto.

Regular (de Regulação) inclui as atividades de normatizar, fiscalizar, mediar conflitos, conferir outorgas dentro de um setor econômico sujeitos a falhas de mercado. Esta é uma função do estado que engloba várias atividades aparentemente confusas com as do poder legislativo e com as do poder regulamentar.⁴⁶

A atividade normatizadora exercida por agências para

⁴⁴ MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 96-97.

⁴⁵ SUNFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 35.

⁴⁶ SANTIAGO JUNIOR, Fernando Antonio. **A regulação do setor elétrico brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 27-29.

disciplinar e fomentar o setor regulado refere-se à “produção de regras técnicas acerca do desempenho de atividades econômicas relevantes passa à titularidade de órgãos técnicos”.⁴⁷

Alguns autores chamam de atividade normatizadora a parte da atividade de regular exercida por agências. Assim, inexistente a confusão entre regulamentar e regular. Tampouco pode ser a função de regular confundida com a de normatizar, pois regular é, na verdade, uma série de atividades, enquanto normatizar, para alguns autores, é uma função regulamentar, mas diferente da do chefe do Executivo, para outros é simplesmente um ato administrativo.

Os atos administrativos, nele incluídos os normativos editados por agências, devem estar em conformidade com a lei, ter presunção de legitimidade, ser imperativos, ser exigíveis; primar por tornar indisponível o interesse público (conforme regime constitucional); ter motivação; ser auto-executórios; ter possibilidade de contraste pelo judiciário; ter possibilidade de revogação; ter o dever de invalidar, sanear ou se manter por impedimento do próprio ordenamento jurídico.⁴⁸

Para Flavio José Roman, os atos normativos expedidos por agências reguladoras são atos regulamentares especializados, dependentes de habilitação legal, que tem prevalência sobre atos regulamentares gerais do presidente da república (pelo princípio da especialidade) e estão autorizados pelo poder regulamentar do Executivo conforme inciso V do artigo 49 da Carta Magna, e não se confundindo com os do artigo 84.⁴⁹

Existem diferenças entre os atos administrativos e os atos normativos expedidos por agências reguladoras a ponto de não se poder

⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 362.

⁴⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Vale. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 164-165.

⁴⁹ ROMAN, Flávio José. **Os regulamentos e as exigências da legalidade: estudo sobre a viabilidade dos regulamentos delegados no ordenamento jurídico brasileiro**. Dissertação de mestrado aprovada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 01 jul. 2013.

classificá-los como iguais: parece mais adequado entender as normas de agências como atos regulamentares especializados, pois não gozam de auto-executoriedade (como os atos administrativos), mas gozam de caráter geral e abstrato para os agentes de determinado setor econômico.

É inafastável e unânime entre os autores consultados na presente pesquisa a dependência da lei na edição de normas. As agências reguladoras expedem, dentre outros atos, resoluções normativas que são válidas apenas quando alcançadas nos limites legais em destaque os contornos de suas leis de criação.

Regular, no sentido de normatizar, é a expedição de atos por agências reguladoras que trazem detalhamentos necessários à execução das leis e constituem-se de comandos obrigatórios aos agentes de um setor econômico dentro da esfera de atuação legal delegada das funções legislativa e administrativa a uma agência.⁵⁰

O novo tipo de direito baixado por agências reguladoras, ou seja, as normas editadas por estas entidades, coloca-se em nível hierárquico inferior às leis e aos regulamentos que versem especificamente sobre o mesmo tema.⁵¹

Os regulamentos expedidos por agências são normas que valem apenas dentro do setor regulado, logo, pelo princípio da especialidade podem ser superiores a regulamentos genéricos, mas devem sempre estar nos limites legais e alinhados com as políticas públicas, ou regulamentos, para a matéria.

É fácil perceber das opiniões dos autores pesquisados que todos os regulamentos devem estar alinhados com a lei. Entende-se que os regulamentos das agências devem, portanto, obediência a Lei e a

⁵⁰ MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 96-97.

⁵¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade**. In: *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum. Belo Horizonte, 2009, p. 48.

regulamentos, desde que estes sejam específicos para o setor, regulamentos mais generalistas podem ser afastados pelas características técnicas do setor regulado.

3 LEGALIDADE DAS NORMAS EXPEDIDAS POR AGÊNCIAS REGULADORAS

O presente capítulo tem o propósito de avaliar mais amiúde as inovações no ordenamento jurídico introduzidas pelas normas (regulamentos) e particularmente as normas editadas por agências reguladoras. Depois, pretende-se explanar sobre a legitimidade de tais normas e, finalmente, apresentar os contornos do caso concreto para análise.

3.1 Normas e inovações no ordenamento jurídico

A avaliação da possibilidade das normas inovarem no ordenamento jurídico passa pela sua função correlata, assim, compara-se a lei expressa pela função legislativa, o regulamento pela função regulamentar e a norma expedida por agência reguladora, que é uma espécie de regulamento que vale apenas para o setor regulado (item 2.2), os regulamentos setoriais. Analisa-se o significado da expressão criar direito, muito utilizada como sinônimo de inovação originária no ordenamento jurídico e sua relação com a lei e o regulamento.

Impende verificar a possibilidade de inovações trazida pelas normas, pois a dúvida suscitada no título do trabalho pode ser respondida, em parte, se houver legalidade nas novidades trazidas ao ordenamento por normas regulamentares expedidas em entes da Administração.

Pode-se depreender da obra de Caio Tácito que “Lei e regulamento são momentos distintos e inconfundíveis da atividade normativa do Estado. Ambos, no entanto, são dotados dos mesmos requisitos de generalidade, abstração e novidade que são próprios à norma de direito”.⁵²

A expressão criar direito utilizada por muitos autores não define

⁵² TÁCITO, Caio. **Lei e regulamento (1956)**. In: **Temas de direito público: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, vol. 1, p. 477.

satisfatoriamente a diferença entre regulamento e lei. A diferença é mais bem explicada em termos da função exercida, se legislativa ou se regulamentar. Não cabe questionamento sobre a possibilidade de o regulamento inovar, em algum sentido, o ordenamento jurídico, até porque se não o fizesse, seria mera cópia da lei, sendo, portanto a própria existência do regulamento seria desnecessária.

Uma norma regulamentar deve, necessariamente, trazer algo novo ao mundo jurídico, que não estava disposto no texto legal, sob pena de ser redundante à Lei, e, por conseguinte, inócua por ser uma simples cópia da lei:

Assim, podemos concluir, como parece fazer Kelsen, que a edição de regulamentos ou cria direito novo, por prescrever comportamento não previsto em lei preexistente (ao menos não disciplinado em todos os seus contornos), ou é redundante e desprovida de efeitos, por determinar um comportamento já antes estabelecido.⁵³

A Lei pode inovar originariamente, embasada apenas na Constituição, e ao regulamento cabem às inovações embasadas na Lei. Não existe materialmente diferenciação que explicita a diferença entre regulamento e lei, o critério é formal e hierárquico: a Lei é ato do poder Legislativo no exercício da função de legislar, atos do Executivo não podem receber a denominação de Lei e são inferiores a ela.⁵⁴

Tanto as leis como os regulamentos inovam no mundo jurídico, não haveria porque existirem se não o fizessem. A diferença é que o regulamento deve obediência à lei, enquanto a lei deve obediência apenas à Constituição.

É possível no ordenamento jurídico brasileiro em seus pilares legais que possam coexistir a lei e o regulamento, mesmo quando esse é de

⁵³ BRUNA, Sergio Varella. **Agências reguladoras: poder normativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 75.

⁵⁴ ROMAN, Flávio José. **Os regulamentos e as exigências da legalidade: estudo sobre a viabilidade dos regulamentos delegados no ordenamento jurídico brasileiro**. Dissertação de mestrado aprovada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 01 jul. 2013.

caráter inovador, desde que haja previsão normativa legal autorizando a Administração, e, como parte dela as agências reguladoras, para a expedição de regulamentos. Decorre da incapacidade legislativa face aos anseios da sociedade e da especificidade e especialização técnica dos temas abordados. Naturalmente, as leis de autorização devem delimitar os contornos de atuação do ente normatizador.⁵⁵

A regulação estatal, que pode ser considerada uma expressão da tecnicidade e da discricionariedade necessária à consecução da prestação de serviços em setores econômicos de interesse, é legítima como ato normativo quando agrega os princípios constitucionais da legalidade com os da ordem econômica. Tem assim a Administração a obrigação de intervir em mercados imperfeitos.⁵⁶

A incapacidade de produção normativa do legislativo para atender os anseios de setores econômicos onde há imperfeições de mercado é entendimento comum dos autores pesquisados, como também o é a especificidade técnica dos temas abordados nas normas que regulamentam estes setores. Mais que isto, é obrigação da Administração intervir e assim é obrigação do Legislativo fornecer as ferramentas legais para tal atuação.

As agências reguladoras são criadas ou extintas pelo Legislativo, com dirigentes indicados e políticas traçadas para o setor pelo Chefe do Executivo e sujeitas a controle do Judiciário para verificação da legalidade, razoabilidade e do devido processo legal. Com as agências aparece a deslegalização dos conceitos tradicionais e positivados ao passar competência normativa primária a uma entidade da Administração.⁵⁷

Conforme ensina Enterría:

⁵⁵ PINHO, Deborah Cristina Roxo. **O Poder Normativo da Administração Pública Sob a Ótica Constitucional, Legal e Financeira**. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 01 jul. 2013.

⁵⁶ GUERRA, Sérgio. **Introdução ao Direito das Agências Reguladoras**. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 8-9.

⁵⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática**. In: LANDAU, Elena. **Regulação Jurídica do Setor Elétrico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 29-56.

*Llamamos deslegalización a La operación uqe efectúa una Ley que, sin entrar em La regulación material de um tema, hasta entonces regulado por Ley anterior, abre dicho tema a La disponibilidad de La potestad reglamentaria de La Administración.*⁵⁸

A deslegalização trás consigo uma forte necessidade de se prever em Lei os limites das habilitações para a competência regulamentar dos entes administrativos, haja visto que a matéria já foi anteriormente entendida como reservada à Lei, muito mais do que uma expressão da delegação de competência normativa à Administração. Esses entes administrativos que tem amarras democráticas a todos os poderes devem regular, o que inclui regulamentar setores, mas dentro da Lei.

A Lei é a única forma de expressão da inovação completamente original no ordenamento jurídico, com amarras apenas na Constituição. Os regulamentos devem trazer inovações sim, mas apenas as que a Lei permitir. Não é diferente com os regulamentos exarados pelas agências, mas que, adicionalmente, devem respeitar as políticas públicas setoriais expedidas por atos regulamentares setoriais do chefe do executivo.

A delegação de função regulamentar às agências tem origem na especificidade e tecnicidade do setor regulado (setor econômico sujeito a falhas de mercado), da incapacidade do congresso de produzir leis nesses temas.

A passagem de funções à Administração que tradicionalmente reservava-se ao Legislativo é feita dentro de limites de legalidade e as funções não são legislativas, pois devem respeito à lei: se fossem legislativas deviam observância à Constituição apenas.

No universo da regulamentação setorial, busca-se a legitimação nos atos de outras maneiras, como se vê no próximo tópico.

⁵⁸ ENTERRÍA, Eduardo García de; Fernandez, Tomás Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 2006, p. 277.

3.2 Legitimidade dos atos normativos

A legalidade é condição sem a qual não se pode considerar válidos os regulamentos de órgãos da Administração, mas devem ser observadas algumas orientações de conteúdo mínimo das leis. Adicionalmente, tem-se uma incompleta legitimidade democrática nos órgãos, pois seus dirigentes não foram eleitos pelos administrados. A solução para a questão adicional está com os próprios administrados, como vê-se adiante.

A regulamentação setorial possui características especiais já vistas, podendo trazer, inclusive novidades no ordenamento jurídico e, para tanto, necessita de legitimação, o que é o objeto da pesquisa exposta nesse item.

O fortalecimento da comunicação com a sociedade no intuito de fazer valer os direitos dos administrados no exercício das funções normativas das agências mudou paradigmas tradicionais na Administração. As principais diferenças com modelos anteriores são a função normativa em órgãos da administração e a participação privada.⁵⁹

É verificado que as agências estão inovando o ordenamento jurídico e é premente que continuem fazendo diante da incapacidade do legislador. Há possibilidade das agências legitimamente exercerem funções normativas exclusivamente sobre aspectos técnicos do setor regulados desde que:

- a) sempre que a questão técnica implique na inovação da ordem jurídica, criando ou fazendo desaparecer direitos e obrigações, possa a norma, antes da sua vigência, permitir o contraditório (quer por audiências públicas, quer pela notificação pessoal dos interessados) por parte da cidadania, que é, sempre, mediata ou imediatamente, atingida pela estatuição primária havida no ordenamento jurídico;
- b) para tanto, é indispensável a imediata elaboração de um Código de Procedimento Administrativo para, no âmbito das agências reguladoras, permitir a materialização do explicitado no item anterior;

⁵⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 154.

- c) que, a fundamentação técnica apresentada (discricionariedade técnica) pela agência reguladora, seja, sempre, passível de apreciação judicial, inclusive com a suspensão liminar de seus efeitos, se for o caso; e
- d) que, neste caso, o Poder Judiciário relativize o princípio da presunção de constitucionalidade do ato normativo atacado.⁶⁰

As alterações no mundo jurídico que acompanham a produção regulamentar das agências são recobertas de questões que devem ser observadas para tornar legítimos os regulamentos, sendo a participação dos interessados no processo a principal condição em conjunto com a legalidade e a autorização na lei da agência dispor sobre normas nos setores regulados. O controle jurisdicional desses atos é importante como para todas as leis.

As normas produzidas por agências devem seguir os pressupostos dos demais atos da administração pública. São alinhadas com todos os fundamentos do sistema jurídico, precisam ser absolutamente legais e constitucionais. Mais que isso devem ser materializadas em conjunto com a sociedade, especialmente os agentes do setor regulado.⁶¹

Para Flávio J. Roman, as leis que habilitam entes da administração exercer função normativa devem indicar: os princípios jurídicos incidentes na área de regulação da lei; as finalidades a serem atendidas; as possíveis restrições aos direitos fundamentais; e, eventual sanção punitiva pelo desatendimento das normas regulamentares.⁶²

Entende-se que as normas produzidas pelas agências não são atos administrativos, mas sim atos regulamentares. Naturalmente, devem seguir os pilares do sistema jurídico e devem ser legais e legítimas. Mais do que isto, devem ter fundamento em lei que autorize a expedição de normas setoriais e se alinhar com as políticas públicas setoriais.

⁶⁰ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Manole, 2003, p. 182-183.

⁶¹ MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 96-97.

⁶² ROMAN, Flávio José. **Os regulamentos e as exigências da legalidade**: estudo sobre a viabilidade dos regulamentos delegados no ordenamento jurídico brasileiro. Dissertação de mestrado aprovada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 01 jul. 2013.

A validade da delegação de competência normativa é pautada na impossibilidade de o legislador definir todo um conjunto de normas setoriais por sua complexidade técnica e necessidade rápida e constante de mudanças. Assim, a lei deve prever os instrumentos que cada setor necessita e habilitando as agências a exercer uma correta regulação pautada na legalidade.⁶³

Os normativos editados por agências têm sua base na participação e negociação com as partes interessadas, e isto é um dos fatores que o legitima.⁶⁴

A Lei de criação de entidades reguladoras deve conferir os instrumentos necessários à confecção dos regulamentos setoriais e, necessariamente, deve haver participação negociada de toda a sociedade atingida pela norma setorial.

No processo normativo das agências devem ser levadas em conta as propostas dos interessados. A proposta final deve ser algo entre a inicial e as propostas, não podendo ser algo novo, se for este o caso deve-se reabrir a participação dos administrados. O processo de ouvir aos interessados deve ter sentido prático, sendo as formalidades, apesar de necessárias, menos importantes que a eficiência do processo de levar em conta os interesses dos administrados.⁶⁵

A participação dos agentes regulados ou consumidores atingidos por determinado regulamento setorial é condição para a legitimação desta. Não basta que o processo seja proforma. Em caso de não utilização das proposições da sociedade deve-se responder pontualmente a impossibilidade do aproveitamento da proposição. Também deve observar o regulador a

⁶³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras no Setor de Energia entre Especialidade e Eficiência**. In: Landau, Elena. **Regulação Jurídica do Setor Elétrico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 66-68.

⁶⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade**. In: **Direito Regulatório: Temas Polêmicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum. Belo Horizonte, 2009, p. 48.

⁶⁵ BRUNA, Sergio Varella. **Agências reguladoras: poder normativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 275-278.

eventual necessidade de uma nova consulta ao setor caso o resultado modifique sobremaneira a proposta original.

São legítimos os regulamentos expedidos por entes da administração desde que observados os pressupostos de legalidade e participação popular. Os autores pesquisados fazem advertências sobre a prescrição nas leis para tornar o processo ainda mais legítimo. Para possibilitar a avaliação proposta no trabalho frente à legalidade e a legitimidade, deve-se apresentar o caso e o arcabouço legal no qual esse está inserido.

3.3 O caso em análise

Exploram-se, no presente item, os principais delineamentos do caso concreto (processo administrativo 48500.003159/2007-56 e leis correlacionadas) proposto para posteriormente analisá-lo.

De posse das ferramentas jurídicas apresentadas nos itens anteriores, pode-se apresentar e analisar o caso concreto e responder à pergunta: em que medida os critérios de seleção da Resolução 343/08 alinham-se ao princípio da legalidade?

O processo 48500.003159/2007-56 (páginas 1 a 960) foi instaurado pela ANEEL, de ofício, em 12/06/2007, com o objetivo de transformar a parcela da Resolução ANEEL nº 395/1998 no que se refere às Pequenas Centrais Hidrelétricas – PCHs com vistas a alterar a forma de seleção do interessado.

O derradeiro critério para selecionar o interessado era a propriedade da maior área a ser afetada pelo futuro reservatório da usina. (Resolução ANEEL nº 395/1998, art. 18, inciso “III – aquele que for proprietário ou detiver direito de livre dispor da maior área a ser atingida pelo aproveitamento em questão, com base em documentação de cartório de registro de imóveis”).

O objetivo inicialmente proposto, como o próprio assunto do processo (LICITAÇÃO PARA OUTORGA DE PCH, DENTRE OUTROS) descreve, era realizar licitação para outorgas de PCHs, ao invés de selecionar os interessados por outros critérios.

Foi proposta a alteração dos critérios de seleção (Nota Técnica nº 107/2008-SGH/SRG/SCG/ANEEL), sendo o derradeiro critério passado de propriedade das terras para sorteio e o processo foi assim disponibilizado ao público para contribuições em forma de Audiência Pública nº 038/2008, de 12/06/2008 a 31/08/2008, na modalidade intercâmbio documental, com sessão presencial em 02/07/2008.

Após ampla participação da sociedade, com a apresentação de 525 contribuições via correspondências, participação de 23 expositores na sessão presencial, e realização de audiências no Senado (02/07/2008) e Câmara dos Deputados (13/08/2008 e 25/11/2008) (NT 107/2008-SGH/SRG/SCG/ANEEL), foi mantido o critério de terras como o último e derradeiro na seleção dos interessados.

Em reunião pública da Diretoria Colegiada da ANEEL, realizada em 09/12/2008, foi aprovada a Resolução ANEEL nº 343/2008, que em seu art. 11, inciso III dita:

Aquele que for proprietário da maior área a ser atingida pelo reservatório do aproveitamento em questão, com documentação devidamente registrada em cartório de imóveis até o prazo de quatorze meses após a efetivação do primeiro registro na condição de ativo.

A Lei nº 9.427/1996 esclarece as competências da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, dentre elas a de implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9.074/1995. Adiciona-se:

Art. 3º-A Além das competências previstas nos incisos IV, VIII e IX do art. 29 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, aplicáveis aos serviços de energia elétrica, compete ao Poder Concedente: [...]

II - celebrar os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público e expedir atos autorizativos. [...]

§ 3º A celebração de contratos e a expedição de atos autorizativos de que trata o inciso II do caput deste artigo poderão ser delegadas à ANEEL. [...]

Art. 26. Cabe ao Poder Concedente, diretamente ou mediante delegação à ANEEL, autorizar: (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004)

I - o aproveitamento de potencial hidráulico de potência superior a 1.000 kW e igual ou inferior a 30.000 kW, destinado a produção independente ou autoprodução, mantidas as características de pequena central hidrelétrica; (Redação dada pela nº Lei 9.648, de 1998)

O regulamento da Lei nº 9.427/96, qual seja, o Decreto nº 2.335, de 6 de outubro de 1997, trouxe em seu anexo os dispositivos:

Art. 4º À ANEEL compete:

I - implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração de energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica; [...]

IV - regular os serviços de energia elétrica, expedindo os atos necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela legislação em vigor; [...]

XXXI - emitir atos de autorização para execução e exploração de serviços e instalações de energia elétrica;

Avaliando o caso face ao princípio da legalidade, em que pese a lei ou regulamento não explicitar que compete à ANEEL fixar os critérios de seleção para as autorizações, o que seria mais seguro e não suscitaria dúvidas quanto à possibilidade, percebe-se que o regulamento expedido pela ANEEL trouxe inovações ao ordenamento jurídicos dentro da esfera de atuação da agência, ainda que delegada do poder concedente.

Por se tratar de alteração de direitos dos administrados, houve o devido processo de consulta à sociedade necessário para legitimar os atos, inclusive com o abandono do que a própria agência inicialmente imaginava fosse o mais apropriado para a implantação de critério que a sociedade interessada, inclusive o congresso nacional, propôs.

CONCLUSÃO

A administração está vinculada ao princípio da legalidade. A expedição de atos na função regulamentar por órgãos da administração deve ser autorizada por lei e legitimada pela participação da sociedade interessada. Estes atos também se vinculam às políticas públicas traçadas para o setor regulado. Sempre que há necessidade de expedição de algum ato normativo regulamentar haverá inovação no mundo jurídico. Os critérios de seleção empregados pela ANEEL são legais e foram legitimados pela participação da sociedade no processo.

Recomenda-se na edição de leis que habilitem o exercício da função normativa a delimitação clara dos contornos dessa habilitação, a especificação da necessidade de consulta efetiva ao público de alguma forma afetado, e como se dará o controle dos atos. Também se recomenda a especificação dos princípios jurídicos incidentes, as finalidades a serem atendidas e possíveis restrições a direitos fundamentais, e eventualmente, as sanções aos agentes regulados pelo descumprimento do regulamento.

Este trabalho pode ter continuidade com uma pesquisa jurisprudencial e doutrinária acerca das inovações no mundo jurídico trazidas por atos regulamentares da Administração. Também se pode preparar e propor ao Congresso Nacional a inclusão das recomendações nas leis de autorização de delegação de funções normativas.

Entendeu-se no estudo que os atos normativos não são atos administrativos, mas que é unânime o dever de ambos os atos expedidos pela administração a obediência ao princípio da legalidade. Que a função legislativa é aquela que deve obedecer apenas à constituição e, que a função regulamentar é a função exclusiva do chefe do executivo e a normativa refere-se ao detalhamento feito pelos demais órgãos com vistas à execução da Lei. Essa última é citada indistintamente da função regulamentar por alguns autores. As duas últimas têm que estar de acordo com a lei, mas também devem trazer novidades ao mundo jurídico.

A ANEEL pode estabelecer critérios para seleção de outorgas de Pequenas Centrais Hidrelétricas sem ter havido prévia e explícita previsão legislativa? Sim, pode. Foram demonstrados os requisitos de legalidade e legitimação, da seguinte forma: a Agência tem delegação para exercer a função regulamentar, tem delegação para autorizar os empreendimentos enquadrados no caso e, no processo de regulamentação, os interesses do público alvo da norma foram levados em consideração.

Ao demonstrar que é possível o estabelecimento de direitos e deveres aos administrados por meio da expedição de normas foi explorada a questão da legalidade, intrinsecamente relacionada com as funções da Administração. Depois se verificou a possibilidade de delegação de funções regulamentares a entes da Administração e foi apresentada a necessidade, na expedição de regulamentos, que se acrescente, necessariamente, algo novo, sob o risco de ser a regulamentação desnecessária. É necessária a legitimação pelos interessados atingidos pela norma.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Legalidade e regulamentos administrativos no direito contemporâneo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: RT, n. 41, out.-dez., 2002, p. 114.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 229, jul.-set., 2002, p. 306.

_____. **Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática**. In: LANDAU, Elena. **Regulação Jurídica do Setor Elétrico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Estado do Futuro**. São Paulo: Pioneira. São Paulo, 1998.

BRUNA, Sergio Varella. **Agências reguladoras: poder normativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

COMPARATO, Fabio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. **Igualdade perante a lei e due process of law**. In **Problemas de direito positivo**. Estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey. Belo Horizonte, 2007.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón e ENTERRÍA, Eduardo García de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: RT, 1991.

_____. **Curso de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Vale. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 164-165.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. São

Paulo: Malheiros, 2005.

GUERRA, Sérgio. **Introdução ao Direito das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

JESCH, Dietrich. ***Ley y administración, Estudio de la evolucion del principio de legalidad***. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1978.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LEONEL, Ricardo de Bastos. **Limites do poder regulamentar**. In: **Direito Regulatório: Temas Polêmicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum. Belo Horizonte, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras no Setor de Energia entre Especialidade e Eficiência**. In: Landau, Elena. **Regulação Jurídica do Setor Elétrico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. 13. ed. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2002.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Ensaio sobre a lei**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2002.

_____. **Lei e regulamento**. Coimbra: Coimbra, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Manole, 2003.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública – o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade**. In: **Direito Regulatório: Temas**

Polêmicos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, Belo Horizonte, 2009.

PINHO, Deborah Cristina Roxo. **O Poder Normativo da Administração Pública Sob a Ótica Constitucional, Legal e Financeira**. Coimbra, 2005. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 01 jul. 2013.

QUEIRO, Afonso Rodrigues. A teoria do "desvio de poder" em direito administrativo [1ª parte]. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, out.-dez., 1946, vol. 6, p. 44.

ROMAN, Flávio José. **Os regulamentos e as exigências da legalidade: estudo sobre a viabilidade dos regulamentos delegados no ordenamento jurídico brasileiro**. Dissertação de mestrado aprovada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 01 jul. 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. São Paulo, 2007.

SANTIAGO JUNIOR, Fernando Antonio. **A regulação do setor elétrico brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUSA, Leomar Barros Amorim de. **A produção normativa do Poder Executivo: medidas provisórias, leis delegadas e regulamentos**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003.

TÁCITO, Caio. **Lei e regulamento (1956)**. *In: Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos "poderes" do Estado, **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: RT, n. 29, ano 7, out.-dez., 1999, p. 66 e 71.