

A EVOLUÇÃO DA LEGALIDADE E AS AGÊNCIAS REGULADORAS

Carolina Martins de Aragão⁽¹⁾

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC; pós-graduada em Direito Tributário pela FGV/SP; atuou como consultora jurídica na área tributária em Fortaleza e em São Paulo, ex-auditora fiscal da Fazenda do Estado do Ceará. Atualmente, exerce o cargo de advogada da Agência Reguladora de Águas, Energia e Saneamento Básico do Distrito Federal – ADASA.

Adelce Pinto de Queiroz⁽²⁾

Graduado em Administração, pelo UNICEUB, e em Direito, pela UDF; pós-graduação em Planejamento e Estratégia, pela ADESG; Chefe do Serviço Jurídico da Agência Reguladora de Águas, Energia e Saneamento Básico do Distrito Federal – ADASA.

Endereço: Setor Ferroviário - Parque Ferroviário de Brasília - Estação Rodoferroviária, Sobrelaja - Ala Norte - CEP: 70631-900 Brasília -DF - (61)3961-5016 – e-mail: carolina.aragao@adasa.df.gov.br

RESUMO

A NECESSIDADE DE REDUÇÃO DO APARELHO DO ESTADO FOI MEDIDA QUE SE IMPÔS, PARA TORNAR MAIS EFICIENTE E MENOS BUROCRÁTICA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À SOCIEDADE. COMO FRUTO DESSE PROCESSO, SURTIRAM AS AGÊNCIAS REGULADORAS, QUE - NO BRASIL - ASSUMIRAM A FORMA AUTARQUIAS EM REGIME ESPECIAL. A SUA CARACTERÍSTICA MAIS MARCANTE É A INDEPENDÊNCIA, EXTERIORIZADA EM NOTAS QUE LHE DISTINGUEM DAS DEMAIS AUTARQUIAS. DENTRE ELAS, PODEMOS CITAR SEU PODER NORMATIVO, CONSUBSTANCIADO NA EDIÇÃO DE ATOS NORMATIVOS APLICÁVEIS AO SETOR REGULADO. O EXERCÍCIO DESSE PODER DEMONSTRA-SE ESSENCIAL, TENDO EM VISTA A COMPLEXIDADE TÉCNICA E A DINAMICIDADE DOS SETORES QUE REGULAM. NESSE CONTEXTO, SURGE A NECESSIDADE DE RELEITURA DO CONCEITO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E SUA SUBSTITUIÇÃO PELO DA JURIDICIDADE. COMPREENDE-SE QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEVE OBEDECIÊNCIA NÃO APENAS ÀS LEIS, MAS TAMBÉM AOS DEMAIS PRINCÍPIOS DO ORDENAMENTO JURÍDICO. É DIZER, OPERA-SE A DESLEGALIZAÇÃO DA MATÉRIA A SER REGULADA PELA AGÊNCIA, CUJA COMPETÊNCIA DEVERÁ SER EXERCIDA DENTRO DOS PARÂMETROS ESTABELECIDOS PELA LEI DELEGANTE E PELO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE. O PODER NORMATIVO É, PORTANTO, PRESSUPOSTO PARA A INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.

Palavras-chave: Agências Reguladoras. Poder Normativo. Deslegalização. Eficiência.

I – AS FUNÇÕES ESTATAIS

A intervenção do Estado na Economia, ainda que ao mínimo reduzida, é máxima recorrente. O Estado sempre interveio e sempre intervirá no processo produtivo de um país. Além de integrar sua natureza, é função essencial para que haja o regular desenvolvimento da sociedade, cediço o indispensável fortalecimento econômico de um país para o desenvolvimento de sua sociedade. As formas de intervenção, essas sim, variarão conforme a orientação político-ideológica que o permeie.

De toda sorte, com base na doutrina majoritária, encabeçada por Musgrave¹, concebiam-se como funções econômicas estatais a estabilizadora, a distributiva e a alocativa.

A função estabilizadora traduz-se na intervenção estatal pelo ajuste do nível geral de preços, do nível de emprego, na estabilização da moeda por meio de instrumentos de política monetária, cambial e fiscal, ou outras medidas de intervenção econômica. Já a função distributiva encerra a atuação do Estado com vistas a tornar a sociedade menos desigual em termos de renda e riqueza, por mecanismos de tributação, transferências financeiras, subsídios, incentivos fiscais etc.

¹ Em diversas de suas obras publicadas, sobre o tema finanças públicas.

Por último, pelos ensinamentos musgravianos, a função alocativa deve ser entendida como a atuação para prover bens e serviços públicos que não seriam oferecidos pelo mercado ou, caso fossem, o seriam de maneira deficitária; estimular determinados setores da economia; corrigir imperfeições do mercado (v.g. oligopólios, monopólios) e combater externalidades negativas.

Contudo, a doutrina mais moderna, ao mesclar direito e economia, advoga para o Estado a denominada função regulatória. De acordo com essa corrente, essa missão estatal encerra atuação mista que transbordaria os limites da função distributiva e da função estabilizadora. Colham-se as palavras de Marques sobre o assunto²:

“Neste sentido, temos que a atividade regulatória estatal não envolve apenas uma função estabilizadora (preservar o equilíbrio do mercado), mas compreende também alguma função redistributiva. Tanto é assim que o texto constitucional (artigo 174), ao prever o papel do Estado como ente normativo e regulador da atividade econômica, lista dentre suas incumbências a função de incentivar e planejar atividades econômicas, o que dá à regulação uma conotação muito mais ampla do que a simples “correção de falhas de mercado”. Porém, é importante que se repita, esse caráter redistributivo (ou, como prefiro, de consecução de objetivos públicos extra sistema econômico) coloca-se pela regulação a partir de uma perspectiva de mediação de interesses e de busca de equilíbrio interno ao sistema regulado.” (grifos nossos)

No mesmo sentido, as palavras de Marçal Justen Filho³:

“Tradicionalmente, supunha-se que a intervenção estatal no domínio econômico destinava-se a dar suporte ao mecanismo de mercado e a eliminar eventuais desvios ou inconveniências. Já o modelo regulatório admite a possibilidade de intervenção destinada a propiciar a realização de certos valores de natureza política ou social. O mercado não estabelece todos os fins a serem realizados na atividade econômica.”

Em nosso sentir, a função regulatória em muitos aspectos se aproxima da função alocativa proposta por Musgrave, mas não lhe guarda identidade. Contudo, realçamos a posição acima ao propor a nova classificação.

Vê-se, portanto, que dada a evolução social, novas funções são incorporadas (ou desdobradas, caso assim se prefira) àquelas classicamente previstas por Musgrave, o que faz a doutrina apontar, por exemplo, a função regulatória.

II – PRESSUPOSTOS HISTÓRICOS PARA EVOLUÇÃO DO ESTADO REGULADOR

Diversos acontecimentos históricos ímpares ocorreram na primeira metade do Século XX, a exemplo da 1ª e da 2ª grandes guerras mundiais e a quebra da Bolsa de Valores de Nova York. Esses eventos repercutiram, sobremaneira, em todo o mundo, operando transformações econômicas até então nunca vistas.

A principal nota econômica dos Estados nacionais no pós-guerra foi a adoção de modelos extremamente protecionistas e intervencionistas no mercado. A crise instaurada após esse turbulento período legitimou a atuação, e até mesmo a assunção de atividades econômicas pelo Estado, que passou, em muitos casos, a exercê-las diretamente, transformando-se em verdadeiro produtor de bens e serviços.

Com o recrudescimento da corrente econômica intervencionista, fortemente inspirada nas teorias keynesianas⁴, o mundo viu – não necessariamente nessa ordem cronológica - a implementação do Plano Marshall para a recuperação de uma Europa despedaçada pelo pós guerra e da política do New Deal,

² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “Agências Reguladoras Instrumentos de Fortalecimento do Estado, Publicação ABAR, p.15.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. “O Direito das Agências Reguladoras Independentes”, São Paulo, Editora Dialética, 2002, p.24 e 25.

⁴ Keynes, em contraponto ao liberalismo econômico imperante no período anterior à primeira metade do século XX, defendia que o Estado, por intermédio das políticas econômicas, deveria intervir para estimular o desenvolvimento dos principais agregados macroeconômicos e determinar valores desejáveis para as variáveis macroeconômicas (emprego, PIB, juros, salários, inflação etc.).

engendrada pelo governo do presidente norte-americano Franklin Roosevelt, como resposta aos efeitos da grande depressão econômica instaurada nos EUA, cuja insígnia foi a quebra da bolsa de Nova York.

Assim, sob o manto da promoção da segurança nacional e da promoção do desenvolvimento social e econômico, surgiu a figura do Estado do bem-estar social, também conhecido pelos economistas como o *Welfare State*.

Inegável que a adoção desse novo modelo econômico estatal teve por consequência um grande inchaço no tamanho do Estado, pois este tomou para si diversas atividades que até então estavam sob o controle da iniciativa privada.

A adoção de políticas intervencionistas permitiu ao mundo experimentar um período de grande prosperidade até meados da década de 70, período que ficou posteriormente conhecido na história da economia mundial como os 30 anos gloriosos.

É de bom tom que se faça uma breve digressão para analisar os reflexos desse período vivenciado em escala global em nosso país.

No Brasil, uma forte intervenção do Estado na economia pode ser observada durante a Era Vargas, que vai de 1930 a 1945, e mais especialmente durante o período conhecido como Estado Novo. Pois bem, nesse período, com acentuado perfil nacionalista, Vargas implementou no Brasil a doutrina política de intervenção estatal na economia, com o franco objetivo de fomentar a industrialização e a modernização de nosso país.

Assim, no Brasil, é durante o Estado Novo que, em sua maioria, são estabelecidas as grandes empresas estatais, com definição das áreas econômicas que passariam a ser monopólio do Estado, justificadas pela ideia de promoção do desenvolvimento nacional. Surgem, portanto, não apenas grandes empresas de intervenção na atividade econômica, mas também as empresas de prestação de serviços públicos.

É preciso, contudo, que se diga que políticas econômicas intervencionistas em nosso país não se resumiram à constituição de empresas ou à concessão de estímulos ao setor privado, bem como, tão pouco, são práticas restritas ao governo de Getúlio Vargas. Essas políticas de intervenção despontam, igualmente, pela concepção de estruturas governamentais destinadas à produção de normas e regulamentos para setores econômicos específicos.

Em nossa história atual, considerada a partir do século XX, é de se notar a existência de entidades concebidas com vocação regulatória, a exemplo do Instituto Brasileiro do Café – IBC, do Instituto do Açúcar e do Alcool – IAA e do Instituto Nacional do Mate – INM, cujas atribuições precípuas eram regular a produção e o comércio exterior dos produtos que lhes eram afetos, os quais, à época, constituíam a principal pauta de exportações do País.

De igual maneira, é oportuno observar que em décadas posteriores eclodiram novas figuras, igualmente vocacionadas para o exercício de atividades reguladoras, a exemplo do Banco Central do Brasil e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Feita essa conveniente digressão sobre o panorama brasileiro, retomemos o nosso raciocínio.

Pois bem, na medida em que as economias nacionais se reerguiam, passados os 30 anos de glória acima mencionados, o cenário econômico experimentado durante a década de 70 descortinava-se desalentador.

A forte intervenção do Estado na economia, notadamente pela assunção de atividades até então classicamente afetas à iniciativa privada, associada a recorrentes *déficits* fiscais, diminuição das taxas de crescimento econômico experimentado no período do pós-guerra e a crise do petróleo deflagrada pela OPEP, descambou para uma severa crise fiscal e uma crise de governabilidade dos Estados.

A associação de tais fatores implicou o declínio do *Welfare State*, consumido pela insuficiência de recursos e pela ineficiência em prover a diversa gama de obrigações assumidas ao longo do tempo, tendo em vista que os custos provenientes da adoção desse modelo de pensar o Estado tornaram-se excessivamente onerosos.

Nesse sentido, novos arranjos institucionais para o Estado precisaram ser pensados, ou melhor dizendo, repensados, como imperativa réplica ao turbulento cenário econômico que se vivenciava.

Saía de cena o Estado do Bem-Estar Social e surgia uma nova perspectiva para a administração pública: a Administração Gerencial.

Na década de 80, orientados pelo Princípio da Subsidiariedade, cuja origem remonta às ideias aristotélicas e que tem como mote a concepção de que o Estado só deve atuar quando a sociedade não dispuser de condições próprias para resolver determinadas situações, várias reformas no desenho do aparelho estatal foram empreendidas.

As ideias apregoadas nessa primeira fase de mudanças, cujos expoentes mundiais foram Margaret Thatcher e Ronald Reagan, eram pela adoção de um Estado mínimo. Na Inglaterra, Thatcher liderou o governo inspirada pelo lema “*rolling back the state*”, período marcado por privatizações em larga escala, pela adoção de gestão pública semelhante à gestão privada e perseguição do ideal de eficiência estatal.

Contudo, com o passar do tempo, a resposta radical à crise fiscal do *Welfare State*, o Estado mínimo, na forma inicialmente apregoada por seus idealizadores, também sucumbiu, posto não atender aos anseios da sociedade. Ao comentar o assunto, observa Bresser Pereira⁶:

“O pressuposto neoliberal que estava por trás das reformas — o pressuposto de que o ideal seria um Estado mínimo, ao qual caberia apenas garantir os direitos de propriedade e os contratos, deixando exclusivamente ao mercado a coordenação da economia — provou ser irrealista. Em primeiro lugar porque, apesar do predomínio ideológico alcançado pelo credo neoconservador, em país algum — desenvolvido ou em desenvolvimento — este Estado mínimo demonstrou ter legitimidade política. Não há sequer apoio político para um Estado que apenas acrescente às suas funções clássicas de garantir a ordem interna, as de prover a educação, dar atenção à saúde e realizar políticas sociais compensatórias. Os cidadãos continuam a exigir mais do Estado.”

No esteio, após o devido período de maturação das reformas gerenciais empreendidas, insucessos experimentados pelo novo modelo de Estado Mínimo, desenvolve-se como alternativa mais adequada para as crises enfrentadas - e a enfrentar - a concepção do Estado Regulador. Isto posto, a ideia que passa a ser defendida é a de manutenção, sob o domínio do Estado, de um núcleo essencial de atividades e a transferência dos demais setores não essenciais para a iniciativa privada.

Igualmente é preciso esclarecer que, com a evolução das reformas gerenciais, o cerne da atuação estatal deixa de ser apenas a eficiência (racionalização dos custos) e passa a compilar demais conceitos, v.g. o de efetividade, o qual se ocupa de averiguar o impacto social decorrente da ação do governo. É dizer, ao lado da necessária eficiência, agregam-se outros atributos indispensáveis ao regular funcionamento do aparelho estatal.

Em resumo, as reestruturações e reformas empreendidas tiveram por escopo estabelecer um novo modelo de Estado: mais eficiente, mais eficaz e mais efetivo, para atender às novas demandas sociais impostas.

Nesse contexto, surgem as agências reguladoras, frutos de um processo de transformação operado pela nova perspectiva das relações entre o Estado e a sociedade civil, notadamente, como visto, pelos aspectos relacionados à ordem econômica nacional. Desabrocham, pois, como resposta aos anseios da sociedade por uma máquina pública mais eficiente e menos burocrática.

III – AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

Com efeito, a par de experiências isoladas em momentos anteriores em nosso país, a discussão sobre as Agências Reguladoras, com o formato institucional tal qual o que conhecemos hoje, irrompe quando do início das desestatizações, notadamente com o advento da Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, que criou o Programa Nacional de Desestatização - PND, posteriormente revogada pela Lei nº 9.941, de 09 de setembro de 1997.

⁵ A ideia defendida por Thatcher, sintetizada pelo lema “*rolling back the state*”, tinha por objetivo a diminuição do aparelho do Estado.

⁶ A administração pública gerencial: estratégia e estrutura para um novo Estado

Pode-se afirmar que o PND foi a primeira resposta formal do governo brasileiro à crise fiscal instaurada no País.

É importante consignar que os objetivos fundamentais desse novo plano público foram: reposicionamento estratégico do Estado na economia; reestruturação econômica do Estado mediante ajuste das contas públicas; incentivo aos investimentos privados para as atividades desestatizadas; colaboração para a reestruturação do setor privado, notadamente para o desenvolvimento da infraestrutura nacional e de seu parque industrial; concentração de esforços administrativos nas atividades prioritárias nacionais e, por fim, contribuição para o fortalecimento de um mercado de capitais no País.

Pertinentes à matéria são as palavras de Carvalho Filho⁷:

*“Sobre esse aspecto, deixamos considerado: “Anteriormente, a Lei no 8.031/90 usava o termo “privatização”, mas a nova idéia proveniente do vocábulo acabou gerando interpretação desconforme ao preceito legal, entendendo algumas pessoas que significaria **privatizar atividades**, o que não seria verdadeiro, visto que muitas das atividades do programa continuariam e continuam a caracterizar-se como serviços públicos; a privatização, assim, não seria da **atividade ou serviço**, mas sim do **executor da atividade ou serviço**”.*

A ênfase dispensada a esse aspecto tem por escopo demonstrar a necessidade de que o Estado se aparelhasse para exercer o devido controle sobre aqueles aos quais fora acometida a atribuição de executar serviços públicos. Anteriormente, o controle era basicamente interno, porquanto executado dentro da própria Administração, mesmo que por estruturas administrativas diversas (como é o caso da relação entre a Administração Direta e as pessoas da Administração Indireta). Com o novo programa, o controle passou a ser externo, sendo controlador o Estado e controlados os prestadores dos serviços, todos agora do setor privado. A relação de controle, desse modo, não relacionava órgãos administrativos entre si, mas sim o Estado e particulares.”

Assim, tal qual visto em outros países, ao transferir para a iniciativa privada a prestação de serviços estratégicos para a vida nacional, v.g. as comunicações e o fornecimento de energia, o Governo brasileiro precisava, evidentemente, dispor de mecanismos que lhe possibilitasse manter a intervenção estatal sobre tais setores, visto que, agora, a execução dos serviços estava a cargo do particular.

Pois bem, a concepção das agências reguladoras nacionais, com forte inspiração nas *independent regulatory agencies* norte-americanas, ganham força nas ideias carreadas pelo Plano de Reforma do Aparelho do Estado – PDRAE⁸, do economista Bresser Pereira, no cenário de uma reforma gerencial para a administração pública brasileira. Assim, as agências reguladoras continuam a representar a *longa manus* do Estado em setores estratégicos da economia, cujas atividades foram transferidas para o domínio dos particulares. Eis o chamado Estado regulador.

Por elucidativas e por sintetizarem o dito acima, vejamos as palavras de Bresser Pereira⁹: *“A reforma do Estado deve ser entendida dentro do contexto da redefinição do papel do Estado, que deixa de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços, para fortalecer-se na função de promotor e regulador desse desenvolvimento.”*

E, mais adiante, no mesmo documento complementa:

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e Poder Normativo. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 20 junho de 2013.

⁸ A nosso ver, constituem a segunda resposta formal do governo brasileiro à crise fiscal que o país atravessava.

⁹ Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado – PDRAE, 1995, p. 12 e 13. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>> Acesso em 27 de junho de 2013.

“Deste modo o Estado reduz seu papel de executor ou prestador direto de serviços, mantendo-se entretanto no papel de regulador e provedor ou promotor destes, principalmente dos serviços sociais como educação e saúde, que são essenciais para o desenvolvimento, na medida em que envolvem investimento em capital humano; para a democracia, na medida em que promovem cidadãos; e para uma distribuição de renda mais justa, que o mercado é incapaz de garantir, dada a oferta muito superior à demanda de mão-de-obra não-especializada. Como promotor desses serviços o Estado continuará a subsidiá-los, buscando, ao mesmo tempo, o controle social direto e a participação da sociedade. Nesta nova perspectiva, busca-se o fortalecimento das funções de regulação e de coordenação do Estado, particularmente no nível federal, e a progressiva descentralização vertical, para os níveis estadual e municipal, das funções executivas no campo da prestação de serviços sociais e de infraestrutura.”

Isto posto, pode-se afirmar que a gênese das Agências Reguladoras brasileiras está diretamente relacionada ao processo de desestatização empreendido em nosso país, bem como foi impulsionada pelas ideias defendidas por Bresser Pereira em seu PDRAE.

As bases do Estado regulador implicam o reconhecimento de duas premissas básicas: uma relativa à importância e à eficiência do mercado como *instrumento* para perseguição de uma ordem econômica orientada à realização do bem-estar da sociedade, e outra relativa à confirmação da necessidade de presença do Estado na ordem econômica, na forma de agente fundamental para a sua conformação, delineando-se o mercado como uma ordem jurídica.

Em outras palavras, a criação das agências reguladoras pressupõe uma nova arquitetura do aparelho do estado, pois, dada a transferência de certas atividades para o domínio particular, com vistas a obter economias externas, mister subsistir formas de intervenção e controle de tais atividades pelo poder público. É preciso regular tais setores. De igual forma, na teoria, são instituídas para intervir em setores considerados sensíveis pelo Estado. Estes representam, então, os papéis desempenhados pelas agências reguladoras.

É interessante notar que, em regra, os serviços públicos transferidos ao domínio particular são aqueles considerados verdadeiros monopólios naturais, valendo citar os já mencionados serviços de distribuição de energia elétrica e os de prestação de serviços de telecomunicações. Todavia, não se pode olvidar a existência de atividades não monopolísticas que, igualmente, demandam regulação, a exemplo do setor de aviação civil.

Quando da elaboração da Constituição Federal de 1988, em nosso país ainda não se discutia a instalação de Agências Reguladoras. Todavia, exceto pela menção a agências reguladoras específicas (operadas por emendas constitucionais) - *ex vi* art. 21, XI e art. 177, §2º, III, o indicativo da atuação estatal por seu intermédio pode ser colhido pela textualidade contida no *caput* do artigo 173¹⁰ combinada ao, igualmente, disposto no art. 174¹¹ da Constituição Federal.

Esses artigos encontram-se sob o Título VII, Da Ordem econômica e Financeira, em nossa Constituição Federal de 1988 e, inegavelmente, traçam os comandos acerca do posicionamento do Estado em tal seara.

Ora, quando a Lei Maior determina que a *“exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”*, equivale dizer que todas as demais atividades devem ser transferidas para o domínio econômico do particular.

¹⁰ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

¹¹ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

De igual forma, o art. 174 da Carta Magna posiciona o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica nacional, o que revela, sobremaneira, a preocupação do constituinte em manter, dentre as atribuições a cargo do Estado, a intervenção no mercado. E, como já salientado, essa função é atribuição intrínseca das Agências Reguladoras.

Não se pode olvidar que as intervenções estatais no mercado, respeitados os comandos constitucionais acima destacados, são, a um só tempo, instrumentos pelos quais se manifestam as liberdades fundamentais (v.g. art.5º, XIII c/c parágrafo único do art. 170, ambos da CF/88); mecanismos para a satisfação de interesses privados (regulação voltada para ampliação do ambiente competitivo, por exemplo) e instrumentos que concorrem para a realização de políticas públicas (a intervenção estatal entendida como mecanismo para prestação de um serviço público adequado).

Os objetivos comentados podem ser perseguidos e materializados através da atuação de uma Agência Reguladora, bastando para isso uma escolha legislativa prévia para que haja a sua criação. Escolha essa – é bom que se diga – que comunga da iniciativa do Poder Executivo, dada a sua competência constitucional para a propositura de projetos de leis que versem sobre a organização da administração pública.

Na forma implementada em nosso país, as agências reguladoras foram concebidas como autarquias em regime especial e, portanto, devem obediência ao disposto no art. 37, XIX da CF/88 - criação mediante lei específica. Com efeito, a lei que cria a agência reguladora é a lei que irá estabelecer sua área de atuação e delinear a sua estrutura organizacional. Neste sentido, note-se que a lei, ao criar esse ente administrativo, retira do poder executivo central as competências sobre a matéria a ser regulada e as coloca sob o comando da respectiva agência.

Equivale dizer: a criação dessas autarquias implica a subtração de seus setores de atuação do âmbito das escolhas dos chefes do poder executivo. Ora, essas agências passam a exercer as atribuições que originariamente estariam sob a competência do poder central. Como exemplo do afirmado, podemos citar, entre as atribuições da agência reguladora, as seguintes atividades: realizar o procedimento licitatório para escolha da concessionária ou permissionária dos serviços públicos; celebrar o contrato de concessão ou permissão; controlar a execução dos serviços; aplicar sanções, encampar, decretar caducidade, intervir na concessão ou permissão; regulamentar os serviços que constituem objeto da delegação, entre outras.

É importante ainda observar que uma Agência Reguladora é um ente independente, com pendor para realizar tarefas de Estado, e não de governo, daí ser necessária e indispensável sua autonomia. No contexto da relação econômica que lhe é subordinada, para assegurar sua independência, deve posicionar-se equidistantemente do poder político, do poder econômico e dos consumidores de bens ou serviços do setor a ela submetidos.

Portanto, considerado esse conceito, é que, para bem exercerem seu papel, necessitam as agências reguladoras de características diferenciadas das demais estruturas do poder executivo, notadamente a **independência decisória, característica mais marcante para maior parte da doutrina, de que devem gozar quanto às questões que lhe são pertinentes.**

Ao contrário do que possa parecer à primeira vista, essa independência não deve ser interpretada como privilégio das agências reguladoras, mas, sim, como verdadeira **prerrogativa de tais entes**. Explique-se: referida independência é condição *sine qua non* para assegurar a sua não subordinação à vontade política do poder central. Portanto, devem possuir ampla autonomia no manejo dos instrumentos regulatórios.

Como forma de resguardar essa condição essencial (independência), para o desempenho de suas incumbências legais, as agências reguladoras devem dispor do chamado poder normativo, caracterizado pela discricionariedade técnica na elaboração de seus expedientes normativos.

O exercício do poder normativo por parte das Agências Reguladoras é tema que suscita acalorados debates na doutrina nacional. Porém, como se passará a demonstrar, dada a sua importação de modelos alienígenos, o poder normativo de uma Agência Reguladora não se situa dentro dos padrões clássicos de atuação normativa dos órgãos administrativos, em que pese o exercício dessa competência ser intrínseco à

sua concepção, devendo ser compreendido como uma “*evolução natural do processo cometido ao Estado na gestão dos interesses coletivos*”¹².

IV – A RELEITURA DO CONCEITO DE LEGALIDADE E O PRIMADO DA JURIDICIDADE

Na idade contemporânea, tendo como marco temporal a Revolução Francesa e a guerra pela independência americana, uma nova formatação de Estado eclodiu. Como advento dos referidos movimentos sociais, surgem as constituições escritas, que representaram forte contraponto ao Estado Absolutista.

O Estado Absolutista nos remete a um regime político predominante na Europa durante os séculos XVI e XVIII, cuja maior nota era o poder absoluto do rei sobre a sua nação. Em outras palavras, os poderes do rei eram ilimitados, absolutos; o rei era visto como uma figura superior aos demais cidadãos, e essa superioridade legitimava a eliminação de quaisquer oposições ao seus desejos. Para esse período, emblemática foi a frase cunhada por Louis XIV: “*L’État c’est moi*”.

E, é esse o contexto histórico que serve de palco para as revoluções burguesas que passam a se suceder, as quais têm por bandeira a igualdade entre os homens, o reconhecimento de direitos individuais e a imposição de restrições à atuação estatal.

A imposição de restrições à atuação estatal dá-se sob o primado da lei, que passa a ser compreendida como instrumento essencial para o freio de condutas absolutistas por parte dos governantes. A lei é o limite do Estado. Por bastante ilustrativo, vale observar o seguinte trecho da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, produzida pelos revolucionários franceses em 1789:

“A lei é a expressão da vontade geral; todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou por seus representantes, à sua formação; ela deve ser a mesma para todos, seja protegendo, seja punindo. Todos os cidadãos, sendo iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo sua capacidade e sem outras distinções que as de suas virtudes e de seus talentos.”

A lei assume, então, para a sociedade, papel protetivo primordial dos direitos e garantias dos cidadãos. Ela é escudo contra os abusos e desmandos dos governantes. A imposição de limites à ingerência estatal é uma das linhas mestras do movimento francês.

Ocorre que, durante o Estado Liberal, o princípio da legalidade apresenta concepção distinta daquela conhecida atualmente. À época, era permitido à Administração Pública não apenas fazer o que a lei permitisse, mas também tudo aquilo que a lei não proibisse.

Na sequência, no início do século XX, em movimento de oposição ao Estado Liberal, emerge o Estado Social, configuração política estatal até hoje predominante, que exige sejam agregadas demais funções e encargos às atividades estatais.

Isto posto, exige-se uma releitura do primado da legalidade na conformação dos ordenamentos jurídicos. Atualmente, dado o cenário histórico de novas configurações políticas, é preciso que se diga, às leis assomam-se os princípios, os quais - a cada dia - ganham mais e mais relevância para a sociedade. No atual estado de coisas, não mais é necessário refrear as intervenções do Estado a qualquer custo. Aliás, em alguns casos, essa intervenção é até mesmo desejável.

Dessa forma, o sistema jurídico deve ser compreendido além das leis, e reconhecer os princípios. Comungando dessa ideia, posiciona-se Canotilho¹³:

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e Poder Normativo. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em junho de 2013.

¹³ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1159.

“(1) é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica (Caliess), traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’; (3) é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; (4) é um sistema de regras e princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras.”

Adiante, defendendo a ideia de inerente normatividade dos princípios, pois – assim como as leis – encerram comandos de dever-ser, vejamos as palavras de Bobbio¹⁴:

“Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo que servem as normas. E por que não deveriam ser normas?”

De igual maneira, colhem-se as palavras do professor Humberto Ávila¹⁵, outro expoente e ferrenho defensor daquela normatividade:

“Enquanto as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão do comportamento.”

Dessa forma, os princípios devem ser considerados valores maiores de nosso ordenamento jurídico e, como tal, estabelecem os fundamentos para a interpretação e a aplicação do Direito pelo operador. Ou, como bem sintetizado por BARROSO¹⁶: *“os princípios são – notadamente os princípios constitucionais – a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico”*.

No esteio, em nosso país, com fortes influências do movimento neoconstitucionalista, a Constituição Federal de 1988 assume papel de destaque e, conseqüentemente, há expansão da normatividade dos princípios ali insculpidos. Portanto, como não há normas constitucionais desprovidas de eficácia jurídica, tudo o que está posto na Constituição irradia efeitos e comandos para a sociedade.

De modo geral, defende-se que, hodiernamente, a Administração não está adstrita somente ao cumprimento da lei, mas deve sim obediência a todo o ordenamento jurídico, inclusive aos princípios.

Nesse sentido é que, para boa parte da doutrina, no atual estágio do direito administrativo, o princípio da legalidade deve ceder lugar ao princípio da juridicidade, conceito muito mais abrangente.

Assim, o princípio da juridicidade corresponde ao “princípio da legalidade” tomado em acepção muito mais ampla, ou seja, não equalizado à mera submissão à lei, compreendida apenas como produto das fontes legislativas, mas de reverência a toda a ordem jurídica.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 7ª ed. Unb, Brasília, 1996, p. 159.

¹⁵ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 71.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 203

É dizer, a juridicidade englobará conceitos como o de legalidade e legitimidade, que – apesar de serem muitas vezes tratados como sinônimos, na realidade não o são. O primeiro determina a conformação do ato praticado pela Administração com o comando legal, enquanto o segundo, por mais amplo, é conectado com a ideia de atos praticados de acordo com os anseios populares, aquilo que é valoradamente justo para uma sociedade.

Em resumo, a par de distinções doutrinárias, um ponto é, praticamente, uníssono para a moderna doutrina: a Administração Pública deve obediência não apenas às leis, mas também aos princípios do ordenamento jurídico. Dito de outra maneira, não deve mais encontrar-se adstrita à mera legalidade, mas tributar respeito ao princípio da juridicidade.

V – O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

De início, importa esclarecer que optamos por utilizar, neste arrazoado, o termo poder normativo para qualificar a competência deferida às agências reguladoras para expedição de comandos prescritivos de condutas nas áreas que lhes são afetas. Dessa maneira, o que para muitos doutrinadores é entendido como poder regulamentar¹⁷, aqui será abordado como poder normativo. Filiamos-nos, portanto, à posição defendida pelo saudoso Geraldo Ataliba¹⁸, para quem o poder regulamentar:

“Consiste o chamado poder regulamentar na faculdade que ao Presidente da República – ou chefe do Poder Executivo, em geral, Governador e Prefeito – a Constituição confere para dispor sobre medidas necessárias ao fiel cumprimento da vontade legal, dando providências que estabeleçam condições para tanto. Sua função é facilitar a execução da lei, especificá-la de modo praticável e, sobretudo, acomodar o aparelho administrativo, para bem observá-la.”

Em nosso entendimento, que realçamos por não ser uníssono para a doutrina, o poder normativo seria o gênero, enquanto o poder regulamentar seria espécie daquele.

Outrossim, importa esclarecer que algumas posições adiante comentadas, em que pese utilizarem a expressão poder regulamentar, em nossa composição devem ser entendidas como sinônimas do poder normativo. Essa adaptação se faz imperiosa, tendo em vista a controvérsia doutrinária existente no uso dos referidos vocábulos.

Feitas estas breves considerações, adentremos a questão.

1 – Distinção entre Poder Legiferante e Poder Normativo

Acalorados debates são promovidos acerca do poder normativo das agências reguladoras. Todavia, em muitos casos, pensamos que em razão da controvérsia sobre os conceitos em torno do poder legiferante (ou legislativo) e do poder normativo.

O poder legiferante, conforme a própria etimologia, advém da função legislativa do Estado, i.e., traduz-se na legítima manifestação do Poder Legislativo¹⁹ quando da elaboração de leis ordinárias, leis complementares, emendas à Constituição, entre outros expedientes.

Portanto, é exteriorização de competência atribuída ao Parlamento de uma nação; é a competência de editar leis. Em outras palavras, é o exercício, pelo Poder Legislativo, de uma de suas atribuições típicas, a de legislar.

Neste tocante, lembre-se, todavia, que a teoria da separação dos poderes de Montesquieu informa que a separação dos poderes (ou funções, caso assim se prefira) não é absoluta: todo Poder tem atribuições típicas e atípicas. Aquelas são por ele exercidas de maneira preponderante, enquanto estas seriam exercidas em caráter secundário.

¹⁷ A nosso ver, o poder regulamentar deve ser compreendido como aquele atribuído ao Chefe do Poder Executivo no exercício da competência para editar atos normativos.

¹⁸ ATALIBA, Geraldo. Decreto Regulamentar no Sistema Brasileiro. Revista de Direito Administrativo - RDA. Rio de Janeiro, 1969, p. 23.

¹⁹ Não se irá abordar aqui a distinção doutrinária que questiona a “separação dos poderes”, considerado que o poder do Estado é uno e indivisível, e que, porquanto, o mais adequado é falar-se em funções estatais: função legislativa, judiciária e executiva.

Em outras palavras: dado que a separação não é absoluta, caberá aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário o exercício de funções que não lhe sejam típicas. Assim, haverá casos, por exemplo, em que o Legislativo exercerá função de julgador e casos em que o Judiciário fará o papel de administração. Isto posto, a separação dos poderes não pode ser compreendida como modelo estanque, mas, antes, como modelo de equilíbrio e harmonia, configurando-se verdadeiro sistema de *checks and balances*.

O poder normativo com aquele não se confunde, pois é poder administrativo, encerra aplicação mais extensa, não se limitando à produção de normas pelo parlamento, englobando as demais estruturas do Estado, a exemplo das agências reguladoras e, até mesmo, órgão do Poder Judiciário, a exemplo do que acontece com as resoluções emanadas do Tribunal Superior Eleitoral – TSE. Em tais casos, estaríamos diante o exercício de função atípica.

No caso das agências reguladoras, o poder normativo, feixe de sua competência regulatória²⁰, traduz-se no poder de editar normas de caráter geral, abstrato e impessoal, direcionadas ao setor por ela regulado. É, por óbvio, um poder eminentemente técnico, que deve ser exercido dentro da discricionariedade técnica às agências permitida. Em regra, esse poder é exercido através da edição de resoluções. Contudo a nomenclatura desses expedientes pode variar conforme a organização de cada agência reguladora.

Isto posto, é preciso deixar claro que o exercício de poder normativo pelas agências reguladoras não importa usurpação de competência do Poder Legislativo, pois aquele é deferido por lei e, dentro de seus balizadores, deve ser exercido.

Com efeito, para uma melhor compreensão do assunto, é preciso que o operador do direito reconheça as mudanças institucionais ocorridas em sua vjurídico. Dito de outra maneira, não deve mais encontrar-se adstrita à mera legalidade, mas tributar respeito ao princípio da juridicidade.

V – O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

De início, importa esclarecer que optamos por utilizar, neste arrazoado, o termo poder normativo para qualificar a competência deferida às agências reguladoras para expedição de comandos prescritivos de condutas nas áreas que lhes são afetas. Dessa maneira, o que para muitos doutrinadores é entendido como poder regulamentar²¹, aqui será abordado como poder normativo. Filiamo-nos, portanto, à posição defendida pelo saudoso Geraldo Ataliba²², para quem o poder regulamentar:

“Consiste o chamado poder regulamentar na faculdade que ao Presidente da República – ou chefe do Poder Executivo, em geral, Governador e Prefeito – a Constituição confere para dispor sobre medidas necessárias ao fiel cumprimento da vontade legal, dando providências que estabeleçam condições para tanto. Sua função é facilitar a execução da lei, especificá-la de modo praticável e, sobretudo, acomodar o aparelho administrativo, para bem observá-la.”

Em nosso entendimento, que realçamos por não ser uníssono para a doutrina, o poder normativo seria o gênero, enquanto o poder regulamentar seria espécie daquele.

Outrossim, importa esclarecer que algumas posições adiante comentadas, em que pese utilizarem a expressão poder regulamentar, em nossa composição devem ser entendidas como sinônimas do poder normativo. Essa adaptação se faz imperiosa, tendo em vista a controvérsia doutrinária existente no uso dos referidos vocábulos.

Feitas estas breves considerações, adentremos a questão.

1 – Distinção entre Poder Legiferante e Poder Normativo

²⁰ Entendemos que a competência regulatória vai além do simples poder normativo, pois agrega as funções de fiscalizar e dirimir conflitos.

²¹ A nosso ver, o poder regulamentar deve ser compreendido como aquele atribuído ao Chefe do Poder Executivo no exercício da competência para editar atos normativos.

²² ATALIBA, Geraldo. Decreto Regulamentar no Sistema Brasileiro. Revista de Direito Administrativo - RDA. Rio de Janeiro, 1969, p. 23.

Acalorados debates são promovidos acerca do poder normativo das agências reguladoras. Todavia, em muitos casos, pensamos que em razão da controvérsia sobre os conceitos em torno do poder legiferante (ou legislativo) e do poder normativo.

O poder legiferante, conforme a própria etimologia, advém da função legislativa do Estado, i.e., traduz-se na legítima manifestação do Poder Legislativo²³ quando da elaboração de leis ordinárias, leis complementares, emendas à Constituição, entre outros expedientes.

Portanto, é exteriorização de competência atribuída ao Parlamento de uma nação; é a competência de editar leis. Em outras palavras, é o exercício, pelo Poder Legislativo, de uma de suas atribuições típicas, a de legislar.

Neste tocante, lembre-se, todavia, que a teoria da separação dos poderes de Montesquieu informa que a separação dos poderes (ou funções, caso assim se prefira) não é absoluta: todo Poder tem atribuições típicas e atípicas. Aquelas são por ele exercidas de maneira preponderante, enquanto estas seriam exercidas em caráter secundário.

Em outras palavras: dado que a separação não é absoluta, caberá aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário o exercício de funções que não lhe sejam típicas. Assim, haverá casos, por exemplo, em que o Legislativo exercerá função de julgador e casos em que o Judiciário fará o papel de administração. Isto posto, a separação dos poderes não pode ser compreendida como modelo estanque, mas, antes, como modelo de equilíbrio e harmonia, configurando-se verdadeiro sistema de *checks and balances*.

O poder normativo com aquele não se confunde, pois é poder administrativo, encerra aplicação mais extensa, não se limitando à produção de normas pelo parlamento, englobando as demais estruturas do Estado, a exemplo das agências reguladoras e, até mesmo, órgão do Poder Judiciário, a exemplo do que acontece com as resoluções emanadas do Tribunal Superior Eleitoral – TSE. Em tais casos, estaríamos diante o exercício de função atípica.

No caso das agências reguladoras, o poder normativo, feixe de sua competência regulatória²⁴, traduz-se no poder de editar normas de caráter geral, abstrato e impessoal, direcionadas ao setor por ela regulado. É, por óbvio, um poder eminentemente técnico, que deve ser exercido dentro da discricionariedade técnica às agências permitida. Em regra, esse poder é exercido através da edição de resoluções. Contudo a nomenclatura desses expedientes pode variar conforme a organização de cada agência reguladora.

Isto posto, é preciso deixar claro que o exercício de poder normativo pelas agências reguladoras não importa usurpação de competência do Poder Legislativo, pois aquele é deferido por lei e, dentro de seus balizadores, deve ser exercido.olta nas últimas décadas, desde a promulgação da Carta de 1988.

2 – O Necessário Reconhecimento das Mudanças Sociais e sua Interação com o Ordenamento Jurídico

O Direito é ciência humana e da realidade social não pode descolar-se por completo. Equivale dizer: seus institutos, o ordenamento jurídico de um país, devem acompanhar as evoluções da sociedade, sob pena de quedarem-se inócuos, inertes.

É dizer: de nada adianta um arcabouço jurídico desconectado da realidade social, sendo certo que, em tais casos, não se prestará a cumprir suas funções de direção e de tratamento dos conflitos de uma sociedade. Arrematam esse breve raciocínio as palavras de Miguel Reale, quando diz: “*A vida do Direito é o diálogo da história*”.

Com isso, pretende-se afirmar a necessária mudança quanto à visão da realidade brasileira pelos operadores do direito. Nossos arranjos institucionais e a forma de interlocução entre os agentes oficiais

²³ Não se irá abordar aqui a distinção doutrinária que questiona a “separação dos poderes”, considerado que o poder do Estado é uno e indivisível, e que, porquanto, o mais adequado é falar-se em funções estatais: função legislativa, judiciária e executiva.

²⁴ Entendemos que a competência regulatória vai além do simples poder normativo, pois agrega as funções de fiscalizar e dirimir conflitos.

foram alterados, impulsionados por mudanças experimentadas no cenário global: a evolução da administração burocrática para uma administração gerencial.

Assim, de antemão, é preciso consignar a importante substituição do paradigma da desconfiança do administrador público defendido pela administração burocrática clássica²⁵, pelo paradigma da confiança no administrador público, conforme apregoado pela escola da administração gerencial²⁶, muito mais consentâneo com nossa realidade atual.

No Brasil, as reformas gerenciais – não implantadas por completo – tiveram por escopo oxigenar a administração pública brasileira, dar-lhe novo ânimo, torná-la mais ágil. Prova disso foi a inserção do princípio da eficiência dentre o rol dos princípios constantes do art. 37 do texto constitucional operada pela Emenda Constitucional nº 19/98.

Outro exemplo clássico da influência da administração gerencial na organização do Estado brasileiro foi a previsão, também introduzida pela EC nº 19/98, do chamado “contrato de gestão²⁷”, mecanismo para atribuir maior autonomia gerencial, orçamentária e financeira aos órgãos e entidades administrativas.

Essas alterações constitucionais trouxeram em seu bojo importante e revolucionária mudança de paradigma administrativo: a de que a administração pública deve se pautar pelo alcance de resultados, fazendo-se presente de maneira tempestiva e oportuna na vida do cidadão, sem, contudo, perder de vista a necessária preocupação com a relação custo-benefício de suas atividades.

Por óbvio, tais alterações implicaram modificações substanciais no papel a ser desempenhado pelo gestor público, que passa a tributar respeito não apenas à legalidade, mas também à eficiência no desempenho de seu mister. Vale observar as palavras de Sundfeld²⁸, ao abordar essas transformações cotejadas ao direito administrativo convencional:

“Como demonstram os administrativistas clássicos, o direito administrativo supõe a vinculação do administrador ao legislador. Este ensaio de modo algum pretende negar essa premissa, que continua sendo correta. O que ele contesta não é a existência da vinculação, mas a ideia de que ainda estaria nela toda a chave da amarração jurídica da Administração.

Por isso, o ensaio afasta-se da visão de que os administradores teriam de ser braços essencialmente mecânico, e vê como natural a outorga a eles, de competências para criar a partir das leis – isto é, que as leis abram espaço jurídico para os administradores instituírem e conceberem soluções, políticas e programas.” (os grifos são nossos)

Comunga da ideia ora defendida Odete Medauar²⁹, quando rejeita a “sacralização da legalidade”, entendida como a estrita vinculação da Administração ao legislador, por pressupor que as leis, simplesmente por serem leis, automaticamente serão justas e representarão a melhor escolha possível.

Repita-se: com advento da EC nº 19/98, ao lado do princípio da legalidade, o princípio da eficiência - além dos princípios da moralidade, impessoalidade e da publicidade - passa a informar a atuação da Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

²⁵ Exteriorizada pela rigidez excessiva, proliferação de normas, controles prévios excessivos, entre outras.

²⁶ Incorporam-se à administração pública conceitos como eficiência, eficácia e efetividade; gestão por resultados, maior autonomia ao administrador, que deve ser acompanhada de maiores responsabilidades; entre outras características.

²⁷ Os contratos de gestão são exemplos do fenômeno da contratualização, o qual enseja a gestão por resultados. Se por um lado é deferida maior autonomia ao gestor público, por outro ele assume maiores responsabilidades quanto sua atuação profissional.

²⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para céticos. Malheiros Editores. São Paulo. 2012. p. 135.

²⁹ “(...) A própria sacralização da legalidade produziu um desvirtuamento denominado legalismo ou legalidade formal, pelo qual as leis passaram a ser vistas como justas por serem leis, independentemente do conteúdo.” MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 13ª ed., São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, p. 146.

Assim, como ambos possuem sede constitucional, devem coexistir harmoniosamente, sem que haja preponderância de um sobre outro, e – em caso de conflito no caso concreto – deve-se recorrer ao princípio da unidade da Constituição, que obriga o intérprete a considerar o Texto Magno como um todo unitário, ou seja, de maneira global.

É preciso, portanto, enriquecer o direito administrativo a partir de novas técnicas de administração pública, de modo que o administrador, indivíduo em regra mais afeto ao dia-a-dia da população, assuma papel mais produtivo e não mais atue como mero “*braço mecânico*” do legislador.

Afastem-se desde logo as críticas acerca de possíveis excessos advindos dessa atuação mais ativa da administração pública, porquanto em tais casos, com vistas a coibir eventuais abusos, sempre restará a possibilidade de o administrado socorrer-se do Poder Judiciário para combatê-los.

Sundfeld³⁰ alerta ainda para a quebra do monopólio legal da função normativa pertencente ao legislador, e que, no atual estágio, vivemos um regime concorrencial de normas. Aliás, é categórico ao afirmar que: “*Pode-se dizer, assim, que os ‘interesses do Direito’ não estão mais aos cuidados apenas do Parlamento, como se concebeu de início: há muitos outros organismos cuidando deles.*”

Isso posto, deve restar superado o monismo legalista que tanto influenciou o direito administrativo, sem que isso signifique o abandono da lei, e, tão pouco, que a atuação da Administração não deva respeito à lei e que será uma operação livre e ausente de balizadores jurídicos.

Assim é que a complexidade técnica e a velocidade do desenvolvimento das estruturas econômico-sociais demandam por normas específicas, implicando a necessidade de que se produzam ordenamentos setoriais. Observem-se as palavras de Aragão³¹:

“Os ordenamentos setoriais, instituídos pelo Estado por imposição da realidade econômica e técnica possuem uma base econômica identificável. Têm por função a regulação das atividades empresariais ou profissionais que possuem aspectos sensíveis ao interesse coletivo, tais como os serviços públicos, a exploração de determinados bens públicos (ex.: os recursos minerais), o comércio de valores mobiliários, a atividade financeira, a produção de medicamentos, o exercício da advocacia e da medicina, etc., que não podem ser deixadas ao arbítrio privado.

Quando o legislador julga ser necessária uma maior rigidez do controle estatal, os ordenamentos setoriais são conferidos a entidades ou órgãos do próprio Estado, mas alheios à sua administração central, com a qual não possuem vínculos de hierarquia ou de significativo controle. São os casos das agências reguladoras no Brasil, das comissões norte-americanas e das autoridades independentes francesas, italianas e espanholas.”

É, portanto, a nova conformação social que exige uma também nova conformação do ordenamento jurídico, considerada a complexidade, novas formas de diálogo entre atores sociais e a velocidade das transformações sociais.

Pois bem, a adoção dessa nova postura do direito administrativo, abandonando-se a sacralização absoluta da legalidade, demonstra-se a mais coerente com o atual estágio de evolução das instituições democráticas, bem como mais efetiva e responsiva aos anseios da sociedade.

3 – A Técnica da Deslegalização

De início, é preciso esclarecer a importância do poder normativo de uma agência reguladora, atributo que lhe deve ser intrínseco, sob pena de tal entidade ser equalizada às demais estruturas administrativas já existentes. Se assim o fosse, por imperativo lógico, não haveria que se falar em nova estrutura administrativa.

³⁰ SUNDFELD. *Op. Cit.* p. 144.

³¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação dos Poderes: Uma contribuição da Teoria dos Ordenamentos Jurídicos. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, Número 13, abril/maio de 2002.

Na forma alhures observada, originariamente, o surgimento das agências reguladoras é fruto de alterações estruturais operadas em nosso país, com a reorganização de setores econômicos nacionais e transferência da prestação de serviços públicos aos particulares.

As áreas de atuação de tais entidades são setores de relevância social, para os quais deve permanecer a intervenção estatal e cujas características mercadológicas demandam conhecimentos técnicos especializados capazes de acompanhar a velocidade do desenvolvimento tecnológico por eles experimentados.

Desta maneira, a atribuição de poder normativo às agências reguladoras deve ser interpretada como condição *sine qua non* para que o Estado continue a intervir tempestiva e eficientemente nos setores regulados. Inegável que o exercício de sua competência normativa traduz uma de suas formas de intervenção.

Explique-se: a complexidade e a dinamicidade das relações observadas em tais setores demandam a pronta intervenção e resposta do Estado, o que não coaduna com a atuação do Parlamento, pois os processos que ali têm pauta são, em regra, mais morosos. Ademais, não se pode perder de vista o aspecto extremamente técnico das matérias que são tratadas nos ambientes de regulação, o que exige capacitação específica dos agentes desse mercado, o que, em geral, não parece ser o caso do Parlamento.

Os ambientes de regulação constituem, pois, novos setores técnicos e econômicos que exigem do Estado a criação de ordenamentos setoriais específicos, capazes de atender às demandas dos atores envolvidos em tais ambientes (iniciativa privada, consumidores e – por que não - o próprio Estado). As agências reguladoras são a melhor resposta a essa requisição mercadológica.

Abordando o novo ambiente institucional descortinado economicamente, nos ensina Marques Neto³²: *“Todos estes fatores apontam para a dificuldade de se manter a lei como instrumento exclusivo da ação regulatória e fonte única do arcabouço regulamentar. Daí porque se surge sempre a polêmica em torno do princípio da legalidade quando se discute a hodierna atividade regulatória estatal.”*

E, em outra de suas obras, pontua³³ :

“Se bem é verdade que a atividade reguladora não pode prescindir de uma forte e bem articulada base legal, certo também é a impossibilidade de que todo o arcabouço regulatório seja editado pelo Parlamento. A especialidade, a complexidade, a multiplicidade e a velocidade de surgimento das questões regulatórias determinam a necessidade de que a parcela significativa da regulação estatal seja delegada ao órgão regulador.” (destaque nosso).

Incontestável, por conseguinte, ser primordial a atribuição de poderes normativos às agências reguladoras. Aliás, incontestável, para a esmagadora maioria da doutrina, que essas entidades detêm o poder normativo.

A doutrina especializada, porém, é dissente quanto ao fundamento de concessão do poder normativo às agências reguladoras: se mediante procedimento de deslegalização ou delegificação da matéria, ou se mediante atribuição de mera competência regulamentar a tais entidades.

Em nosso sentir, o mais apropriado para o caso é admitir que o poder normativo das agências reguladoras é resultado de um processo de deslegalização, que deverá ser exercido dentro de parâmetros estabelecidos pela própria lei delegante, bem como em obediência aos demais contornos existentes em nosso ordenamento jurídico. Destarte, pode-se dizer, assumindo o risco da obviedade de nossa afirmação, que o poder normativo das agências reguladoras deve ser exercitado dentro de parâmetros que respeitem a lei e o direito³⁴.

³² MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. In Direito Administrativo Econômico, Malheiros, 2000, Sundfeld, Carlos Ari (Coordenador). p. 80.

³³ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: Direito Administrativo Econômico (Coordenação de Carlos Ari Sundfeld). São Paulo: Malheiros, 2000, p. 82.

³⁴ Outro raciocínio não é cabível, além da unidade de nosso ordenamento jurídico, esse comando encontra-se estampado de maneira expressa no art. 2º, parágrafo único, I da Lei nº 9.784/99.

Não nos escusamos, todavia, de reconhecer a existência de problemas de ordem prática, notadamente advindos de uma visão clássica do Direito Administrativo e do movimento já mencionado quanto à “sacralização da lei”. Paralelamente, reconhecemos a existência de imperativos sociais e de mudanças constitucionais que embasam a adoção da técnica da deslegalização.

Para que se opere a deslegalização acerca de um determinado assunto, devem ser adimplidos três pressupostos, a saber: i) a matéria objeto da deslegalização não se encontrar sob reserva de lei; ii) o Parlamento dispor, em lei formal, sobre princípios e diretrizes gerais da matéria; e, iii) a existência de lei formal a delegar a competência normativa do assunto para o ente administrativo.

Sobre o assunto, há posição do expoente constitucionalista Canotilho³⁵, quando nos ensina: “atribuição de poderes normativos ao Governo (...) serve para descongestionar os órgãos legislativos, transferindo para os órgãos executivos e administrativos uma competência mais ou menos ampla de normação jurídica.”

Para Alexandre Aragão, não há verdadeiramente uma transferência de poder, “mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria³⁶”.

De acordo com esse autor, se é deferido ao Parlamento o poder de revogar uma lei, porque não seria, igualmente, deferido o poder de delegar aquela matéria, desde que não sujeita à reserva de lei, para deliberação de outro ente? É a lógica do sistema, informando o raciocínio reflexo do brocardo “a maiori, ad minus”.

Deveras, essa atribuição de competência será, sim, mais ou menos ampla, porquanto deverá ser exercitada dentro dos parâmetros legais de sua lei concessiva, bem como guardar obediência aos demais imperativos do Direito. Pode-se falar que, além dos balizadores da lei formatadora da agência, vê-se na espécie a aplicação da Teoria dos Princípios.

Apesar de existirem há mais tempo em outros ordenamentos jurídicos, os limites e fundamentos do poder normativo das agências reguladoras não é assunto menos tormentoso para o direito alienígena. Comentando o assunto da delegificação, são as palavras de GARCÍA DE ENTERRÍA³⁷:

“O fenômeno da chamada genericamente legislação delegada é um dos mais importantes na prática atual de todos os países. Recentemente, com efeito, o legislador faz participar de alguma maneira à Administração na ordenação jurídica da sociedade atual e de seus problemas. Cada vez se vai generalizando mais esta forma legislativa que supõe uma participação entre o Legislativo, que adota ordinariamente a iniciativa, e a Administração, que a continua e a leva a termo e conclusão. Na economia da utilização do regulamento vão sendo cada vez mais raros os regulamentos que atuam por si sós (já dissemos que isto só pode produzir-se no âmbito organizativo interno da Administração e que ainda a presença da lei é constante) e não colaboram com uma normativa de lei que, de alguma maneira, lhes reserva, lhes reconhece, lhes atribui, lhes delega, âmbitos de atuação determinados. O regulamento se converte, assim em uma espécie de prolongação da lei, suposto que está, de difícil elaboração e ajuste em Câmaras numerosas, há de concentrar-se necessariamente no estabelecimento das regulações estruturais de base, sem poder descender a pormenores técnicos.”

Vê-se, portanto, que a técnica de deslegalização de uma matéria tem por principal objetivo operar o prolongamento do espectro normativo da lei, ao atribuir competências normativas a entes da Administração, que levará o tema adiante e lhe dará conclusão.

Todavia, é preciso que se faça marcada distinção do espaço de exercício desse poder normativo: que ele se encontra adstrito ao setor regulado pela agência e que envolve apenas escolhas técnicas.

³⁵ CANOTILHO, Op. Cit. p.785.

³⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de, O poder Normativo das Agências Independentes e o Estado Democrático de Direito. Revista de Informação Legislativa, v. 37, n. 148, p.289.

³⁷ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo e TOMÁS-RAMÓN, Fernandes. Curso de Direito Administrativo. Trad.: Arnaldo Setti, colab. Almudena Marín López e Elaine Alves Rodrigues. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 271.

Quanto ao fato de o exercício desse poder limitar-se ao setor regulado, não há maiores celeumas, desarrazoada a ideia de que uma agência reguladora que atue no setor de energia elétrica possa normatizar questões do setor de saneamento básico, posto que não deterá conhecimentos técnicos e nem pessoal especializado para o trato da matéria. Ademais, indiscutivelmente, deverá exercer suas atribuições normativas acerca das matérias que lhe foram outorgadas pela lei criadora.

Quanto ao aspecto substantivo do exercício desse poder normativo pelas agências, há que se diferenciarem as matérias que podem ser objeto de delegação e as que não podem. Neste sentir, importante a distinção entre normas que envolvem escolhas político-administrativas e normas que envolvem escolhas técnicas.

As escolhas político-administrativas, como o próprio nome indica, são afetas ao campo da política, traduzidas que são pela formulação de políticas públicas³⁸, não podem ser objeto de delegação pelo Parlamento. Sua formulação é atribuição deferida aos legítimos representantes do povo.

De outro lado, as escolhas técnicas, estas sim, poderão ser objeto de livre delegação às agências, pois seu trato demanda, a um só tempo, dinamicidade, flexibilidade e conhecimento especializado, indispensáveis para acompanhar com a devida celeridade os avanços tecnológicos que se operam nos mercados.

Ademais, além das vantagens supra-referenciadas, a delegação legislativa relativa aos aspectos técnicos permite uma blindagem de tais questões de disputas partidárias, o que implica, sobremaneira, maior confiança e segurança nas decisões a serem tomadas.

Diogo Figueiredo Moreira Neto³⁹ apresenta o tema sob o seguinte viés:

“Como, em princípio, não se fazia a necessária e nítida diferença entre as matérias que exigem escolhas político-administrativas e as matérias em que devam prevalecer as escolhas técnicas, a competência legislativa dos Parlamentares, que tradicionalmente sempre foi privativa, na linha do postulado da separação dos Poderes, se exerceu, de início, integral e indiferenciadamente sobre ambas.

Somente com o tempo e o reconhecimento da necessidade de fazer a distinção, até mesmo para evitar que decisões técnicas ficassem cristalizadas em lei e se tornassem rapidamente obsoletas, é que se desenvolveu a técnica das delegações legislativas.” (grifos nossos)

Sobre o assunto, cumpre ainda rechaçar a ideia de indelegabilidade de competência normativa, presente no art. 25 do ADCT⁴⁰ da Carta de 1988. Certo é que o referido artigo cuidou de estancar situações específicas, resquícios do regime político ditatorial vivenciado no Brasil, cuja transição operou-se com a nova Constituição.

Desta maneira, refutam-se argumentos que tencionem fazer crer essa suposta regra constitucional informadora da indelegabilidade.

De igual maneira, faz-se necessário rebater argumentos que o poder normativo das agências reguladoras subverteria a teoria da separação dos poderes cunhada por Montesquieu. Como salientado alhures, essa separação de poderes (ou funções) não é vivenciada de maneira absoluta. O que há, de fato, é a coexistência harmônica entre eles, os quais devem ser exercitados de maneira equilibrada, conforme a preponderância de atividades.

Tampouco cabem aqui os argumentos de que a técnica da delegação legislativa implicaria violação ao princípio constitucional da legalidade. A compreensão do texto constitucional direciona o intérprete a

³⁸ Em que pese o conceito de política pública não ser consenso doutrinário, para nosso escopo, basta compreendê-la como conjunto de ações desempenhadas pelo Estado com vistas a atender as demandas de uma determinada sociedade.

³⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito Regulatório. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.117.

⁴⁰ 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.

realizar uma análise sistemática do Texto Maior, de maneira a compreendê-lo de maneira global, por inteiro.

Com efeito, há, sim, matérias cuja disposição é privativa de lei, as quais se encontram devidamente elencadas na Constituição de 1988. Em tais casos, diz-se que sua deliberação encontra-se sujeita ao princípio da reserva legal. É preciso entender a distinção entre princípio da legalidade e princípio da reserva legal.

Por isso entendemos cabível serem feitas observações sobre a distinção existente entre o princípio da legalidade e o princípio da reserva legal, sendo certo que este último exige maior rigor para o trato de determinadas matérias.

De acordo com o José Afonso da Silva⁴¹, “o primeiro significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei.”

O princípio da reserva legal impõe, por conseguinte, que determinadas matérias sejam disciplinadas por lei formal, sujeita a processo legislativo ordinário ou especial, a exemplo do que ocorre com a criação ou majoração de tributos, na forma do art. 150 da Constituição. Demais disso, o assunto já foi objeto de debate em nosso egrégio Supremo Tribunal Federal quando da decisão prolatada nos autos do RE 140.669/PE⁴².

Ora, atribuir aura absoluta ao princípio da legalidade sem que se faça sua necessária distinção do princípio da reserva legal conduz ao raciocínio da existência de trechos constitucionais sem qualquer validade, palavras despiciendas. Esta hipótese demonstra-se inadequada, pois “*verba cum effectu, sunt accipienda*”, i.e., não se presumem na norma jurídica palavras mortas. É dizer: toda expressão, frase ou palavra contida em um texto legal tem uma razão supralegal para ali estar incluída.

Pois bem, na situação posta sob análise, houve manifestação positiva do legislador em deferir competência normativa às agências reguladoras, i.e., quando da elaboração da lei, ele manifesta sua vontade de maneira expressa, daí porque vale recorrer à máxima de que onde a lei não restringe, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Diante do exposto, não há como concluirmos, na espécie, senão pela incidência do procedimento da deslegalização a conferir amplo poder normativo às agências reguladoras relativo às matérias técnicas que lhe são afetas por suas leis instituidoras, sob pena de incorrer-se na perigosa hipótese de uma regulação não efetiva.

V - CONCLUSÕES

As mudanças sociais e estruturais operadas ao longo das últimas décadas impuseram uma nova realidade mercadológica e de reposicionamento estratégico para o Estado, que não pode ser negada pelo direito administrativo.

⁴¹ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 421

⁴² EMENTA: TRIBUTÁRIO. IPI. ART. 66 DA LEI Nº 7.450/85, QUE AUTORIZOU O MINISTRO DA FAZENDA A FIXAR PRAZO DE RECOLHIMENTO DO IPI, E PORTARIA Nº 266/88/MF, PELA QUAL DITO PRAZO FOI FIXADO PELA MENCIONADA AUTORIDADE. ACÓRDÃO QUE TEVE OS REFERIDOS ATOS POR INCONSTITUCIONAIS. Elemento do tributo em apreço que, conquanto não submetido pela Constituição ao princípio da reserva legal, fora legalizado pela Lei nº 4.502/64 e assim permaneceu até a edição da Lei nº 7.450/85, que, no art. 66, o deslegalizou, permitindo que sua fixação ou alteração se processasse por meio da legislação tributária (CTN, art. 160), expressão que compreende não apenas as leis, mas também os decretos e as normas complementares (CTN, art. 96). Orientação contrariada pelo acórdão recorrido. Recurso conhecido e provido. (RE 140669, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 02/12/1998, DJ 18-05-2001 PP-00086 EMENT VOL-02030-03 PP-00567 RTJ VOL-00178-01 PP-00361)

Nesse contexto, novas relações jurídicas surgiram, advindas dessa nova realidade social, e passaram a demandar soluções específicas para seu direcionamento e resolução de eventuais conflitos.

Diante disso, com o fito de atender a essa nova realidade estrutural e suas necessidades jurídicas, importou-se de ordenamentos alienígenos a figura das agências reguladoras, com forte influência das *independent agencies* norte-americanas.

No Brasil, foram conformadas como autarquias em regime especial, com atributos específicos que as distinguem das autarquias comuns, a exemplo do mandato fixo de seus dirigentes. De igual forma, foi-lhes atribuído o chamado poder normativo, sem o qual não poderiam exercer plenamente sua função regulatória.

Ademais, é preciso salientar-lhes a especialidade técnica, atributo essencial para uma efetiva intervenção no setor regulado por elas, sem a qual não há que se falar em regulação verdadeiramente.

Paralelamente, assumiram relevo jurídico as prescrições contidas em princípios, os quais passam a ser considerados parâmetros para atuação de todo o Estado e, conseqüentemente, para atuação das agências reguladoras.

Assim é que, no exercício de seu poder normativo, as agências, além de atenção às suas leis instituidoras, devem respeito aos demais princípios estampados pelo ordenamento. Aqui, fazemos especial referência ao princípio da eficiência, intimamente relacionado ao momento histórico e às reformas estruturais ocorridas em nosso país, quando da concepção das agências.

No esteio, para que a regulação atenda aos seus fins: controle e constante melhoria dos serviços públicos, há que se reconhecer às agências reguladoras amplo poder normativo quanto aos aspectos técnicos das áreas que lhes são afetas, o que é possível mediante a técnica da deslegalização.

A deslegalização é necessária, pois o Parlamento não possui a dinamicidade, flexibilidade e conhecimento especializado necessário para a regulação desses novos mercados, em que os avanços técnicos se dão em grande velocidade.

Ademais, em última análise, além das vantagens práticas de operar-se a deslegalização, tendo em vista o princípio constitucional da eficiência – que como defendido, possui normatividade para pautar a atuação da Administração Pública – aquela demonstra-se a melhor opção para a conformação da nova realidade social.

É dizer, além de uma adequada e viável opção legislativa para o trato da matéria, a técnica da deslegalização é, ao mesmo tempo, a concretização do princípio constitucional da eficiência, pois indiscutível a maior agilidade, dinamicidade e conhecimentos técnicos das agências reguladoras acerca dos setores por elas regulados, em detrimento dos mesmos atributos do Parlamento.

Assim é que, para as matérias em que, conjugadamente, se observem os seguintes requisitos: i) a matéria objeto da deslegalização não se encontre sob reserva de lei; ii) o Parlamento ter deliberado, em lei formal, sobre princípios e diretrizes gerais da matéria; e iii) a existência de lei formal a delegar a competência normativa do assunto para o ente administrativo, entende-se pela possibilidade de adoção da técnica de deslegalização. Neste sentido é que, observados os referidos requisitos, estar-se-á diante de atribuição de poder normativo às agências reguladoras relativamente a questões técnicas.

Em nosso sentir, assegurar o poder normativo às agências reguladoras, nos moldes defendidos, é condição indispensável para que esses entes gozem da necessária independência e autonomia para o desempenho de suas vocações institucionais, sendo certo que esse é o caminho para que os serviços públicos continuem sendo prestados cada vez com mais zelo, eficiência e qualidade, sempre em atenção às necessidades sociais.

VII - BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de, O poder Normativo das Agências Independentes e o Estado Democrático de Direito. Revista de Informação Legislativa, v. 37, n. 148, p.289.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação dos Poderes: Uma contribuição da Teoria dos Ordenamentos Jurídicos. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, Número 13, abril/maio de 2002.

ATALIBA, Geraldo. Decreto Regulamentar no Sistema Brasileiro. Revista de Direito Administrativo - RDA. Rio de Janeiro, 1969, p. 23.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 71.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 203

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 7ª ed. UnB, Brasília, 1996, p. 159.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, Senado Federal, 2010.

BRASIL. Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado – PDRAE. Brasília, MARE, Documents, 1995, p. 12 e 13.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Brasília, Diário da Justiça, 18-05-2001 (Súmula).

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e Poder Normativo. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 9, fevereiro/março/abril, 2007.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. Processo administrativo e controle da atividade regulatória. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito regulatório: temas polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo e TOMÁS-RAMÓN, Fernandes. Curso de Direito Administrativo. Trad.: Arnaldo Setti, colab. Almudena Marín López e Elaine Alves Rodrigues. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 271.

JUSTEN FILHO, Marçal. “O Direito das Agências Reguladoras Independentes”, São Paulo, Editora Dialética, 2002.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 13ª ed., São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, p. 146.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências reguladoras: instrumentos do fortalecimento do Estado. Porto Alegre: Associação Brasileira de Agências de Regulação, 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências reguladoras independentes. Fundamentos e seu regime jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para céticos. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para céticos. Malheiros Editores. São Paulo. 2012.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. In Direito Administrativo Econômico, Malheiros, 2000, Sundfeld, Carlos Ari (Coordenador). p. 80.

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

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.