

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

NELSON BISCHOFF

**A LEGALIDADE E LEGITIMIDADE DOS
REGULAMENTOS E NORMATIVOS
PRODUZIDOS PELAS AGÊNCIAS
REGULADORAS INDEPENDENTES
BRASILEIRAS**

**BRASÍLIA,
FEVEREIRO 2016**

NELSON BISCHOFF

**A LEGALIDADE E LEGITIMIDADE DOS REGULAMENTOS E NORMATIVOS
PRODUZIDOS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES
BRASILEIRAS**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para obtenção de título de Especialista em Direito Administrativo

**BRASÍLIA,
FEVEREIRO 2016**

Nelson Bischoff

**A legalidade e legitimidade dos regulamentos e normativos produzidos pelas
agências reguladoras independentes brasileiras**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-
Graduação em Direito como requisito parcial
para obtenção de título de Especialista em
Direito Administrativo

Brasília-DF, 25 de fevereiro de 2016.

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto a análise relativa à legalidade e legitimidade dos regulamentos e normativos produzidos pelas agências reguladoras independentes brasileiras, sem contudo ter por pretensão esgotar o assunto, dada a extensão, complexidade e controvérsias concernentes aos temas envolvidos. Inicialmente são abordados aspectos históricos e contextuais que levaram ao surgimento das agências reguladoras em nosso país. Sequentemente discorre-se sobre pontos sensíveis identificados no moderno debate doutrinário ligados aos princípios da legalidade e da legitimidade. De posse dos conteúdos instrumentalizadores vistos nos estudos anteriores, estreita-se paulatinamente o foco da pesquisa sobre a questão ligada ao poder regulamentar e normativo da Administração, descendo até as especificidades deste poder no tocante aos entes da administração indireta, mais detidamente das autarquias especiais, forma de pessoa jurídica usualmente atribuída às agências reguladoras federais. Elabora-se por fim uma visão panorâmica e sintetizadora do estágio atual em que se encontra o entendimento com respeito a legalidade e legitimidade dos normativos produzidos pelas agências reguladoras independentes no Brasil.

Palavras-chave: Agências Reguladoras Independentes. Estado Regulador. Legalidade. Legitimidade. Poder Normativo.

ABSTRACT

The purpose of this paper is the analysis regarding to the legality and legitimacy of regulations and normative produced by Brazilian independent regulatory agencies, without, however, having the pretention to exhaust the subject, given the extent, complexity and controversies regarding the involved issues. The historical and contextual aspects that led to the emergence of regulatory agencies in our country are initially discussed. Following it talks about sensitive issues identified in the modern doctrinal debate linked to the principles of legality and legitimacy. Having the instrumentation content's seen in previous studies, the focus of the research about the issue related to the regulatory and normative Administration power is gradually straitening, going down to the specificities of this power concerning the entities of indirect administration, more attentively on special independent agencies, kind of legal entity usually attributed to federal regulators agencies. Finally it elaborates a panoramic and synthesized view of the current state about the understanding regarding to the legality and legitimacy of normative produced by independent regulatory agencies in Brazil.

Keywords: Independent Regulatory Agencies. Regulatory State. Legality. Legitimacy. Normative power.

RESUMEN

Este documento tiene como objetivo el análisis relativo a la legalidad y legitimidad de los reglamentos y normativos elaborados por las autoridades independientes de reglamentación brasileñas, sin embargo, no tiene la pretensión de agotar el tema, dado el alcance, la complejidad y las controversias relativas a las cuestiones planteadas. Comienza por discutir aspectos históricos y contextuales que dieron lugar a la aparición de las agencias reguladoras en nuestro país. Posteriormente se discute sobre temas sensibles identificados en el moderno debate doctrinal vinculado a los principios de la legalidad y legitimidad. Teniendo en cuenta los contenidos instrumentalizadores enseñados en los estudios anteriores, gradualmente se estrecha el foco de la investigación sobre el tema relacionado al poder reglamentario y normativo de la administración, yendo hasta las especificidades de este poder en relación a los entes de la administración indirecta, con detenimiento en las autarquías especiales, un tipo de persona jurídica usualmente atribuida a las agencias reguladoras federales. Se elabora, finalmente, una visión panorámica y sintetizadora del estado actual en el que se encuentra el entendimiento en relación a la legalidad y la legitimidad de las normas producidas por las agencias reguladoras independientes en Brasil.

Palabras clave: Agencias Reguladoras independientes. Estado Regulador. Legalidad. Legitimidad. Poder Normativo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 AGÊNCIAS REGULADORAS.....	11
2 LEGALIDADE E LEGITIMIDADE.....	18
3 O PODER REGULAMENTAR E NORMATIVO DA ADMINISTRAÇÃO.....	23
CONCLUSÃO.....	43
REFERÊNCIAS.....	44

INTRODUÇÃO

O Brasil, a partir do final da década de 1980, a exemplo do que já havia ocorrido em países da Europa e nos Estados Unidos, iniciou um processo de mudança paradigmática no tocante a concepção e forma de atuação do Estado. Uma profunda e generalizada crise fiscal assolava estes países, que adotavam o modelo de Estado provedor, no qual as crescentes demandas sociais por bens e serviços tidos como públicos eram supridos diretamente pelo Estado. Neste modelo, o Estado atuava como produtor direto de bens e serviços econômicos através de empresas públicas ou instituições de outra natureza jurídica que, no mais das vezes, detinham o monopólio em sua área de atuação, mantendo a iniciativa privada a margem do processo.

Frente à insustentabilidade econômica deste modelo, a solução vislumbrada foi a adoção do conceito de Estado mínimo. Nesta concepção, o Estado passa a atuar exclusivamente em suas funções típicas como, por exemplo, segurança, justiça e defesa da soberania nacional.

O Estado mínimo caracteriza-se pela liberalidade por ele admitida com relação a atuação dos mercados e de seus partícipes permitindo que os mesmos se auto regulem de forma espontânea segundo leis econômicas que regem o comportamento puramente capitalista do mercado. Outra dístico do Estado mínimo é o abstencionismo, que pode ser entendido como a postura que o mesmo adota permitindo a ampla liberdade de ação dos agentes econômicos, entendendo que os mesmos se incumbirão de suprir as necessidades e demandas da sociedade de acordo com leis de mercado como por exemplo a da oferta e da procura. Outro ponto relevante a considerar é que o Estado mínimo de certa forma ignora as externalidades negativas geradas pela atividade econômica desregrada e espontânea.

Já o Estado provedor, por vezes qualificado como intervencionista, *welfare state*, Estado providência ou Estado social é aquele no qual o mesmo assume em grande parte a responsabilidade pelo provimento direto dos serviços e bens ditos públicos. Além disso, algumas ações de regulação e regramento dos mercados são

tomadas buscando a mitigação de externalidades negativas típicas da atuação capitalista dos agentes privados assim como para o atingimento de algumas metas de políticas públicas. Contudo a ação reguladora não é característica central de sua atuação, tendo mais um caráter complementar a sua ação provedora direta.

Podemos dizer que o modelo de Estado Regulador adotado pelo Brasil, distingue-se tanto do abstencionismo do Estado liberal assim como do característico intervencionismo do Estado provedor.

Com isso, a produção de bens e serviços que não demandem necessariamente as prerrogativas do Estado para sua consecução são transferidas à iniciativa privada através do processo de desestatização. Em complemento e em paralelo ao processo de desestatização, verificou-se no Brasil, ao longo da década de 1990, a privatização de empresas e organizações estatais que não mais teriam função no novo modelo de Estado provedor.

Agora, o foco de atuação do Estado passa da produção direta, para a regulação e fiscalização dos serviços transferidos à iniciativa privada, tendo como principais instrumentos jurídicos para esta finalidade os contratos de concessão e de permissão para prestação de serviços públicos.

Neste novo contexto de atuação, o Estado percebe a necessidade de criação de novos órgãos e entidades com perfil prevalentemente técnico e especializado nos diversos segmentos de serviços públicos transferidos à iniciativa privada, de forma a estar aparelhado e habilitado a atuar de maneira competente e eficaz dentro desta nova realidade e em sua nova função regulatória.

Assim, entram em cena, na estrutura da Administração indireta brasileira, as agências reguladoras. Caracterizam-se, via de regra, como instituições do tipo autarquias especiais, dotadas de personalidade jurídica própria, dispondo, pelo menos em tese, de autonomia financeira e administrativa, vinculadas de forma não hierárquica à Administração direta. Tal conjunto de características entende-se como indispensável para uma atuação independente, despolitizada, isenta de pressões e capturas, como requer a atividade de regulação de mercados produtores e consumidores.

Dentre as funções típicas das agências reguladoras enumera-se a regulação do mercado, a edição de regulamentos normatizadores, a fiscalização de serviços prestados pelos concessionários e permissionários e, a mediação, arbitragem e arbitramento administrativo nos conflitos entre prestadores e entre prestadores e usuários/consumidores.

O fulcro do estudo ora proposto é a apuração, a evidenciação, o entendimento e a síntese relativos à percepção dos doutrinadores, dos juristas e dos acadêmicos com relação à legalidade e legitimidade, ou não, dos regulamentos e normativos produzidos pelas agências reguladoras independentes.

O ponto central aqui envolvido diz respeito à competência, ou não, das agências reguladoras para emitir comandos gerais e abstratos que afetem direitos e obrigações de pessoas físicas e jurídicas uma vez que a Constituição informa que as pessoas só estão obrigadas a fazer ou deixar de fazer, em virtude de lei. Um questionamento sintetizador desta inquietação seria: São legais e legítimos os regulamentos e normativos produzidos pelas agências reguladoras independentes brasileiras?

Para alcançar o objetivo a que esta pesquisa se propõe, é de bom alvitre que inicialmente abordemos alguns aspectos conceituais, jurídicos e sociais relativos às agências reguladoras. Também, outros dois estudos preliminares e instrumentalizadores se fazem necessários. O primeiro trata do princípio da legalidade e suas implicações e um segundo que aborda o poder regulamentar e normativo da Administração. De posse deste instrumental teórico estaremos aptos a buscar resposta ao questionamento sobre a legalidade e legitimidade dos regulamentos e normativos produzidos pelas agências reguladoras independentes brasileiras, foco desta pesquisa, sabendo-se de antemão que divergências de opiniões e controvérsias perpassam os três tópicos acima apontados.

1 AGÊNCIAS REGULADORAS

A temática relacionada às agências reguladoras é extremamente ampla, complexa e, porque não dizer, controversa. Diferentes ângulos e referenciais de análise levarão a diferentes percepções, realçando cada qual, facetas específicas destes entes administrativos, delegatários de frações do poder Estatal.

Visando manter o foco no escopo e proposta deste trabalho abordaremos prioritariamente, e de forma seletiva, aspectos das agências reguladoras atinentes e influentes na questão relativa a legalidade e legitimidade dos atos normativos praticados pelas mesmas.

Nesta senda, um dos enfoques possíveis para o estudo das agências reguladoras no contexto de um Estado Regulador é o que as enxerga como espaços institucionalizados com vistas a consecução e concretização de direitos fundamentais do cidadão e por extensão, da sociedade.

Sob este viés, será útil como etapa inicial, formadora de uma base referencial, uma retrospectiva relativa à evolução funcional, conceitual e política do Estado ao longo dos últimos três séculos. Do Estado-polícia ao Estado Regulador.

Dentre os objetivos desta breve *tour* encontra-se a visualização da situação jurídica do particular frente à produção do poder estatal em cada uma das fases evolutivas do Estado de Direito. Também, ficará evidenciada que *pari passu* à sucessão de tais fases evolutivas, ocorreram ampliações *in abstractu* e também implementações *in concreto* dos direitos fundamentais do cidadão; direitos estes, percebidos como pedra angular e objetivo maior desta trajetória evolutiva.

Na fase mais incipiente do Estado de Direito, após a derrocada das formas monárquicas de governo, o Estado-polícia foi a filosofia política prevalente. Sua principal característica e função era a consolidação do poder do Estado surgente como substituto do poder do rei. Neste período, ao particular era reservada a situação jurídica de súdito ou vassalo porquanto dependente da vontade de outrem, no caso do Estado.

No Estado liberal, sucessor do Estado-polícia, o particular burguês, se vê dotado de algumas prerrogativas oponíveis ao Estado.

Mais recentemente, já sob a égide do Estado social, o particular coloca-se na posição de beneficiário utente de prestações e serviços públicos, objetivadores estes, na esfera da concretude, de seus direitos fundamentais paulatinamente ampliados ao longo do tempo.

Uma das funções esperadas e praticadas pelo Estado social era a de prover diretamente à sociedade bens e serviços tidos como públicos. Esta prática visava, dentre outras coisas, a realização e concretização daqueles direitos do cidadão, tidos como fundamentais, e previstos até então apenas em nível de abstração ou mera positivação textual.

A partir da década de 1960 este modelo entrou em crise na Europa e nos Estados Unidos e, a partir das décadas de 1970 e 1980 no Brasil. Uma profunda e generalizada crise fiscal foi o deflagrador do declínio deste modelo. A produção de bens e serviços diretamente pelo Estado era tipicamente deficitária em termos econômicos. A insustentabilidade do modelo materializou-se quando da inexistência de recursos fiscais para aporte de capital com o objetivo de sustentação e cobertura de déficits econômicos observados sistematicamente nas operações das organizações e empresas estatais.

A dívida pública é reconhecidamente um dos principais indicadores com potencial para sintetizar e evidenciar a crise fiscal pela qual um país esteja passando. Abaixo um excerto da obra de Renato Jorge Brow Ribeiro na qual o autor nos fornece um breve histórico recente da situação da dívida pública brasileira no período de 1980 a 1984.

O período de 1980 a 1994, na História Econômica Brasileira, é caracterizado por altas taxas de inflação, podendo o comportamento da dívida pública ser dividido em períodos de 1980 a 1984, 1985 a 1989 e 1990 a 1994. O período de 1980 a 1984 foi fortemente influenciado pela crise de pagamentos que culminou com a moratória de 1982. Nesse momento, havia forte influência das ideias keynesianas, em que persistia a dúvida até quando o déficit público era saudável e indutor do desenvolvimento. O grande problema que se apresentou e que culminou com a moratória era a completa falta de controle dos montantes totais da dívida (não havia controle dos montantes das estatais, estados e municípios), o que foi corrigido a partir da

missão do FMI e do aparelhamento do Banco Central para exercer o controle efetivo da dívida. Nesse novo contexto, após se reconstituir a forma de contabilizar a necessidade Operacional de Financiamento do Setor Público, conseguiu-se reduzir o déficit operacional de 7,35% (1982) para 3,0% (1984) em relação ao PIB. Porém essa melhora da situação financeira foi obtida por meio da compressão de despesas públicas, não tendo sido tomadas medidas que alterassem as condições estruturais do Estado.¹

Além das inconsistências econômica e financeira das operações estatais outras ineficiências eram observadas: não cumprimento de metas e prazos de universalização na disponibilização de bens e serviços à sociedade, inadequação da mentalidade burocrático-estatal para gestão de negócios e operações típicas da iniciativa privada, ineficiência e ineficácia operacional, defasagem tecnológica dos produtos e serviços oferecidos, e, em última análise, a incapacidade de concretização e realização de direitos fundamentais do cidadão quando entendidos como disponibilização adequada de bens e serviços tidos como essenciais.

Frente ao esgotamento deste modelo, a solução vislumbrada foi a adoção do conceito de Estado mínimo, contraponto do então vigente Estado provedor. Na nova concepção, o Estado passa a atuar exclusivamente em suas funções típicas, inafastáveis e intransferíveis como, por exemplo, segurança, justiça e garantia da soberania nacional.

A produção de bens e serviços que não demandem as prerrogativas do Estado para sua consecução são transferidas à iniciativa privada através do processo de desestatização. As organizações estatais envolvidas com a produção direta de bens e serviços que não mais se enquadrem no conceito de Estado mínimo são privatizadas.

A palavra de ordem passa a ser a mudança de foco da atividade estatal: da produção direta de bens e serviços para regulação dos setores e atividades desestatizados.

Neste contexto surge então o Estado Regulador. Avaliando o centro de suas propostas percebe-se a intenção de: redução do custo econômico e social da

¹ RIBEIRO, Renato Jorge Brown. **Administração financeira e orçamentária**. 6ª ed. Brasília: Vestcon, 2013, p. 216.

máquina estatal; concentração da ação estatal em atividades inatas a sua essência e *expertise*; estímulo da atividade e iniciativa privada.

Além disso e talvez mais importante: introduz e estimula a mentalidade de participação social nos negócios do Estado. O particular deixa de ser o beneficiário passivo do Estado provedor para ser partícipe do processo de planejamento e gerenciamento da ação estatal no Estado Regulador. A instrumentalização desta participação se dá através do ambiente regulatório. Neste contexto a responsabilidade pelo alcance do interesse público é partilhada entre Estado e particular.

Segundo Marcio Iorio Aranha:

O norte do planejamento e gerenciamento, contudo, assim encarado como característica central da atuação do poder, é o que faz da regulação, hoje, um termo onipresente. A regulação não se contenta com o *governo pelas leis*; ela exige compromisso público pela **administração das leis *pari passu***. O diferencial da regulação de hoje está nos seus pressupostos, que ampliaram sua amplitude, alcançando mais do que os comandos jurídicos destinados a evidenciar quando uma atividade regulada tornou-se disfuncional – a metáfora da regulação como sinal vermelho – para encarnar o conjunto interdisciplinar de planejamento e gerenciamento conjuntural de atividades de interesse geral – o poder público como partícipe do setor regulado – ambientadas nos pressupostos do Estado Regulador, ou seja na **era do Estado Regulador**.²

Assim, potencializa-se a concreção dos direitos fundamentais do cidadão através de sua participação direta ou representada dentro do ambiente regulatório.

Neste sentido, ainda Marcio Iorio Aranha:

O pressuposto do Estado Regulador, portanto, é a compreensão da intervenção estatal como garantia de preservação das prestações materiais essenciais à fruição dos direitos fundamentais, sejam elas prestações de serviços públicos ou privados, sobre os quais se aplica a insígnia da regulação, ou sejam elas outros tipos de atividades, tais como o exercício do poder de polícia, atividades de fomento e prestações positivas tradicionais de índole concreta e normativa.³

Este breve retrospecto teve por principal diligência posicionar o leitor com relação aos aspectos da regulação e do ambiente regulatório que viabilizam à

^{2,3} ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito regulatório: fundamentos de Direito regulatório**. 3ª ed. London, United Kingdom: Laccademia Publishing, 2015, p. 30,10.

potencial implementação de direitos fundamentais do cidadão de forma direta, célere, dinâmica, e contextualizada com relação aos momentos e temas do setores regulados.

Dando continuidade a nossa digressão, examinaremos as agências reguladoras enquanto delegatários do poder estatal com vistas a consecução das atividades de regulação e regulamentação setorial, concretizando com isso as promessas de um Estado Regulador.

O próximo passo em nosso estudo é o exame de um ponto sensível e polêmico relacionado à criação das agência reguladoras e ao poder normativo a elas atribuídos.

Parte da doutrina pátria entende por inviável a criação de agências reguladoras dotadas de poderes normativos através de diplomas jurídicos infraconstitucionais, entendendo assim ser necessário o expresse mandado constitucional para tal.

Nesta linha, Maria Sylvia Di Pietro pondera:

A primeira indagação diz respeito aos fundamentos jurídicos-constitucionais para a delegação de função normativa às agências. As duas únicas agências que estão previstas na Constituição são a Anatel e a ANP, com referência à expressão “órgão regulador” contidas nos arts. 21, XI, e 177, 2º, III.

(...)

Repita-se, contudo, que a função reguladora só tem validade constitucional para as agências previstas na Constituição. Para as demais, ela não existe nos termos em que foi definida.⁴

Há contudo, doutrinadores com posição diversa, a exemplo de Leila Cuéllar que se posiciona:

A atipicidade não permite sustentar a inconstitucionalidade das agências. Assim, a ausência de previsão constitucional expressa acerca de cada uma das agências que eventualmente fossem criadas não importa imediatamente a inconstitucionalidade dos entes reguladores.⁵

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Parcerias na Administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 146–147.

⁵ CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. 1ª ed. São Paulo: Dialética, 2001, p. 136.

Ao par dos posicionamentos antagônicos relativos a constitucionalidade das agências reguladoras assim como de seus poderes normativos, caracteriza-se a doutrina brasileira pela acentuada divergência de pontos de vista com relação a outros aspectos legais e mesmo conceituais destes novos entes públicos. Encontramos posições mais conservadoras, preocupadas com a inadequação institucional e funcional das mesmas ao ordenamento jurídico pátrio. Nesta linha, Di Pietro, citada por Glauco Martins Guerra, tece as considerações abaixo.

As agências reguladoras no Brasil adotaram essa nomenclatura e parte de sua concepção teórica a partir da forte influência da estrutura regulatória americana, embora nos EUA sua envergadura seja muito maior, ao menos diante da utilização hoje dada ao instituto, de verdadeiro órgão de defesa da liberdade econômica e antitruste.⁶

E o próprio Glauco Martins Guerra complementa:

Deve-se registrar de plano que não existe parâmetro normativo específico para uma definição legal de agência reguladora na legislação brasileira. Vale considerar que esse modelo regulatório constitui relativa novidade no Direito brasileiro, o que levará a inexoráveis alterações e aprimoramentos do sistema.⁷

Doutra banda, há aqueles, que como Marques Neto, veem nestas novas estruturas administrativas, instrumentalizadores de uma nova forma de atuação do Estado frente às novas exigências e complexidades da sociedade moderna.

O surgimento das agências entre nós não decorre (como felinamente chega a sustentar parte da doutrina) de um modismo ou uma mudança perfunctória na estrutura da Administração Pública. Foi fruto sim, de uma profunda mudança na relação do aparelho estatal com a sociedade, particularmente com a ordem econômica.⁸

Em que pese o embate jurídico doutrinário estabelecido que permeia diversos aspectos quanto a natureza e atuação das agências reguladoras independentes parece seguro afirmar que elas vieram para permanecer. Até porque, em países que adotam o paradigma da atuação estatal reguladora deverão existir entes

^{6,7} MARTINS GUERRA, Glauco. **Agências reguladoras no Brasil: princípio da legalidade e regulação**. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella, organizadora...[et. al.]. *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2ª ed. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 295–337.

⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. 1ª edição 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

administrativos com perfil compatível à implementação deste modelo.

Em nosso país as agências reguladoras independentes, via de regra, são instituídas através de leis que lhes conferem atributos específicos indispensáveis à uma atuação livre de capturas e influências de grupos de pressão. Neste sentido podemos citar características como: autonomia administrativa e financeira, estabilidade funcional de seus agentes reguladores, outorga de poderes normativos com vistas a regular e regulamentar o setor de sua atuação, vinculação não hierárquica, apenas finalística, com a administração direta.

Considerando a relativa novidade das agências reguladoras independentes em nosso país parece inevitável e mesmo saudável o surgimento de discussões teóricas sobre sua natureza, atributos e atuação.

Mas, é provável que o real impacto social provocado pela ação regulatória das agências ao longo do tempo venha a ser fator determinante na consolidação, ou não, de sua legitimidade institucional e de sua *práxis* operacional.

Por ora, as questões e impasses com respeito a legalidade e constitucionalidade envolvendo as agências reguladoras independentes e sua atuação, deverão ser discutidas nos competentes tribunais judiciais conforme o teor questionado. Desta forma questões teóricas jurídicas pendentes serão paulatinamente pacificadas e o entendimento sedimentado através da posição e jurisprudência dos tribunais.

2 LEGALIDADE E LEGITIMIDADE

A legalidade e a “crise da lei”, assuntos que necessitam enfrentamento para que o presente trabalho alcance seu fito, são de árduo trato, visto haver uma potencial mudança paradigmática se formando no horizonte desta seara.

José Afonso da Silva perfilha o entendimento de que a lei, apenas em sua acepção estrita, é apta a impor restrições e condutas aos administrados.

Entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação ou impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei.⁹

Celso Antônio Bandeira de Mello alinha-se com o mesmo ponto de vista e acentua:

Assim, o princípio da legalidade é da completa submissão da administração às leis. Esta deve tão somente obedecer-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a que lhes compete no Direito Brasileiro.¹⁰

Glauco Martins Guerra observa, entretanto, estar surgindo uma nova acepção para a teoria da lei com uma concepção mais extensiva para a mesma.

Alguns autores vêm trabalhando com a teoria de que a lei passa por uma transformação conceptiva, em função de um Direito Pós-Moderno, cujos atributos essenciais são: (i) há uma universalização das certezas (dada pelo pensamento global); (ii) faz-se um esforço de compreensão da complexidade da realidade; (iii) há um rompimento do dogmatismo em favor do pragmatismo. Por consequência, são percebidos os resultados na maior flexibilidade do conteúdo normativo e do procedimento de adaptação da norma à realidade e na lei elaborada pela unidade (em contrário ao pluralismo do Direito Moderno). O

⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. 18^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 423

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. 13^a ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 289.

entendimento de uma hierarquia estanque dá lugar a *standards* ou normas de recomendação, gerando maior estabilidade dos princípios gerais. Por óbvio, nasce a regulação e se constata uma nova ordem lógica em todo o sistema jurídico, fundada em elementos outros que, cientificamente, o Direito acaba por acolher: (i) complexidade; (ii) pluralismo; (iii) negociação; (iv) flexibilidade; e (v) adaptabilidade.¹¹

O alto grau de discrepância observado entre os pensamentos dos insignes autores supracitados indica o tamanho da “crise” pela qual passa a lei e, em decorrência a legalidade.

Por um lado temos aqueles que limitando-se a literalidade do texto constitucional que informa no inciso II de seu artigo 5º que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” assumem a posição de que exclusivamente a lei em sentido estrito, produzida através do processo legislativo constitucionalmente determinado, é apta a impor ou restringir ação aos administrados.

Segundo este linha de entendimento - excluídas as excepcionalidades constitucionalmente previstas - a lei, gestada no âmago do Poder Legislativo, é o único diploma apto a determinar a conduta da Administração entendida então como mero braço ativo do Poder Executivo. A Administração neste conceito deve limitar-se a executar as determinações legais. A discricionariedade administrativa, aqui, restringe-se a determinação da oportunidade e conveniência da prática do ato administrativo implementador da determinação legal.

A discricionariedade administrativa quando enfocada neste viés deve atentar, segundo Di Pietro, a estrutura das normas jurídicas. Tal estrutura delimitará e limitará naturalmente a atuação administrativa.

A partir daí, reconhece-se que as normas jurídicas constam de duas partes: *hipótese* da norma, onde se descrevem os fatos que podem ocorrer, e o *mandamento* da norma, onde se definem as consequências jurídicas dos fatos descritos. Ocorrendo o fato que a hipótese da norma descreve, incide o mandamento.¹²

¹¹ MARTINS GUERRA, Glauco. **Princípio da legalidade e poder normativo: dilemas da autonomia regulamentar**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de, coordenador...[et. al.]. O poder normativo das agências reguladoras. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 71-94.

¹² DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 72.

Esta forma de percepção tem acarretado o acréscimo aulativo de dificuldades à Administração em sua busca diuturna pelo interesse público. Tais dificuldades acentuam-se e assumem mesmo contornos de impeditivo em contextos de intensa e complexa dinâmica social aliadas à significativa intervenção estatal na economia - típicos de nossa hodierna sociedade e modelo de Estado Regulador.

Doutrinariamente fala-se em três espécies de regulação: regional, geral e setorial. A regulação regional trata do controle de atividades econômicas de forma ampla e considerando a divisão espacial federativa. Já a regulação geral centra-se no controle sobre a totalidade da economia desconsiderados aspectos regionais ou setoriais.

Considerando o foco deste trabalho a terceira espécie de regulação, a setorial, demanda maior entendimento. Nas palavras de Aranha:

Das espécies de regulação anteriormente apresentadas, a que maior presença institucional obteve na década de 1990, em âmbito federal, no Brasil, foi a setorial, revelando a preocupação de reestruturação estatal e investimento em instituições capazes de promover o preenchimento normativo de diretrizes regulatórias atualizáveis no ritmo das alterações da própria atividade regulada, ou seja, em instituições capazes de promover a própria regulação, atuando retroalimentada pelas reconfigurações diuturnas do setor. Visualizando o campo de atividades que demanda intromissão estatal, seja pela natureza da atividade, seja pela finitude do meio de sua manifestação, ou mesmo pelo dever estatal de otimização do potencial uso de um bem público, as instituições reguladoras passaram a desempenhar papel nuclear na dinâmica organizacional daquelas atividades.¹³

Além disso a doutrina ressalta existir não apenas um modelo de Estado Regulador, tampouco uma única opção regulatória. Em nosso país, a conjugação das opções regulatórias adotadas, aliadas a um específico modelo de intervenção estatal, determinaram características regulatórias tais, que demandam: a existência de agências reguladoras independentes; um intervencionismo normativo estatal dinâmico, frequente e detalhado; a adoção de leis gerais e referenciais no formato de *standards* a serem complementadas de acordo com as demandas estabelecidas pela dinâmica social e econômica através de normativos nas tais agências reguladoras independentes.

¹³ ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito regulatório: fundamentos de Direito regulatório**. 3ª ed. London, United Kingdom: Laccademia Publishing, 2015, p. 117-118.

Neste sentido, é esclarecedora a explanação de Sundfeld, citado por Aranha:

O Estado “tem que se organizar para fazer mais do que editar uma lei geral para vigorar por um tempo indeterminado e depois cuidar dos conflitos individuais. E, para isso ele tem de intervir mais. Aqui está a questão. O modelo que conhecemos – a separação de poderes tradicional e as funções que competiam aos Poderes Judiciário e Legislativo – era perfeitamente coerente com o baixo intervencionismo estatal. Se o Estado não está muito preocupado em gerenciar a realidade ambiental de modo a ir apertando paulatinamente as exigências para melhorar o meio ambiente; se quer deixar os membros da sociedade acertarem suas diferenças independentemente da ordem jurídica, aí pode realmente editar uma norma geral que vigore por sessenta ou mais anos, como o Código Civil, e depois solucionar os conflitos pelo Poder Judiciário. Mas se o Estado quer perseguir concretamente o valor ambiental, vai ter que intervir mais, editando normas seguidamente, dando-lhes **conteúdos cada vez menos gerais**, tratando de temas cada vez mais particulares. Assim poderá realizar o **gerenciamento normativo dos conflitos** (...) Como o Estado é obrigado a intervir [normativamente, em princípio], ele criou as agências reguladoras” – grifos nossos (SUNFELD, Carlos Ari. *Agências reguladoras e os novos valores e conflitos*, p. 1294 e 1296. In: **Anais da XVII Conferência Nacional dos Advogados. Justiça: realidade e utopia**. Vol. II, Rio de Janeiro: Ordem dos Advogados do Brasil, 1999, p. 1291- 1297). Tal *gerenciamento normativo de conflitos* somente pode ser alcançado por mecanismos institucionais de organização dinâmica e de contato direto setorial, como as agências reguladoras. Planejar e replanejar constantemente: estes são os conceitos basilares da política regulatória normativa centralizada.¹⁴

É de fácil percepção que as divergências entre os pontos de vista destes renomados publicistas não tem sua origem restrita a hermenêutica jurídica. Não se limitam a mera questão de interpretação de normas jurídicas, constitucionais ou legais, os motivadores de tamanhas discrepâncias de entendimento com relação ao tema ‘lei’.

Estamos diante de um descompasso entre o que dita o texto constitucional e aquilo que nosso novo modelo de Estado com suas opções operativas demandam em termos de produção normativa eficaz.

O descompasso assume a forma de anacronismo jurídico. Temos uma disposição constitucional que potencialmente engessa e limita a ação estatal frente as novas necessidades da sociedade e da economia.

¹⁴ ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito regulatório: fundamentos de Direito regulatório**. 3ª ed. London, United Kingdom: Laccademia Publishing, 2015, p. 79-80

Nas palavras de Glauco Martins Guerra:

O que se identifica como a crise da lei na modernidade é fruto das transformações da vida contemporânea, dentre elas as mudanças estruturais de classe e, fundamentalmente, de uma nova relação entre Estado e sociedade, provocadas por demandas socioeconômicas e políticas no seio do estado Social, em consolidação ao processo capitalista. De outra sorte, há causas externas ao ordenamento que repercutem nas causas internas de abalo de identidade da lei. A quebra de suporte cultural que sustenta a racionalidade legislativa comprova que as fontes formais do direito descaracterizam e perdem relevância. Com isso, tornam-se obsoletos pressupostos instrumentais da ação legislativa, na medida em que a lei deixa de ser uma ferramenta básica de regulação. A lei acaba sendo mimetizada, provocando desordem no aparelho estatal, como o enfraquecimento do princípio da legalidade e da força executiva (e sancionatória) do Direito.¹⁵

Estamos a meio caminho de completar uma mudança paradigmática. Tendo feito a opção por um modelo de Estado Regulador, atuante através de determinadas opções regulatórias, iniciou-se a implementação das condições e requisitos necessários à operacionalização do mesmo. Um dos aspectos necessários à continuidade da implementação das plenas condições operacionais do modelo é a revisão de aspectos jurídicos, constitucionais e legais, relacionados a compatibilidade funcional com o mesmo.

Ponto de vista evidenciador da necessidade de reavaliações como as acima mencionadas é o de Glauco Martins Guerra:

Não é mais a clássica divisão das funções do poder político que serve como meio de identificação da posição da Administração pública, sobretudo refutando o título de “poder executivo”. Conquanto seja este um paradigma até mesmo de ordem constitucional, é ele insuficiente para o estudo e sistematização do que vem a ser a administração do Estado, que não se limita a assegurar e cumprir a norma jurídica, mas a praticar algo maior na defesa do interesse coletivo.¹⁶

É fácil visualizar a necessidade de um amplo debate com a subsequente atualização e pacificação de temas como: separação de poderes, descentralização do poder normativo, papéis dos poderes, legalidade e legitimidade, representatividade democrática, dentre outros.

^{15, 16} MARTINS GUERRA, Glauco. **Princípio da legalidade e poder normativo: dilemas da autonomia regulamentar**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de, coordenador...[et. al.]. O poder normativo das agências reguladoras. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 71-94.

3 O PODER REGULAMENTAR E NORMATIVO DA ADMINISTRAÇÃO

A Administração enquanto braço executivo do Estado é dotada de várias espécies de poderes. Dentre estes temos: poder vinculado, poder discricionário, poder hierárquico, poder disciplinar, poder de polícia e poder regulamentar.

Podemos entender os poderes da Administração como sendo recursos ou faculdades que a mesma dispõe com vistas ao devido cumprimento de sua missão constitucional.

Especificamente o poder regulamentar visa instrumentalizar a Administração com capacidade e competência ordinatória. Os regulamentos e normativos emanados pela Administração situam-se dentro de uma estrutura hierárquica que tem no topo a Constituição Federal.

Caio Tácito, referido por Hely Lopes Meirelles, refere-se a competência ordinatória da Administração nos seguintes termos:

A capacidade ordinatória do Estado se manifesta por meio de círculos concêntricos que vão, sucessivamente, da Constituição à lei material e formal, isto é, àquela elaborada pelos órgãos legislativos; desce aos regulamentos por meio dos quais o Presidente da República complementa e particulariza as leis; e finalmente, aos atos administrativos gerais, originários das várias escalas de competência administrativa. São constantes as normas de força obrigatória, equivalentes às leis e regulamentos, desde que a elas ajustadas, contidas em portarias, ordens de serviço, circulares, instruções ou em meros despachos. É, em suma, a substância, e não a forma, que exprime a distinção entre o ato administrativo especial (decisão específica) e o ato administrativo geral (ato normativo).¹⁷

O excerto acima situa a posição hierárquica dos normativos produzidos no âmbito administrativo dentro do ordenamento jurídico pátrio assim como esclarece algumas de suas características. Contudo, apesar da clarificação acima descrita, tem persistido ao longo do tempo uma questão, particularmente cara à seara doutrinária, e que diz respeito à dificuldade em estabelecer limites claros entre atos legislativos e atos administrativos ordinatórios.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 38ª edição. São Paulo. Malheiros, 2012, p. 134.

A questão é assim sintetizada por Carvalho Filho:

A despeito dos ingentes esforços dos doutrinadores, nunca foi inteiramente precisa a linha que demarca os atos tipicamente legislativos e os atos administrativos de caráter normativo, como, por exemplo, os regulamentos. É justo reconhecer que, em alguns casos, é possível chegar a uma conclusão mais próxima da verdade. Em outros, contudo, têm surgido fundas discrepâncias entre os estudiosos quanto à natureza do ato.¹⁸

A preocupação é pertinente. A vacuidade com relação a tais limites enseja a ocorrência de interposição da competência administrativa regulamentar à competência legislativa. Em que pese esta situação, a lida diuturna com tal realidade vem paulatinamente estabelecendo os limites admissíveis de atuação de cada um dos poderes envolvidos.

Dentre as atividades centrais das agências reguladoras, entes da Administração indireta, encontra-se a produção de regulamentos normativos. Tais regulamentos disciplinam, muitas vezes, a conduta dos regulados em seu setor de atuação com vistas ao alcance de objetivos específicos de ordem econômica ou técnica. Também, busca-se através da regulamentação setorial a viabilização à implementação de políticas públicas definidas pelo poder central.

O tema deste tópico - poder regulamentar e normativo da Administração - tem relação íntima, podendo ser considerado inclusive como uma faceta, aprofundamento ou detalhamento da questão referente a legalidade e legitimidade, abordados no tópico anterior.

Abaixo serão examinados pontos relevantes à argumentação jurídica que fundamenta a posição daquela parcela de doutrinadores pátrios que entendem como legal e legítimo o poder regulamentar e normativo das agências reguladoras independentes. Ficará evidente que a construção deste entendimento é mais complexa e sofisticada do que a simples e restritiva interpretação literal do texto Constitucional, adotada pela parcela mais conservadora dos publicistas nacionais, que renegam a legalidade e legitimidade dos normativos ora em pauta.

¹⁸ CARVALHO FILHO, José Santos. **Agências reguladoras e poder normativo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de, coordenador...[et. al.]. O poder normativo das agências reguladoras. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 59.

Focaremos inicialmente a questão da legalidade e sequentemente a da legitimidade, não perdendo de vista o entrelaçamento ontológico partilhado pelos dois conceitos.

O roteiro que seguiremos na abordagem deste primeiro ponto - legalidade – inspira-se no mesmo utilizado por Marcio Iorio Aranha em sua obra Manual de Direito Regulatório. Sequencialmente analisaremos: a função normativa conjuntural do Executivo; a atividade normativa do Executivo e o princípio da separação dos poderes; a atividade normativa do Executivo e o princípio da legalidade; e, ultimando, a atividade normativa do Executivo e entes administrativos autônomos.

A atividade normativa conjuntural do Executivo

Assumido o fato de que a configuração de Estado Regulador adotado pelo Brasil exige significativa e frequente intervenção na conjuntura dos setores regulados, cresce em importância o entendimento dos fundamentos e dinâmica da atividade normativa conjuntural do poder Executivo.

Neste modelo, ao Legislativo cabe a formulação das leis formais e gerais que tratam das políticas públicas bem como da estruturação dos setores de interesse público.

Uma vez estruturados os setores de interesse público e especificadas as políticas públicas, através de dispositivos legais gerais, cabe ao Executivo gerir e operacionalizar tais mandados legais. Para tal operacionalização tornam-se necessários detalhamentos de como se dará, no caso concreto e no dia a dia, a implementação das referidas leis. O instrumento hábil para atender tal mister é a normatização conjuntural, materializada através dos regulamentos normativos produzidos pelo Executivo.

Nesta dinâmica temos então, o Legislativo, no cumprimento de sua função legislativa, produzindo leis gerais e estruturantes, através de seu poder normativo originário. E, o Executivo, com base em seu poder normativo derivado, produzindo regulamentos normativos conjunturais, cumprindo sua função normativa conjuntural.

Aranha tece as seguintes considerações:

A função regulamentar representa a parte normativa da regulação que cabe ao Executivo, sem, todavia, esgotá-la, pois ela é uma normatividade condicionada à legalidade da medida e, portanto, submissa às diretivas de políticas públicas de regulação exaradas pelo Legislativo. A prescrição de comportamento para orientação de condutas por intermédio de previsões de situações de fato, ao lado das determinações de diretrizes e metas de desempenho, representam uma margem de manobra normativa em um modelo que exige a coexistência de regimes distintos no mesmo rol de atividades, gerando, com isso uma normatividade complexa.¹⁹

Considerando então o contexto acima descrito, no qual a produção normativa se dá através de uma dinâmica funcional complexa envolvendo Legislativo e Executivo, ganha relevância a investigação que se proponha a clarificar se tal *modus operandi* provê os requisitos demandados por dois princípios constitucionais basilares: o da separação de poderes e o da legalidade, propriamente dita.

A atividade normativa do Executivo e o princípio da separação dos poderes

Já Montesquieu, em sua obra *O espírito das leis* observava que dentre as atividades atribuídas ao Executivo algumas demandam ações momentâneas e ações instantâneas.

Nesta linha, porém em termos contextuais modernos, Eros Roberto Grau estabelece o conceito de capacidade normativa de conjuntura da Administração. Entende-se assim, a produção normativa como sendo função própria – não delegada – do Poder Executivo, com vistas a dotar seus órgãos e entes administrativos com instrumento hábil ao acompanhamento setorial de forma dinâmica e flexível, atento as questões e demandas conjunturais.

Nas palavras do próprio Eros Roberto Grau, citado por Aranha:

Quando o direito passou a funcionar como instrumento de implementação de políticas públicas (regulação não exclusivamente de situações estruturais mas conjunturais), “o direito torna-se contingente e variável. A “lei”, texto normativo

¹⁹ ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito regulatório: fundamentos de Direito regulatório**. 3ª ed. London, United Kingdom: Laccademia Publishing, 2015, p. 79-80

produzido pelo Legislativo, não pode mais ser tomada como categoria absoluta: é necessário, mais do que nunca distinguir entre lei em *sentido formal* e lei em *sentido material*. Interpenetram-se os campos de atuação do Executivo e do Legislativo: aquele a exercitar, amplamente, função normativa: este, a produzir *leis-medida*. A leitura tradicionalmente desenvolvida a da ‘separação dos poderes’ perde todo o seu sentido” (GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 136). E continua em outro capítulo: “a instabilidade de determinadas situações e estados econômicos, sujeitos a permanentes flutuações – flutuações que definem o seu caráter conjuntural –, impõe sejam extremamente flexíveis e dinâmicos os instrumentos normativos de que deve lançar mão o Estado pra dar correção a desvios ocorridos no desenrolar do processo econômico e no curso das políticas públicas que esteja a implementar. Aí, precisamente, o emergir da *capacidade normativa de conjuntura*, via da qual se pretende conferir resposta à exigência de produção imediata de normativos, que as flutuações da conjuntura econômica estão a todo o tempo a impor (...) [Dita capacidade normativa] somente estará unida de legalidade quando e se ativada nos quadrantes da lei (...) O exercício da *capacidade normativa de conjuntura* estaria, desde a visualização superficial dos arautos da “separação” dos poderes, atribuído ao Poder Legislativo, não ao Poder Executivo. A doutrina brasileira tradicional do direito administrativo, isolando-se da realidade, olímpicamente ignora que um conjunto de elementos de índole técnica, aliado a motivações de premência e celeridade na conformação do regime a que se subordina a atividade de intermediação financeira, tornam o procedimento legislativo, com seus prazos e debates prolongados, inadequado à ordenação de matérias essencialmente conjunturais. Por isso não estão habilitados, os seus adeptos, a compreender o particular regime de direito a que se submete [um] segmento da atividade econômica”

(GRAU, Eros Roberto. Op.cit., p. 172-173). Não se pode olvidar, no entanto, que essa argumentação implica o reposicionamento do Legislativo à semelhança da desregulamentação exigida na proposta neoliberal: “substituição de regras rígidas, dotadas de sanção jurídica, por regras flexíveis, meramente indutoras de comportamentos”, gerando “ampliação do conteúdo dos regulamentos (atos do Poder Executivo em geral), instalando uma nova contradição” (GRAU, Eros Roberto. Op.cit., p. 98).²⁰

Temos então, nessa dinâmica, o Legislativo exercendo função legislativa e o Executivo exercendo função normativa. A função legislativa é definida pelo caráter subjetivo quando temos em vista o estabelecimento de sua competência. Nestes termos temos a função legislativa restrita ao parlamento. Já a função normativa é definida pelo caráter material. Assim, a função normativa recai sobre cada um dos três poderes de acordo com a matéria a ser tratada e em consonância com os preceitos constitucionais.

²⁰ ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito regulatório: fundamentos de Direito regulatório**. 3ª ed. London, United Kingdom: Laccademia Publishing, 2015, p. 82.

Exemplos de dispositivos encontrados na Constituição Federal de 1988 que tratam de atos normativos afetos aos três poderes são: (CF/88: art. 49, V; art. 97, *caput*; art. 102, I, a; art. 102 par. 2º; art. 103, par. 3º; art. 125, par. 2º; art. 169, par. 4º).

Márcio Iório Aranha leciona e aprofunda o entendimento:

A função normativa está assentada na *primariedade* do enunciado normativo: ela se impõem por *força própria*, podendo existir em decorrência do *poder originário* – Legislativo (em sentido subjetivo) – ou e decorrência de *poder derivado* – Executivo (em sentido subjetivo). O conceito de *função normativa*, portanto, abarca a *função legislativa*, a *função regulamentar* e a *função regimental*. Estas funções não se confundem com a possibilidade de controle dos demais poderes pelo Legislativo (...) ²¹

Em termos de dinâmica operacional temos que; o espaço normativo do Poder Executivo, enquanto fonte normativa secundária, deve ser aberto por dispositivo de lei, pois que essa é fonte normativa primária.

Contudo, devemos ter claro que de todas as funções normativas; legislativa, regulamentar e regimental, promanam sempre estatuições primárias.

Desta forma, mesmo que o espaço normativo do Poder Executivo deva necessariamente ser aberto através de dispositivo legal, a regulamentação da lei gestada dentro daquele espaço provê estatuições primárias, uma vez que o conteúdo de tais estatuições não está contido, necessariamente, pelo menos de forma explícita, na própria lei ora regulamentada.

Nesta linha, cabe ressaltar que os atos normativos do Poder Executivo, geradores de regulamentos, não são passíveis de análise em sede de ação abstrata de constitucionalidade.

Assim, segundo esta linha de raciocínio hermenêutico, a separação de poderes, mesmo em contextos de intensa regulamentação setorial como o nosso, é viável, e permanece preservada desde que cada um dos atores dos distintos poderes atentem a seus papéis e competências constitucionalmente previstos.

²¹ ARANHA, Márcio Iório. **Manual de Direito regulatório: fundamentos de Direito regulatório**. 3ª ed. London, United Kingdom: Laccademia Publishing, 2015, p. 85.

Por outra via, tem-se observado uma gradual e paulatina flexibilização na relação entre os poderes com vistas a prover condições ao Estado para que o mesmo opere de forma efetiva e eficaz em um ambiente de crescente atividade e complexidade econômica e social. Tal flexibilização na interação entre os poderes, sendo de natureza predominantemente funcional e operacional, habilita uma visão inovadora e menos rígida no que concerne ao princípio da separação dos poderes.

José Afonso da Silva manifesta-se desta forma com relação ao tema:

Hoje o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação dos poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos do legislativo e do executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente prefere-se falar em colaboração de poderes, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara de Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da independência orgânica e harmonia dos poderes.²²

A justificativa para a necessidade na adoção de alguma forma de descentralização do poder normativo, não permanecendo o mesmo estritamente no âmbito do Poder Legislativo, seria o dinamismo cada vez mais intenso e complexo observado no funcionamento da sociedade moderna.

Para Carlos Ari Sundfeld, citado por Leopoldo Ubiratan Carreiro Pagotto:

Os novos padrões da sociedade exigem normas mais diretas para tratar das especificidades de cada setor e garantir a efetividade da atuação do Estado. É isso que justificou a atribuição de poder normativo para as agências, o qual não exclui o poder de legislar que conhecemos, mas significa, sim, o aprofundamento da atuação normativa do Estado.²³

Também em termos da teoria política e de organização do Estado sustenta-se a ideia de uma não rigidez absoluta quando fala-se em separação de poderes ou mais precisamente tripartição de poderes, senão vejamos o que observa Marçal Justen Filho sobre o assunto:

²² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 113.

²³ CARREIRO PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan. **Fundamento constitucional da atividade normativa das autarquias no Direito brasileiro**. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella, organizadora...[at. al.]. **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2ª ed. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 235-294.

É necessário ter em mente que a teoria da tripartição dos poderes nunca chegou a ser aplicada de modo homogêneo nem em termos radicais. A comprovação dessa asserção dispensaria maior esforço, diante de sua obviedade. Se houvesse alguma dúvida, bastaria estabelecer uma comparação entre a organização institucional dos diversos países. Existem regimes presidencialistas e parlamentaristas, essencialmente distintos entre si e todos eles albergados conjuntamente sob uma mesma teoria de separação dos poderes.

(...)

A teoria da separação de poderes resultou das reflexões a propósito de uma organização sociopolítico-jurídica muito específica. A consideração à necessidade de limitar o poder através de mecanismos de seu fracionamento não se relacionava a uma concepção democrática de Estado – ao menos, não no sentido que se reconheceu à expressão democracia ao longo do século XX.²⁴

Um último ponto que trataremos neste tópico e que suscita controvérsias quando abordamos a questão relativa a separação de poderes diz respeito ao artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição Federal de 1988.

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

- I – ação normativa;
- II – alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie.

A partir de uma leitura superficial do texto constante no artigo 25 do ADCT poderia depreender-se que não restaria ao Poder Executivo nenhuma competência para ações normativas após o atendimento ao requisitado no referido artigo. Mas, à luz de uma leitura mais atenta fica claro que a ação normativa do executivo que será extinta é aquela decorrente de atribuição ou delegação indevida de competências legislativas ao Poder Executivo através de dispositivos legais, emanados pelo próprio poder Legislativo.

Assim, o referido artigo especifica qual o tipo de ação normativa do Executivo deverá ser extinta, sem contudo referir e muito menos afetar a competência

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das agências reguladoras independentes**. 1ª ed. 1ª reimpressão. São Paulo: Dialética, 2008, p. 344-345.

normativa inata ao Poder Executivo conforme detalhado anteriormente neste trabalho.

A atividade normativa do Executivo e o princípio da legalidade

A investigação que iniciamos neste ponto intenta esclarecer se os normativos produzidos pelo Poder Executivo atendem ao princípio da legalidade; aptos então a determinarem condutas aos cidadãos. Duas trilhas serão percorridas.

A primeira examinará se existem, e existindo, quais seriam os requisitos jurídicos estruturantes que devam ser cumpridos para que um normativo produzido pelo Poder Executivo atenda ao demandado pelo princípio da legalidade.

A segunda linha busca entender o alcance e as implicações do disposto no parágrafo II do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988. que diz: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Iniciando o percurso da primeira trilha temos que, quando uma competência é atribuída diretamente pelo texto constitucional trata-se de uma competência subordinada. Já, a competência decorrente ou atribuída a partir de um texto legal denomina-se competência secundária. E, por extensão do raciocínio, temos que a competência primária é aquela necessária para edição de lei.

O Poder Executivo é dotado de competências subordinadas e de competências secundárias. Quando o Executivo está a produzir um regulamento normativo com vistas ao provimento das condições necessárias à aplicação de uma lei aos casos concretos, deve atuar estritamente no âmbito de sua competência secundária, cumprindo então todos os requisitos exigidos para o exercício de tal competência. Dentre estes requisitos encontra-se a abertura legal, isto é, o regulamento normativo deve estar vinculado desde a sua gênese, passando por tudo o que prescrever, à disposição legal que desencadeou a sua produção.

Em outras palavras, a competência normativa regulamentar do Executivo é secundária, e está vinculada à lei emanada pelo Legislativo a partir de sua competência primária para tal.

Cabe observar que mesmo a inexistência de disciplina legal sobre determinada matéria credencia o Poder Executivo a discipliná-la por iniciativa própria, através de regulamento ou outro dispositivo normativo, pois que não houve abertura legal legitimando e autorizando tal regulamentação. A Medida Provisória não deve ser vista como instrumento hábil a desconstituir a consideração anterior, visto ser, ou o deveria ser, de aplicação bastante restrita e específica quer em termos materiais quer em termos formais conforme prescrito constitucionalmente.

Também seria um erro inferir que sendo o Poder Executivo detentor de certas competências subordinadas, isto é, atribuídas diretamente pela Constituição, poderia estar habilitado a regulamentar ou mesmo disciplinar alguma matéria independentemente de abertura legal. Algumas das inconsistências na premissa deste argumento são: a competência subordinada é para situações e matérias específicas; estaria havendo afronta ao princípio da separação dos poderes garantido este por cláusulas pétreas; a estrutura hierárquica normativa estaria subvertida na medida em que seria plausível a existência de regulamentos desprovidos de lei que os legitimassem.

Em termos de legalidade, ao par do requisito acima, há outro que deve ser observado e que diz respeito a existência de competência por parte do órgão ou ente à emissão de regulamentos. Assim, o órgão ou ente deve ser competente para a emissão de regulamentos, e a competência para tal deve ter definição e previsão legal.

Neste sentido, mostra-se relevante a questão que trata dos limites do poder normativo atribuído legalmente às agências reguladoras. A extensão e profundidade da normativa produzida pelo agente regulador deve respeitar as determinações e limitações constantes na lei de outorga da referida competência regulatória.

Egon Bockmann Moreira, citado por Leopoldo Ubiratan Carreiro Pagotto discorre sobre as características e impactos da lei de outorga da competência

normativa sobre a produção regulatória e estabilidade do ente regulador nos seguintes termos:

Quanto maior a generalidade substancial da legislação de outorga, tanto menor a certeza em relação aos limites dos regulamentos, e maior a possibilidade de irregularidades (e consequentes restrições emanadas do Poder Judiciário). Ao contrário do que se poderia imaginar, não será o grau máximo da abstração normativa material, mas justamente a sua precisão, que conferirá maior agilidade e estabilidade funcional às agências.²⁵

Do exposto, conclui-se existir uma estrutura jurídica tal que, uma vez respeitada, confere aos normativos produzidos pelo Poder Executivo plena aderência ao princípio da legalidade.

Abaixo, nas palavras de Marcio Iorio Aranha, um resumo dos aspectos jurídicos a serem observados para que a atividade normativa do Executivo atenda ao princípio da legalidade:

No contexto da regulação, o respeito à legalidade apresenta dois sentidos: a) submissão do órgão ou ente da Administração responsável pela emissão de regulamentos setoriais à correspondente lei definidora de competências; b) respeito aos dispositivos emanados de normas *legais* ou *regulamentares*. Este último entendimento ameniza a enraizada polêmica da existência de conflito entre a legalidade e o poder regulamentar, viabilizando o modelo atual de escala industrial de produção de regulamentos por órgãos reguladores.²⁶

A despeito das considerações acima, indicando a existência de uma estrutura e requisitos jurídicos que quando atendidos confeririam legalidade aos regulamentos normativos emitidos pelo Poder Executivo, parte da doutrina pátria, de viés mais conservador, aponta dificuldades quando tais argumentos são confrontados ao texto constitucional constante no parágrafo II do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, que diz: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

²⁵ CARREIRO PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan. **Fundamento constitucional da atividade normativa das autarquias no Direito brasileiro**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, organizadora...[at. al.]. *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2ª ed. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 235-294.

²⁶ ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito regulatório: fundamentos de Direito regulatório**. 3ª ed. London, United Kingdom: Laccademia Publishing, 2015, p. 87.

Segundo a interpretação restritiva adotada por esta fileira de doutrinadores somente a lei, em sentido estrito e formal, originada através do processo legislativo, seria hábil a impor condutas aos cidadãos.

Devemos lembrar contudo, que formas de interpretação excessivamente restritivas, limitadas a literalidade do texto e a aspectos formais, vem recebendo crescentes críticas por parte dos modernos estudiosos da técnica hermenêutica.

Nas palavras de Betti, citado por Camilloto:

O equívoco que consiste em trocar a lógica do Direito pela lógica formal e reduzindo a tarefa de interpretação a uma operação de subsunção silogística semelhante em seu automatismo as operações aritméticas.²⁷

Na mesma linha de entendimento Ráo, citado por Camilloto afirma:

Nem a vida de um preceito, destinado a regular relações humanas, pode encerrar-se entre as proposições de um silogismo, ou entre as pontas de um dilema alheia a realidade social.²⁸

Aqueles que trabalham mais a fundo as modernas técnicas hermenêuticas entendem que não devam prevalecer interpretações rígidas, estáticas e restritivas do texto jurídico. Segundo esta nova percepção o ato de interpretação deve levar em consideração as características sempre mutantes do contexto ao qual a lei deverá ser aplicada, de modo que a mesma adeque-se a realidade de forma a produzir os melhores resultados conforme a intenção original do legislador ou constituinte.

Esta linha de entendimento é suportada por eminentes estudiosos do tema como Streck, ao afirmar que:

Definitivamente, é preciso ter claro que a lei (o texto) não carrega um sentido imanente ou uma espécie de essência (substância) que o intérprete possa revelar, a partir de um ato de conhecimento. Esse sentido é sempre atribuível.²⁹

^{27, 28} CAMILLOTO, Bruno. **Hermenêutica jurídica: a construção de um conceito de objetividade**. 1ª ed. Ouro Preto: Livraria e Editora Ouro Preto, 2014, p. 99.

²⁹ Ibid., p. 103.

Certo é que equilíbrio e ponderação devem sempre permear a atuação do intérprete prevenindo assim entendimentos eivados de arbitrariedade e demasiada subjetividade. O próprio Streck adverte:

Dito de outro modo, a “vontade” e o “conhecimento” do intérprete não podem levar a possibilidade de que este possa atribuir sentidos arbitrários. Afinal, como bem diz Gadamer, se queres dizer algo sobre o texto, deixe que o texto lhe diga algo.³⁰

Para esta ala de doutrinadores, com visão mais ampla, quando o texto do artigo 5º fala: “*em virtude de lei*” seria plenamente plausível o entendimento de que um normativo secundário poderia determinar condutas aos cidadãos, desde que amparado em uma lei que o autorizasse, credenciasse a tal. Esta interpretação exige o entendimento claro do princípio da separação dos poderes e o atendimento aos seus requisitos conforme acima detalhado.

A atividade normativa do Executivo e entes administrativos autônomos

Admitida a legalidade dos normativos produzidos pelo Poder Executivo sempre que os mesmos atendam aos requisitos jurídicos de ordem constitucional e legal conforme acima detalhado, passamos a verificar se aos entes administrativos autônomos, vinculados apenas indiretamente e de forma não hierárquica ao Poder Executivo, aplica-se a mesma inteligência jurídica, conferindo assim, aos regulamentos por eles dimanados o qualificativo de legais.

Dentre as diversas espécies de entes administrativos autônomos, restringiremos nosso estudo às autarquias que tem dentre suas funções a regulação setorial, mais especificamente falando, as agências reguladoras.

Examinando o texto constitucional vigente no que liga a eventual regramento disciplinador de produção normativa por parte do Poder Executivo, observa-se que existe sim previsão de tal competência regulamentar, atribuída porém de forma exclusiva ao Chefe do Executivo, para expedir decretos e regulamentos para

³⁰ CAMILLOTO, Bruno. **Hermenêutica jurídica: a construção de um conceito de objetividade**. 1ª ed. Ouro Preto: Livraria e Editora Ouro Preto, 2014, p. 104.

fiel execução da lei (art. 84, IV e parágrafo único) e para a direção superior da Administração Pública (art. 84, II).

Uma leitura isolada e superficial deste excerto constitucional poderia induzir ao entendimento de que a única competência regulamentar conferida ao Poder Executivo estaria sendo atribuída de forma exclusiva a seu Chefe.

Porém, a análise e interpretação sistemática deste regramento esclarece que o mesmo têm por escopo único a atribuição de competência exclusiva ao Chefe do Executivo naquilo que tange à emissão de regulamentos executivos orientadores e ordenadores da atuação da Administração Pública com vistas a fiel execução da lei.

Não depreende-se da leitura destes artigos constitucionais, segundo esta linha de entendimento, a proibição ao exercício de função regulamentar por parte de entes administrativos. Apenas, que cabe com exclusividade ao Chefe do Executivo a emissão de regulamentos executivos orientadores e ordenadores da atuação da Administração Pública com vistas a fiel execução da lei, estruturando-a e instrumentalizando-a para tal.

Segundo Aranha:

Não há, portanto, proibição ao exercício de função regulamentar por intermédio de entes administrativos com competência atribuída à gestão de um conjunto de atividades, muito embora isto não signifique alienação do Executivo frente à lei em sentido formal. Esse raciocínio evita a perplexidade que se apresenta nas exposições doutrinárias brasileiras sobre o tema, que, cientes da realidade constitucional do país, veem-se obrigadas a encerrar sua argumentação com o reconhecimento do fracasso histórico do esforço de efetividade das disposições constitucionais do art.84. IV, e parágrafo único, apontando para a “antiga, difundida e tolerada (...) prática de que órgãos autárquicos regulamentem as leis”. O que falta portanto, é o aprofundamento dogmático da questão para que fique bem definida a fronteira além da qual o poder normativo do Executivo deixa de ser secundário, transformando-se em inconstitucional. A acusação de inconstitucionalidade total e apriorística de qualquer normatização de entes autárquicos do Executivo levou à ridicularização do argumento jurídico frente à imposição prática da natureza das relações funcionais do Estado.³¹

Assim, eventuais óbices que pudessem ser postados com o intuito de

³¹ ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito regulatório: fundamentos de Direito regulatório**. 3ª ed. London, United Kingdom: Laccademia Publishing, 2015, p. 91.

desconstituir a produção regulamentar por parte de entes administrativos restam esvaziados, quer pela interpretação sistemática do texto constitucional, quer pela contundência da realidade segundo a qual normativos regulando leis são diuturnamente produzidos pela Administração, inclusive por parte de seus entes autárquicos.

Abordaremos um último ponto conexo ao tema ora discutido que recorrentemente vem à baila gerando sempre acalorados debates, particularmente na seara doutrinária.

Apenas dois dos atuais órgãos reguladores de nosso país possuem previsão constitucional expressa, a saber: ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações e ANP – Agência Nacional de Petróleo.

Segundo parte da doutrina estas duas previsões; específicas, explícitas e únicas, configurariam exceções ao artigo 84, II e IV, da Constituição Federal de 1988, restando com isso reforçado o entendimento de que tais dispositivos atribuem competência reservada ao Chefe do Executivo para a expedição de regulamentos para a fiel execução da lei e para a direção superior da Administração Pública.

Como visto anteriormente tal entendimento não encontra sustentação diante de uma interpretação sistemática do texto constitucional. Pergunta-se então sobre o significado e impacto concreto da previsão constitucional para duas das agências reguladoras em detrimento das demais que tiveram sua instituição baseada apenas em dispositivos infraconstitucionais.

Aranha esclarece:

E qual seria, portanto, o efeito jurídico da previsão constitucional de ditos *órgãos reguladores*? Como não existem termos inúteis no ordenamento jurídico, as previsões concernentes à regulação do petróleo e das telecomunicações devem operar algum efeito. Este efeito está na distinção entre poder normativo secundário e subordinado (...) Por estarem expressamente previstos na Constituição Federal de 1988 como órgãos reguladores, eles não tem somente a tradicional competência secundária, mas também subordinada, pois a dicção constitucional exige que o tratamento legal de tais órgãos lhes defina com os elementos característicos da regulação setorial.³²

³² ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito regulatório: fundamentos de Direito regulatório**. 3ª ed. London, United Kingdom: Laccademia Publishing, 2015, p. 93.

Resumidamente temos então que os órgãos reguladores, ANATEL e ANP, cujas previsões são constitucionalmente expressas, são dotados de duas espécies de competências relacionadas à expedição regulamentar. Competência secundária, decorrente das prerrogativas ordinárias dos órgãos do Poder Executivo e, competência subordinada decorrente do mandado constitucional expresso com relação a sua criação e competência. Já os demais órgãos reguladores são dotados única e exclusivamente da tradicional competência secundária.

Inolvidável que a forma de aplicação e alcance substancial de tais competências deve sempre atentar ao teor adscrito nas leis instituidoras de tais órgãos. Também, tais entes, por ocasião da produção de regulamentos, devem considerar as disposições constitucionais, legais e mesmo infra-legais relacionadas aos conteúdos em processo de normatização.

A legitimidade do poder normativo das agências reguladoras independentes

Nesta altura da pesquisa, já tendo abordado a questão da legalidade dos normativos produzidos pelas agências reguladoras independentes, estamos melhor aparelhados ao exame de um último tema; a legitimidade do poder normativo de tais entes.

Esta questão, a exemplo da anterior, merece e exige um aprofundamento investigativo maior, sob risco de, mantendo-nos na superficialidade, não apreendermos o sentido maior, axiológico e sistêmico, pretendidos na concepção do modelo de Estado Regulador adotado em nosso país.

A título de abordagem inicial, consideremos que a presunção de legitimidade dos atos administrativos, inobstante relativa, dispensa a Administração da prova de legitimidade de seus atos na atividade pública.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro menciona Cassagne:

A presunção de legitimidade constitui um princípio do ato administrativo que encontra seu fundamento na presunção de validade que acompanha todos os

atos estatais, princípio em que se baseia, por sua vez, o dever de cumprir o ato administrativo. Se não existisse esse princípio, toda a atividade administrativa seria diretamente questionável, obstaculizando o cumprimento dos fins públicos, ao antepor um interesse individual de natureza privada ao interesse coletivo ou social, em definitivo, o interesse público.³³

Tal legitimidade presumida dos atos administrativos pode ser vista como base geral e indireta sobre a qual a legitimidade do poder normativo das agências reguladoras é sustentada. Nesta senda: legítima a produção normativa dos entes reguladores porquanto manifestação de ato administrativo, legitimado está, por via reversa, o poder normativo dos tais entes.

Uma segunda abordagem, também bastante simples, porém igualmente consistente, é partilhada por parte da doutrina pátria. As agências reguladoras são criadas por leis que estabelecem dentre outras coisas o poder normativo que cabe às mesmas. Assim, o poder normativo a elas atribuídos seria dotado de uma legitimidade derivada de sua própria lei de criação.

Duas outras correntes doutrinárias se posicionam a justificar o poder regulamentar das agências reguladoras. Uma baseia-se na teoria da sujeição especial, a outra na teoria da deslegalização.

No dizer de Júlia de Carvalho Barbosa:

A teoria da sujeição especial afirma que é possível a produção de atos normativos pelas agências direcionados aos delegatários do serviço público, desde que respeitadas as regras gerais estabelecidas em lei e os limites da desconcentração normativa, a serem observadas pelo regulador. A teoria da deslegalização, por outro lado, preconiza que o ato regulatório decorre diretamente da lei e será legítimo, desde que observe os preceitos gerais, parâmetros e limites fixados em lei.

Como se vê, as duas correntes são muito similares, na medida em que ambas preveem a submissão do poder normativo ao princípio da legalidade, e tiveram ampla aceitação no Brasil.³⁴

Também, já no ano de 1997 o Superior Tribunal Federal posicionou-se pela

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo, Atlas, 2012, p. 205.

³⁴ BARBOSA, Júlia de Carvalho. **Agências reguladoras: do surgimento e da legitimidade do poder normativo**: In: Publicações da Escola da AGU – O Direito nas telecomunicações – PFE – Anatel - Vol. 2, 2015, p. 69-84.

constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras na Ação Direta de Constitucionalidade nº 1668-DF, citada por Barbosa.

[...] nada impede que a Agência tenha funções normativas, desde, porém, que absolutamente subordinadas à legislação, e, eventualmente, às normas de segundo grau, de caráter regulamentar, que o Presidente da República entenda baixar. Assim, [...] entendo que nada pode subtrair da responsabilidade do agente político, que é o Chefe do Poder Executivo, a ampla competência reguladora da lei das telecomunicações. Dou interpretação conforme para enfatizar que os incisos IV e X referem-se a normas subordinadas à lei e, se for o caso, aos regulamentos do Poder Executivo.³⁵

Se por um lado o poder normativo das agências reguladoras independentes encontra suporte na doutrina e também em decisões da suprema corte constitucional, por outro, quando falamos em termos conceituais e teóricos, fala-se que tal poder restaria impregnado por um em *déficit* de legitimidade democrática na medida em que agentes administrativos e não agentes políticos escolhidos direta ou indiretamente pelo povo como o são aqueles ocupantes dos órgãos legislativos, estariam tomando decisões que afetam os interesses dos cidadãos.

Nas palavras de Aranha:

Assim, outro pressuposto do Estado Regulador está na questão do *modus operandi* de manifestação da legitimidade política. É certo que o Estado Regulador, ao beber da estruturação administrativa do estado Administrativo, do engrandecimento da figura burocrática, da expertise técnica e da concentração das funções estatais na etapa de planejamento e execução das leis, amesquinha a antes dominante função legislativa de canalização da legitimidade política e, com isso, lança a questão fundamental sobre como a agora predominante função administrativa do Estado, indiferenciada da função política – ou, sob outro enfoque, tendo avançado sobre ela -, angaria legitimidade política.³⁶

Considerada a precisão e força da assertiva acima, convém ter presente que tanto o modelo de Estado Regulador quanto o poder normativo das agências reguladoras foram respectivamente, especificado e atribuído, através do

³⁵ BARBOSA, Júlia de Carvalho. **Agências reguladoras: do surgimento e da legitimidade do poder normativo**: In: Publicações da Escola da AGU – O Direito nas telecomunicações – PFE – Anatel - Vol. 2, 2015, p. 69-84.

³⁶ ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito regulatório: fundamentos de Direito regulatório**. 3ª ed. London, United Kingdom: Laccademia Publishing, 2015, p. 16.

regular processo legislativo, sem se falar portanto em indevida delegação do poder de legislar ao Poder Executivo. Os entes reguladores, normatizam com base em leis gerais, não legislam com base em delegação de poder legislativo.

A preocupação com a busca de legitimadores democráticos à produção normativa das agências contudo é saudável e pertinente visto ser uma forma relativamente nova e diferente de atuação do Estado. Não podemos permitir, tampouco entender, que esta nova forma operacional represente um risco às conquistas democráticas alcançadas ao longo dos últimos anos.

Júlia de Carvalho Barbosa acentua:

Entendemos que o questionamento da legitimidade do poder normativo persiste e deve ser tratado a fundo. Isso porque, as leis, como se sabe, submetem-se a um complexo processo legislativo de aprovação e são elaboradas e aprovadas por membros do Poder Legislativo, que são democraticamente eleitos pelos cidadãos. A produção normativa das agências, por outro lado, deriva de um processo simplificado de aprovação e é elaborada e editada por servidores e tecnocratas que não possuem mandato popular. Muitas das vezes, trata-se de servidores públicos, ocupantes de cargo efetivo da Administração, ingressos no serviço público por meio de concurso. É de dizer, não foi por meio de escolha popular que os membros das agências, responsáveis pela elaboração dos atos normativos, assumiram cargo público.³⁷

Com vistas à supressão ou pelo menos mitigação dos efeitos do referido *déficit* de legitimidade democrática alguns instrumentos vem paulatinamente sendo implementados por tais entes reguladores. Alguns destes instrumentos tem previsão na própria lei instituidora dos mesmos.

Dentre tais instrumentos enumeram-se: a consulta pública, a audiência pública, os conselhos de usuários/consumidores, as pesquisas de satisfação junto aos usuários/consumidores com relação aos serviços prestados pela agência, a aprovação dos normativos através de órgão colegiado.

Espera-se que cada vez mais a sociedade, utilizando-se das formas e espaços disponíveis e previstos para sua participação e expressão de vontade,

³⁷, BARBOSA, Júlia de Carvalho. **Agências reguladoras: do surgimento e da legitimidade do poder normativo**: In: Publicações da Escola da AGU – O Direito nas telecomunicações – PFE – Anatel - Vol. 2, 2015, p. 69-84.

tenha seus interesses, anseios e demandas contemplados nos normativos regulatórios emanados pelas agências reguladoras independentes.

Preocupação neste sentido é externada por Marques Neto:

Parece muito importante o incremento nos mecanismos de permanente transparência e participação da sociedade na atividade das agências. Isso pode ser obtido tanto por mecanismos procedimentais (obrigar que todas as sessões ou reuniões deliberativas das agências sejam abertas ao público) como pela adoção de uma postura mais ativa das agências no sentido de incentivar a participação de grupos interessados na regulação (e não apenas os operadores econômicos) nos processos de consulta e audiência públicas.

³⁸

Uma visão do potencial de verdadeira participação democrática viabilizado pelo de modelo de Estado Regulador é destacado por Aranha:

Assim, os pressupostos do Estado Regulador gravitam entre as percepções da regulação como reino da expertise, passando pela concepção restritiva do administrador como síntese da legitimidade e de poderes estatais distribuídos entre a administração das leis e o poder de veto político e, finalmente, a compreensão informadora de fundo ao Estado Regulador da regulação como espaço público ou como institucionalização de virtude política e republicanismo. ³⁹

Hodiernamente percebe-se tímida a participação do cidadão assim como das diversas organizações representativas de usuários e consumidores de serviços públicos no ambiente regulatório na busca ao atendimento de suas expectativas. Todavia, é possível vislumbrar um cenário de ampla, direta e intensa participação social dado o potencial destes novos espaços e instrumentos de verdadeira participação democrática.

³⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 136.

³⁹ ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito regulatório: fundamentos de direito regulatório**. 3ª ed. London, United Kingdom: Laccademia Publishing, 2015.

CONCLUSÃO

A sociedade como um todo, e mais especificamente os atores ligados diretamente ao assunto, demandarão ainda algum tempo até que seja alcançada a pacificação plena da pauta jurídica concernente à legalidade e legitimidade dos regulamentos e normativos produzidos pelas agências reguladoras independentes brasileiras. Deve-se isso, dentre outros fatores, às complexidades envolvidas neste tema, aliada à relativa novidade do mesmo. Apesar das dificuldades, podemos e devemos buscar uma resposta à questão, mesmo que em caráter provisório. Esta necessidade decorre de um dinamismo social e econômico, cada vez mais acentuados, que traz diariamente à baila, questões novas e, antigas, que exigem encaminhamentos norteados com base nos assentamentos jurídicos sobre o assunto. Assim, é provável que não haja mudanças abruptas e radicais do posicionamento jurídico atual com relação à efetiva legalidade e legitimidade dos atos normativos produzidos pelas agências reguladoras, até em observância a necessária segurança jurídica. O mais provável é que ocorram ajustes paulatinos ao longo do tempo, buscando uma consolidação de entendimentos a respeito da questão.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de, coordenador...[et. al.]. **O poder normativo das agências reguladoras**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito regulatório: fundamentos de Direito regulatório**. 3ª ed. London, United Kingdom: Laccademia Publishing, 2015.
- BARBOSA, Júlia de Carvalho. **Agências reguladoras: do surgimento e da legitimidade do poder normativo**. Publicações da Escola da AGU – O Direito nas telecomunicações – PFE – Anatel – Volume 2: Brasília, 2015.
- CAMILLOTO, Bruno. **Hermenêutica jurídica: a construção de um conceito de objetividade**. 1ª edição. Ouro Preto: Livraria e Editora Ouro Preto, 2014.
- CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. 1ª edição. São Paulo: Dialética, 2001.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, organizadora...[et. al.]. **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2ª edição 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- _____. **Direito administrativo**. 25ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.
- _____. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.
- _____. **Parcerias na Administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2011.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das agências reguladoras independentes**. 1ª ed. 1ª reimpressão. São Paulo: Dialética, 2008.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. 1ª edição 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 38ª edição. São Paulo. Malheiros, 2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000.
- RIBEIRO, Renato Jorge Brown. **Administração financeira e orçamentária**. 6ª edição. Brasília: Vestcon, 2013.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. 16ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. **Curso de Direito constitucional positivo**. 18ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000.