

A APLICAÇÃO DA LEGALIDADE SOBRE OS ATOS NORMATIVOS NA REGULAÇÃO

Marília Gabriela de Araújo Melo Pereira de Lira¹

Felipe César de Araújo Melo Pereira²

Endereço: email : mgamp_direito@hotmail.com

RESUMO: O Princípio da Legalidade brasileira vem insculpido no art. 5º II da Constituição Federal, bem como no art. 37 caput da citada carta, no que tange a estrita legalidade administrativa. Acontece que não raras vezes, as autarquias especiais, denominadas agências reguladoras, responsáveis pela atividade de regulação em diversos setores da economia, vem desrespeitando este princípio primordial do Estado de Direito, fazendo uso de atos normativos caracterizados pelos requisitos da generalidade e abstração, inovadores na ordem jurídica, proporcionando uma série de ações inconstitucionais a serem versadas em âmbito judicial, desestruturando o arquétipo jurídico estabelecido por Kelsen, e seguido pelo Brasil, contrariando a hierarquia das normas do sistema jurídico brasileiro. Neste condão, a pesquisa objetiva analisar a abordagem das condutas, justificando a reprovação das atitudes do setor, em busca do respeito pela ordem jurídica estabelecida, demonstrando a posição dos diversos críticos da área, a fim de contribuir positivamente para a doutrina, corroborando com o necessário respeito ao essencial Princípio da Legalidade. Tudo isso com base numa pesquisa bibliográfica e jurisprudencial dedutivista.

PALAVRAS CHAVE: Princípio da Legalidade – Regulação - Inconstitucionalidades

INTRODUÇÃO

Sabendo-se que o princípio da legalidade é um dos pilares do Estado de Direito, consubstancia uma organização estatal com condutas previamente estabelecidas na lei, impedindo atos não admitidos pelo ordenamento jurídico vigente.

Este princípio envolve grandes questões jurídicopolíticas, como o constitucionalismo, o positivismo jurídico, os direitos fundamentais do homem, como a liberdade e a individualidade.

Entretanto, o Estado de Direito vem adotando a extensão normativa de suas funções, mediante três vertentes ontológicas: pautado em leis resultantes de um procedimento previsto e aceito pela sociedade civil organizada; fundamento político da luta pela lei como fruto do conflito social de interesses harmonizados mediante a prática da justiça; mas desencadeando uma inflação legislativa desvalorizadora da lei.³

Nota-se que a evolução da preferência da lei como “autovinculação” do poder executivo e da administração a uma forma de ato legislativo desencadeou o ato governamental de produzir leis, enquadrando-nos numa verdadeira crise legal na busca de maior eficiência.⁴

Observe que este direito normativo em expansão ocorre tanto na ordem interna como na internacional, inclusive alguns autores vem analisando a hipótese de que a lei passa por um período de transformação conceitual num Estado pós moderno baseado na

¹ Pós Graduada em Direito Administrativo e Tributário pela UFPE, Mestre em Direito Público pela UFPE, Professora Titular de Direito Constitucional da Estácio de Sá-Recife, Professora Adjunta de Direito Constitucional da FACHUCA e Advogada.

² Advogado, Químico e Operador de Estações Aeronáuticas

³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O princípio da legalidade. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, junho, 1997, p.16-19

⁴ GUERRA, Glauco Martins. **O princípio da legalidade e poder normativo: dilemas da autonomia regulamentar**. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos op. cit. P. 73-74

complexidade da realidade com um rompimento do dogmatismo em favor do pragmatismo, com maior flexibilização do conteúdo normativo, uma hierarquia legal estanque dando lugar aos *standards*, cada vez mais sistematizadores dos comportamentos sociais em adaptação.⁵

Absorve-se a racionalização pela produção normativa, em virtude da tendência de maior codificação do Direito em conjunto com a crescente descentralização do poder normativo em virtude da valorização da técnica legislativa. Neste ínterim, o Princípio da Legalidade ressurgiu como um novo elemento de equilíbrio no ordenamento excessivamente normatizado e regulado.⁶

DESENVOLVIMENTO

A nova ordem legal possui dois preceitos fundamentais: o Princípio Democrático e o Estado de Direito. Com relação ao primeiro, temos a lei proveniente da decisão resultante do conflito de interesses sociais, enquanto o Estado de Direito tem a lei como instrumento material para o desenvolvimento da atividade administrativa, e como garantia contra o abuso de poder.⁷

Isto traz legitimidade a lei, na medida em que há participação popular na sua elaboração, impedindo que ela seja abusiva, e distante da realidade, eis que o poder público deve ser baseado estritamente na legalidade administrativa.

É importante distinguir lei em sentido material e lei em sentido formal, classificação esta surgida no século XIX, pela doutrina alemã. Lei em sentido formal é todo ato do Legislativo ou de qualquer outro órgão com competência para emitir normas, mas em respeito ao procedimento específico e exteriorizado por determinada forma. Enquanto a lei material é decorrente do Legislativo no exercício de sua função típica. Neste sentido, toda lei em sentido material é também lei em sentido formal. Assim a medida provisória e a lei delegada, por serem produzidas pelo Executivo não são qualificadas como leis formais, mas tão somente como atos equiparados à estas conforme a doutrina nacional.⁸

Enquanto a legalidade determina o respeito à lei, a reserva de lei estabelece a regulamentação de algumas matérias unicamente por lei formal. Na legalidade há o ordenamento da hierarquia de fontes normativas, ao passo que a reserva legal há o estabelecimento destas.⁹

Canotilho aborda uma percepção distinta em relação ao Princípio da Legalidade. Tece comentário sobre a diferença entre os seus sentidos positivo e negativo:

É positivo porque a administração pública detém a lei como bússola para atuar, restando espaços de manobra devidamente controlados para ações que fujam dos limites da liberdade política. De seu turno, a legalidade se faz negativa sob a ótica de que a administração pública nada pode fazer, senão aquilo que está previsto em lei.¹⁰

Lei é sob a ótica de Bulos, “a norma geral e abstrata de comportamento, aprovada pelo Legislativo e sancionada pelo Executivo” e acrescenta que qualquer comando estatal deve nascer de uma lei em sentido formal¹¹.

⁵ Ibidem, p. 76

⁶ GUERRA, Glauco Martins. **O princípio da legalidade e poder normativo:** dilemas da autonomia regulamentar. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos op. Cit, p. 76-77

⁷ Idem

⁸ CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O poder normativo das agências reguladoras.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 27-28

⁹ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 20 ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 421

¹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição,** 3 ed., Coimbra: Almedina, 1999, p. 87

¹¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada.** São Paulo: Saraiva, 2000, p. 85,

Percebe-se que ninguém é obrigado a fazer nada senão em virtude de lei, conforme dicção do art. 5º, II da CF/88, que só admite imposição de obrigação através de ato legislativo típico, e que a Administração Pública tem suas condutas balizadas no Princípio da Legalidade, conforme o art. 37 da CF/88, as condutas administrativas ficam adstritas unicamente aos comandos legais.

É importante observar que a legalidade deve ser diferenciada da reserva de lei, e conforme José Afonso da Silva, a reserva de lei é bem mais rigorosa que a legalidade, mas se subdivide em absoluta e relativa, assim como a lei. Para a reserva de lei absoluta apenas se admite que as leis sejam provenientes do Poder Legislativo em sua função típica, inadmitindo qualquer outra fonte infralegal ou subordinada, já a relativa, admite outra fonte diversa da lei formal.¹²

Em virtude disso, não se pode reconhecer direito atribuído ao setor público que não contenha previsão legal. Isto nos leva a crer que determinadas atribuições praticadas por algumas entidades, são alvo de pesadas críticas pela doutrina, como a elaboração de atos normativos em razão do poder normativo que autoriza o detalhamento maior da lei para fins de melhor administrar as necessidades públicas de forma mais prática e célere.

Ocorre que as críticas neste sentido, intervêm na condição de elaboração em demasia de atos normativos que tomam o papel da lei superior, ao trazer conteúdo inovador na área regulada pela agência reguladora, desobedecendo à hierarquia das normas ditadas por Hans Kelsen e utilizadas em nosso sistema jurídico constituído.

Na doutrina brasileira, há dissidência de nomenclatura no que tange ao poder da administração pública de emitir atos. Para Alexandre dos Santos Aragão, por exemplo, se denomina poder normativo, enquanto para outros como José dos Santos Carvalho Filho, o referido poder se cognomina regulamentar, que o define sua base como “mecanismo de complementação das leis indispensáveis a sua efetiva aplicação” e o define como “prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar a lei”¹³. E há autores ainda como Leila Cuéllar, que ora o denomina poder normativo, ora o denomina poder regulamentar:

No Brasil o que existe é um poder normativo/regulamentar diverso daqueles que existem em outros países. Trata-se de um poder temperado, adaptado ao sistema jurídico brasileiro, não podendo (i) inovar de forma absoluta, *ab ovo*, na ordem jurídica, (ii) contrariar a lei e o direito, (iii) desprezar o princípio da tipicidade, (iv) impor restrições à liberdade, igualdade e propriedade ou determinar alteração do estado das pessoas; (v) ter efeito retroativo (em princípio).¹⁴

Por meio de uma breve análise, percebemos que de acordo com o art. 84, IV da CF/88 o poder para emitir regulamentos é de competência privativa do chefe do executivo, podendo em casos específicos ditados no parágrafo único do artigo em comento, delegar as funções constantes nos incisos VI, XII e XXV primeira parte aos Ministros de Estado, ao Procurador da República ou ao Advogado Geral da União, o que demonstra a impossibilidade de outros órgãos da administração pública, que não os elencados no artigo editarem regulamentos para fiel execução, isto é, para viabilizar a aplicação de uma lei,

¹² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 402

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.55

¹⁴ CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 142

esclarecendo pormenores e instituindo procedimentos, o que proporciona comentários no que tange a invasão de competência por parte das agências reguladoras.¹⁵

Para Eros Grau, há três tipos de regulamentos: os de execução, consubstanciados no art. 84, IV da CF, que trata da função normativa do Executivo; os autorizativos, que provem de atribuição explícita de função normativa por meio de ato legislativo e os autônomos ou independentes como atribuição implícita do Executivo pela CF.¹⁶

Enquanto isto,¹⁷ Leila Cuéllar não defende ser razoável discussão entre a admissibilidade ou a negação do regulamento autônomo, mas sim efetivar controle sobre estes, para coibir os abusos que venham a existir mediante sua utilização.

De acordo com a lei explicitamente, é proibida a utilização de regulamentos autônomos no âmbito da administração pública, seja quem for o autor de tal mandamento, eis que isto atingiria frontalmente o Princípio da Legalidade, o qual impede que normas de inferior hierarquia inovem no mundo jurídico, mas tenha tão somente o papel de esmiuçar matérias já albergadas por uma lei, que como exigível pela Carta Maior, sofreu um minucioso processo de elaboração, por meio da participação das duas casas legislativas, com posterior sanção presidencial, para por fim torná-la vigente diante de todos os cidadãos.

Neste condão Marçal Justen Filho, reconhece a validade da ampla competência normativa para complementar a lei, ou seja, cabível seria a conduta da administração no que pertine a uma melhor explicitação do que a lei definiu anteriormente.

Para este autor, a competência normativa abstrata encontra fundamento na discricionariedade:

a discricionariedade não se afigura apenas como manifestação de competência para editar algumas normas concretas e individualizadas, destinadas a regular situação determinada entre sujeitos específicos. A discricionariedade também pode exteriorizar-se como fundamento para edição de normas gerais.¹⁸

Seria cabível a administração pública escolher a melhor alternativa na implementação da política pública respaldada na lei, por meio do exercício da competência discricionária atribuída às agências.

Leila Cuéllar salienta que não há aqui menção à delegação legislativa, eis que esta atende aos requisitos de excepcionalidade e temporariedade, o que não é característico na atividade de fiscalização e regulação pelas agências, mas ela admite que o poder regulamentar pode ser exercido por outros órgãos da administração que não o Presidente e os Ministros de Estado.

Reconhece-se atualmente que o poder regulamentar pode ser exercido não somente pelo Presidente da República, mas também pelos Ministros de Estado e por outros órgãos e entidades da Administração Pública, como as autarquias. Portanto, as agências examinadas, autarquias integrantes da Administração Indireta, podem deter competência regulamentar.¹⁹

Observa, porém, que se trata de um poder normativo/regulamentar temperado, adaptado ao nosso sistema jurídico, encontrando óbices no que tange a inovação absoluta, a contrariedade à lei, ao desrespeito ao princípio da tipicidade, a imposição de restrições à liberdade, igualdade e propriedade, a alteração do estado das pessoas.²⁰

¹⁵ SILVA, Clarissa Sampaio. **Legalidade e Regulação**. Belo Horizonte:Fórum, 2005, p. 64

¹⁶ Ibidem, p. 65

¹⁷ SILVA, Clarissa Sampaio. **Legalidade e Regulação**. Belo Horizonte:Fórum, 2005, p. 65

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 519

¹⁹ CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 117

²⁰ Ibidem, p. 142

Conforme se vislumbra na CF/88, o Brasil não adotou a figura do regulamento autônomo, mas tão somente os regulamentos de mera execução constantes no art. 84 IV da CF, tecendo a doutrina teses no sentido de reconhecer ou não a delegação de competência às agências reguladoras quando emanam atos administrativos ou se há nítida invasão de competência do chefe do executivo e de seus delegados.

Para Leila Cuéllar, não existe esta delegação legislativa do poder normativo das agências reguladoras, pois incompatível com a natureza administrativa destas entidades, soma-se a isto o caráter da provisoriedade que a delegação possui, não podendo conciliá-la com a constante atribuição às agências que devem regular a todo tempo.

Para Eros Grau, a função normativa pode ser legislativa e regulamentar, nesse sentido ela pode emanar atos primários, bem como secundários, abrangendo a possibilidade de inovação no ordenamento por parte do Executivo, desde que previstos em lei, cite-se a medida provisória como exemplo, sujeita à conversão em lei pelo Congresso Nacional.²¹

Para Geraldo Ataliba regulamento especificamente significa

ato administrativo normativo, veiculado por decreto, expedido no exercício da função regulamentar, contendo disposições, dirigidas aos subordinados do editor, regulando (disciplinando) o modo de aplicação das leis administrativas, cuja execução lhe incumbe.²²

O regulamento não deve ser confundido com o ato normativo proveniente do poder normativo da administração pública, que prolata resoluções, portarias, instruções, os quais são ainda inferiores ao próprio regulamento, entretanto não se pode desconhecer que ele está situado dentro da função normativa do Executivo, classificado como um dos degraus da categorização kelseniana, mas é função específica do Chefe do Executivo, e conforme o Princípio da Simetria das Formas, pode ser utilizado nas outras esferas da Federação, entretanto em nenhum momento há expressamente previsão constitucional de delegação deste poder a outro órgão da administração pública.

Insta comentar sobre a lei que apenas permite os regulamentos de execução, e não reconhece a delegação na elaboração de regulamentos a terceiros que não o chefe do executivo, salvo os casos citados por lei. Por outro lado é reconhecido o poder normativo no âmbito da administração pública, para elaborar atos administrativos que atendam às necessidades da sociedade de maneira mais célere e próxima da realidade, neste contexto utilizará da discricionariedade técnica que lhe é peculiar.

Nas palavras de Moreira Neto:

Discricionariedade é a qualidade da competência cometida por lei à Administração Pública para definir, abstrata ou concretamente, o resíduo de legitimidade necessário para integrar a definição de elementos essenciais à prática de atos de execução voltados ao atendimento de um interesse público específico.²³

Glauco Martins advoga no sentido de destacar outros pontos da discricionariedade como a incapacidade da lei em prever e em ordenar todos os aspectos sociais de ingerência da Administração Pública; assim como a necessária margem de atuação flexível da Administração, inclusive mediante a edição de atos normativos; a concretude dos atos abstratamente regulados por uma lei geral; a agilidade administrativa

²¹ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, P. 241

²² ATALIBA, Geraldo. Poder regulamentar do Executivo. **Revista de direito público**, ano XIV, janeiro/junho 1981, nºs 57-58, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 187

²³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.37

em razão do contato mais próximo com a realidade, em comparação com o Poder Legislativo.²⁴

Assim, deve a administração pública, utilizar este respaldo legal, e atuar mediante os elementos necessários para a execução do interesse público, analisando conforme os critérios de oportunidade e conveniência, ou seja, de mérito administrativo, a melhor opção possível para o benefício da coletividade.

Importa analisar a densidade da matéria para que possa estar albergada antecipadamente na lei. Por isso, a importância da Teoria da Essencialidade, trazida pela doutrina alemã, bem como a Teoria da Reserva da Densificação Normativa demonstrada pelo professor Francisco Cavalcanti, a fim de aferir legitimidade aos atos normativos no âmbito das agências reguladoras, quando respeitam os limites necessários.

Moreira Neto entende a realidade como copiada do modelo francês de deslegalização, *délégation de matières*, adotado no ano de 1907, na França pela jurisprudência do Conselho de Estado, porém inadmissível no nosso ordenamento jurídico.²⁵

Para Alexandre de Moraes as delegações legislativas para o Executivo se dão em virtude da ausência de tempo do Parlamento, detentor de enorme quantidade de demandas, além disso, pelo caráter técnico de algumas matérias e a necessária flexibilidade e celeridade na edição da legislação delegada em situações de urgência, sendo crucial a descentralização de papéis em confronto com a inviável separação rígida dos poderes.²⁶

Para o autor, as agências reguladoras irão receber do Executivo delegação para exercer a regulação, mediante a prévia fixação pelo Congresso Nacional dos *standards* embasadores de sua estruturação e fiscalização.

Alexandre dos Santos Aragão também critica esta absoluta separação de poderes, afirmando inexistir tal separação, e sim variáveis de acordo com o momento histórico e as circunstâncias políticas, tratando a outorga pelo estado de poderes normativos como uma prática universal, devendo ser utilizada para garantir a proteção da coletividade, mantendo-se sempre a possibilidade de interferência do legislador.²⁷

O citado autor ainda defende que a competência normativa não é privativa do Presidente da República, podendo ser atribuída a outros entes da administração pública, na medida em que reconhece que os atos normativos das agências reguladoras (é assim que ele as chama) são denominadas espécies de regulamentos, não devendo haver profusão de nomenclaturas que apenas atrapalham e confundem ainda mais o entendimento acerca do tema, e acresce que a relação entre a lei e a norma da autoridade independente por ser atípica leva a questionamentos em relação à subordinação destas àquelas, reconhecendo que a normatização da agência tem caráter primário.²⁸

Isto, entretanto, vai de encontro ao que prega a doutrina brasileira, pois seria um absurdo admitir o uso de regulamentos autônomos em nosso ordenamento, o que de fato não existe expressamente e que, portanto, não deve ser acatada.

Para Aragão, se a administração deve prestar serviço fim, não teria porque não regulamentar serviço meio, referindo-se aqui a teoria dos poderes implícitos norte americana, que diz: “Tudo que for necessário para efetivar uma norma constitucional deve ser considerado implícito e subentendido – seja uma proibição, restrição ou concessão de

²⁴ GUERRA, Glauco Martins. Op. cit., p. 83

²⁵ GUERRA, Glauco Martins. Op. Cit, p. 121-123

²⁶ MORAES, Alexandre de. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 17

²⁷ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Agências reguladoras e a evolução direito administrativo econômico**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 371-376

²⁸ Ibidem, p. 397-408

poder”.²⁹ Esta atribuição não tornaria tais entes com competência ilimitada em virtude da possibilidade de controle de seus atos no que diz respeito a sua constitucionalidade.

Conforme o referido autor, as normas das agências reguladoras são regulamentos de execução, podendo complementar as leis ou inovar no ordenamento jurídico, não devendo ser enquadrado como delegação legislativa, se afiliando assim à atividade de deslegalização.³⁰

De acordo com o pensamento de José dos Santos Carvalho Filho, os atos administrativos podem ser originários e derivados, devendo o poder regulamentar ser classificado como detentor de natureza secundária ou derivada, pois só é exercido à luz de lei preexistente, enquanto as leis constituem atos de natureza originária ou primária, eis que emanadas diretamente da Constituição. O poder regulamentar é típico da atuação administrativa de complementação das leis. Outros exemplos de atos derivados são instruções normativas, resoluções e portarias.³¹

A crescente complexidade das atividades técnicas da Administração, deu azo ao fenômeno já aventado por Aragão acima, o da deslegalização, mediante o qual a competência para regular certas matérias se transfere da lei para outras fontes normativas, saindo do *domaine de la loi* para o *domaine de l'ordenance*, todavia a referida delegação se sujeita a limites, que no Direito americano se chama *delegation with standards*, delegação com parâmetros, que são determinados pela lei.³²

A deslegalização estaria no terceiro tipo da classificação trazida por García de Enterría, quando enumera três espécies de delegação normativa: a receptícia, segundo a qual o Legislativo transfere função de sua alçada para que o Executivo o faça, como exemplo tem-se o art. 68 da CF; a remissiva, quando há remessa por lei de normatividade ulterior, quando a própria lei enquadra a matéria remissiva, como exemplo, temos os regulamentos do executivo e o terceiro seria a deslegalização, com a retirada de matérias do legislativo para o executivo.³³ Esta última é tida por Marçal Justen Filho como delegação imprópria e inconstitucional, eis que vedada pela CF/88.³⁴

Sundfeld defende a efetivação de supervisão ministerial sobre as agências reguladoras, pois elas não fazem nada mais que seu papel, ao tratar das especificidades de forma direta, por meio de planejamentos interventivos, na busca da proteção social e desenvolvimentista, pois negar o poder normativo às agências é negar a regulação. A dificuldade está em saber definir o conteúdo mínimo da lei, ao utilizar *standards* suficientes e não mínimos, possibilitando o atendimento das necessidades públicas por meio dos regulamentos de execução emanados pelas agências conforme visão do autor.³⁵

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, não há constitucionalidade na edição de normas pelas agências reguladoras, eis que o art. 84, IV da CF/88 inadmite regulamentos

²⁹ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Agências reguladoras e a evolução direito administrativo econômico**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 72

³⁰ ARAGÃO, Alexandre dos Santos, op. Cit., p. 420

³¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p 55-56

³² Ibidem, p. 57

³³ ENTERRÍA, Eduardo García de. *apud* MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op.cit., P.164-166

³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agencias reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, P. 497

³⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002, p.27-28;

autônomos, a competência do Presidente da República é indelegável e o Princípio da Legalidade apenas admite ser feito algo se uma lei de antemão determinar a obrigação.³⁶

Em virtude disto, não pode o ato normativo contrariar a lei, nem criar direitos e obrigações, porque assim estará infringindo o art. 5º, II da CF/88.

Como maneira de coibir os atos normativos abusivos, o art. 49, V da mesma Carta, define que ao CN cabe sustar atos que exorbitem dos limites de poder atribuídos ao Executivo. No que tange ao controle judicial se o ato é *contra legem* cabível será o controle de legalidade.³⁷

O art. 37 da Carta Maior divide a estrutura administrativa em autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, não englobando o termo agência reguladora, a qual surgiu no Brasil nos anos 90, posteriormente a Constituição de 1988, tornando-a um termo estranho às entidades relacionadas constitucionalmente.

O doutrinador resolveu enquadrá-las como uma autarquia, mas com peculiaridades que as tornam submetidas a regime especial, em razão da maior parcela de autonomia que lhes caracteriza, resolvendo a princípio a questão.

Para a criação de uma agência reguladora deve haver criação por iniciativa privativa do Chefe do Executivo, e que seja formalmente efetivada por lei específica, mediante as determinações dos arts. 37, XIX e 61, §1º, II da CF/88.³⁸

De certa forma, a atividade de regulação é encontrada na seara constitucional nos termos do art. 174 da CF/88.

Para Marcos Juruena Villela Souto, a CF/88 traz como mecanismos de intervenção estatal na economia: o planejamento do desenvolvimento econômico no art. 174, §1º; o incentivo no art. 174; a repressão ao abuso de poder econômico no art. 173, §4º e a exploração direta da atividade econômica no art. 173.

No primeiro artigo percebemos a atividade de planejamento levando em consideração as necessidades públicas e a possibilidade de oferta na solução das carências regionais e locais.

No segundo caso, há uma aplicação de reforço por parte do poder público sobre o particular com a atividade de fomento e contenção das carências porventura existentes no setor reforçado.

No terceiro caso, abstrai-se prática abusiva e anticoncorrencial dos agentes econômicos que tem o condão de gerar falhas no mercado, prejudicando terceiros através de suas práticas ilegais.

E o último caso trazido pelo autor, bem elenca o Princípio da Subsidiariedade do Estado, em virtude das privatizações e delegação de funções na exploração do mercado e prestação de serviços públicos concedidos pela Administração, que agora atuará apenas como fiscal e reguladora destas prestações, excetuando-se as hipóteses de extremo interesse público, casos em que o próprio poder público irá prestar o serviço.

Ele adota a mesma posição de Egon Bockman Moreira, enfatizando que o regulamento autônomo deve ser acolhido em virtude de a administração reordenar as atribuições, e ainda que esteja em âmbito legal, a superveniência de lei revoga o

³⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estudos, documentos, debates: reforma do Estado: papel das agências reguladoras e fiscalizadoras**, nº18, São Paulo: FIESP/CIESP e Instituto Roberto Simosen, 2000, p.12-19

³⁷ Ibidem, p. 59

³⁸ WILLEMANN, Flávio de Araújo. **Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras**, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011, p. 53

regulamento que relata algum comando distinto da lei posterior, e em sendo matéria da administração pública, a iniciativa legislativa carece de legitimidade.³⁹

Para Souto, as leis não mais atendem aos ditames da sociedade sendo necessárias normas que abordem as especificidades, e que realizem o planejamento dos setores demandantes de regulação, viabilizem a intervenção do Estado garantindo o cumprimento ou realização dos valores.⁴⁰

Entretanto, é válido salientar que o argumento supra citado apenas tem cabimento no sistema francês, que atribui de fato competências unicamente à administração pública, desconhecendo seu tratamento por iniciativa de lei, não obstante no Brasil, isto é inconcebível, pois tudo parte do Princípio da Legalidade, a hierarquia de Kelsen utilizada por nós, impede que uma norma de inferior hierarquia se sobreponha a uma que esteja em patamar superior.

Em nossa realidade, todas as decisões técnicas das agências reguladoras deverão sofrer controle, para impedir, tanto o abuso de poder normativo, quanto a invasão da competência legislativa. Neste sentido observa Paulo Roberto Ferreira Motta que há duas opções a serem seguidas: ou se segue à Constituição e se reputam as agências reguladoras por total incompatibilidade entre ambos ou se admite o exercício da atividade normativa unicamente no que diz respeito a assuntos técnicos atribuindo-se um intenso controle sobre estas atividades, por meio da relativização da constitucionalidade das normas das agências.⁴¹

É a visão de García de Enterría e Ramon Fernandes, citados por Justen Filho: “chegada a hora de deixarmos de debater sobre a existência ou não de regulamentos autorizados (ou por delegação), para voltarmos nossas preocupações aos métodos de controle dessa modalidade de poder normativo.”⁴²

Na visão de Sérgio Varella Bruna, temos também duas posições na admissão do papel das agências reguladoras quando elaboram atos normativos: adotando-se a posição dos EUA, mediante a autorização legislativa de complementar leis sob leis *standards* que precisam ser complementadas pelas normas das agências, neste sentido se posiciona Eros Grau: “regulamentos autorizados, que são os que, decorrendo de atribuição do exercício pleno daquela função – nos limites da atribuição – pelo Executivo, inclusive com a criação de obrigações de fazer ou deixar de fazer alguma coisa.”⁴³

Ou, adotando-se o modelo francês de possibilidade de regulamento autônomo, atribuindo-se no plano constitucional maior competência normativa para o Executivo.

A Constituição Portuguesa, diferentemente da brasileira admite tanto as autoridades administrativas independentes quanto os regulamentos autônomos nos arts. 267, 3º, e 112, 6º e 7º respectivamente, havendo legitimidade na instituição destes entes no sistema de governo português.

Enquanto o Brasil, apesar de se referir a órgãos reguladores, nos arts. 21, XI e 177 §2º, III, não trata de sua independência e muito menos as denomina como agências, levando a discussão sobre a legitimidade e o cabimento destes entes no sistema jurídico brasileiro. As emendas constitucionais nº 8 e 9 de 1995, contemplaram a locução “órgão

³⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. Agências Administrativas, Poder Regulamentar e o Sistema financeiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, out-dez, 1999, p. 102-103

⁴⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 233

⁴¹ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p.182

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo. Dialética, 2002, p. 502

⁴³ GRAU, Eros Roberto. Op. Cit, p. 253

regulador” para os setores de telecomunicações e petróleo, modificando os artigos supra elencados.⁴⁴

Os regulamentos admitidos por delegação na Constituição brasileira são aqueles expedidos pelo Chefe do Executivo por meio do art. 84, IV ao dispor: “sancionar, promulgar e fazer publicar leis, decretos e regulamentos para sua fiel execução”, e o inciso VI quando trata da organização e funcionamento da administração federal desde que não implique aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos, bem quando se refere à extinção de funções ou cargos públicos, quando se encontrarem vagos, trazido pela EC 32/2001. Também é admitido o uso do regulamento pelos Ministros de Estado por meio do art. 87, parágrafo único, II, quando diz “expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos”.

Em síntese, admitem inovação apenas os seguintes autores: Aragão, Di Pietro, quanto aos regulamentos administrativos, Motta e Bruna, quanto aos regulamentos autorizados, mas todos encontram limites em *standards*, exceto Motta que encontra limites na consulta popular. Para aqueles que entendem não caber qualquer tipo de inovação nos comandos das agências reguladoras, temos Sundfeld, Moreira Neto (apenas em questões técnicas), Ferreira Filho, Justen Filho, Souto, Motta quanto aos atos administrativos abstratos e Di Pietro, quanto às normas de efeito interno.

Partindo-se do pressuposto de que nossa Constituição vigente, reflete o detalhamento para atendimento de todas as necessidades da população, que havia sofrido o período de ditadura, com a Revolução de 64, a Constituição de 67 e a EC 69, passa a tomar parte do sistema um detalhismo exacerbado, uma constituição analítica, com tantos artigos, incisos e alíneas, que a torna cada vez mais complexa.

Acresce-se ainda a praxe em se adotar modelos estrangeiros que de certa forma não se encaixam dentro do que a estrutura constitucional oferece, como a figura das agências reguladoras, importadas dos norte americanos, que possuem um sistema jurídico muito mais flexível que o nosso, tendo que forçar que a doutrina faça contornos na interpretação desta atuação, conforme a Constituição brasileira.

A CF/88 traz em seu art. 59 as espécies normativas albergadas por lei, as primárias ou originárias, que trazem matéria inovadora, passando por processo legislativo, sancionadas pelas duas casas do legislativo, Câmara e Senado e após aprovação do Presidente da República, são as emenda constitucionais, as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções, sendo que as leis delegadas, art. 68 da CF, são feitas pelo executivo por delegação do legislativo que o autoriza mediante a fixação do conteúdo, bem como os termos de seu exercício, devendo depois ser remetida ao legislativo para avaliação e aprovação. Com relação à medida provisória, art. 62 da CF, o chefe do executivo a utiliza para caráter de relevância e urgência, podendo em momento posterior se transformar em lei, detendo também o caráter primário ou originário. No que tange aos decretos legislativos e às resoluções, art. 49 e 68 §1º da CF, abordam competência exclusiva do Congresso Nacional.

Raríssimas vezes, a CF prevê outras espécies normativas, tais como o Regimento dos Tribunais, o Decreto do Executivo sobre competência e funcionamento de seu órgão, não havendo mais nenhuma espécie primária ou originária admitida por lei.

Para Ferreira Filho, os atos normativos das agências são de inferior hierarquia ao regulamento, pois em sendo confrontadas com a CF, será reputada exorbitante ao poder regulamentar e infratora da legalidade, usurpadoras de competência privativa do Presidente

⁴⁴ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 28

da República e do Congresso Nacional, portanto deveria ser encarada como um terceiro gênero normativo, que até o presente momento não obteve previsão constitucional.⁴⁵

Para Helly Lopes Meirelles:

Atos administrativos normativos são aqueles que contêm um comando geral do Executivo, visando à correta aplicação da lei. O objetivo imediato de tais atos é explicitar a norma legal a ser observada pela Administração e pelos administrados.⁴⁶

Portanto, o papel do ato administrativo advindo de uma agência reguladora, deve explicitar a norma que lhe deu existência e nunca trazer comandos gerais e abstratos que ensejem na criação de direitos e obrigações de maneira primária.

Não obstante, a atividade normativa das agências, a atividade de regulação de fato existe no art. 174 da CF, mas esta atividade talvez pudesse ser desempenhada pelo próprio Ministério correlato à área de conhecimento, não fosse isso, não teríamos transformado a CF numa colcha de retalhos.

Ainda assim emendaram apenas duas agências, as quais são citadas no texto, após 1995, ANATEL, sob EC 8 e ANP, sob EC 9, conforme arts. 21, XI e 177, §2º, III da CF/88, não dispendo de outras agências, após criadas, vem a hermenêutica argumentar que não há impedimento para que as demais agências sejam reconhecidas na atividade de regulação aventada pelo art. 174 de forma geral.

A regulação tem como função material a intervenção na economia; como função competencial, o disciplinamento das relações econômicas, como função final, a preservação dos sistemas econômicos, para proporcionar bem estar à população com a correção das falhas de mercado e melhor prestação de serviços.⁴⁷

As agências reguladoras, como pessoas jurídicas de direito público interno, não obstante serem autarquias conforme dito supra, possuem uma peculiaridade em sua investidura e em sua submissão a controle que as tornam de certa forma mais independentes que as demais, no que tange à investidura de seus diretores estas se dão a termo fixo, além disso, das decisões emanadas das agências há impossibilidade de controle hierárquico mediante recurso hierárquico impróprio ao Chefe do Poder Executivo.⁴⁸

O modo de indicação do dirigente das agências se dá por indicação do Chefe do Executivo e em seguida aprovação do Poder Legislativo, que o sabatinará e emitirá juízo de valor sobre sua aceitação, e em o sendo aprovado não poderá ser exonerado *ad nutum*, mas tão somente em cometendo falta grave comprovada mediante processo administrativo disciplinar mediante devido processo legal, e nunca discricionariamente por opiniões políticas.⁴⁹

Passa ainda por um período de quatro meses denominado por alguns como estágio probatório *sui generis*, após o qual adquirirá estabilidade, não podendo mais ser exonerado de modo injustificado, mas apenas perderão o cargo em virtude de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar.⁵⁰

⁴⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estudos, documentos, debates:** reforma do estado, papel das agências reguladoras e fiscalizadoras. Nº 18, São Paulo: FIEP/CIESP e Instituto Roberto Simonsen, 2000, p. 22

⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 26 ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 170

⁴⁷ SILVA, Clarissa Sampaio. **Legalidade e Regulação.** Belo Horizonte: Fórum, 2005, . p. 103

⁴⁸ WILLEMANN, Flávio de Araújo. **Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras,** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 58

⁴⁹ Idem

⁵⁰ CUÉLLAR, Leila. Op. cit. P. 86 e 87

Diversamente, o ente regulador da concorrência não possui o mesmo grau de autonomia que às agências reguladoras em relação ao Poder Executivo, eis que há possibilidade de perda de mandato quando o seu Presidente ou Conselheiro divergir da política econômica adotada pelo Executivo, conforme art. 5º da Lei 8884/94, seria tido como um órgão semi independente, pois se encontra mais atrelado ao Executivo do que as agências reguladoras que detém teoricamente total independência na prolação de suas decisões, eis que a prática demonstra vícios políticos e econômicos prejudicando e comprometendo a qualidade da regulação, tópico que será analisado mais a frente, em estudo sobre captura política e econômica.⁵¹

Não obstante, elenca-se uma breve passagem sobre o tema, quando alerta Joaquim Barbosa, então Presidente do STF, sobre o risco de captura existente em virtude desta ampla independência dos dirigentes das agências, os quais devem ser controlados por outros agentes qualificados para averiguarem sua atuação, se está adequada aos fins públicos exigíveis por lei ou se atuam *contra legem* de forma abusiva.

Advirta-se, contudo, que não basta conferir estabilidade aos dirigentes de uma agência para que ela automaticamente passe a ser ‘independente’. Mesmo nos EUA, onde o Congresso exerce com zelo implacável a atribuição hoje crucial de todo órgão legislativo (a fiscalização e o controle), e em que o sistema de *checks and balances* funciona com razoável eficiência, não são raras as críticas de que as agências, ao invés de atuarem em busca do cumprimento do interesse público, procuram preferencialmente atingir seus próprios interesses e os de *lobbies* eficazmente incrustados e com atuação concertada, tanto nos comitês do Congresso incumbido de supervisioná-las, quanto no âmbito das atividades privadas que lhes incumbe regulamentar e fiscalizar. Noutras palavras, é serio o risco de, ao se retirar as agências do âmbito de influência da Política, submetê-las ao jugo de forças econômicas poderosas.⁵²

José dos Santos Carvalho Filho contribui na observância da lei pelo poder regulamentar: “Por essa razão, ao poder regulamentar não cabe contrariar a lei (*contra legem*), pena de sofrer invalidação. Seu exercício somente pode dar-se *secundum legem*, ou seja, em conformidade com o conteúdo da lei e nos limites que esta impuser.”⁵³

Marcello Caetano observa que o regulamento assim como a lei possui em seu sentido material um grau de generalidade, entretanto o regulamento não pode ter nenhum grau de novidade, visto ser limitado de direitos individuais, mas simplesmente desenvolvimento e aplicação de outras normas, estas sim inovadoras.⁵⁴

Em caso de ato normativo inconstitucional reconhecido pelo Poder Judiciário ou pela Administração Pública, mediante a Súmula 473 do STF, o dano causado a terceiro merecerá a devida reparação indenizatória por parte da agência infratora, com base no art. 37, §6º da CF/88, que assim determina. Isto serve como um freio de fundamental importância na atuação do dirigente da agência, que emite atos de maneira desarrazoada e desproporcional. É por esta razão que antes da elaboração de um ato normativo para regular determinado setor econômico, é mister fazer antes um estudo do impacto regulatório que abstraia os resultados provenientes da regulação instaurada, calculando a relação custo vs.

⁵¹ CUÉLLAR, Leila. Op. cit., p. 130

⁵² GOMES, Joaquim Barbosa. A ‘Metamorfose’ do Estado e da Democracia: Uma reflexão de Direito Constitucional Comparado. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos. (Org.) et alii. Agência Reguladora: atividade normativa. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**. Vol. XI – Direito da Regulação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 107

⁵³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25 ed, São Paulo: Atlas, 2012, p. 43

⁵⁴ CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**, 10ed, Coimbra, 1973, tomo I, p. 96

benefício mediante consultas públicas, coletando a opinião da população e das instituições interessadas, tudo isto ainda garante a legitimidade da atividade regulatória.⁵⁵

Pede-se licença para discordar do renomado administrativista Moreira Neto ao invocar o argumento da *delegificazione*, do modelo italiano, correspondente à transferência de função normativa de um poder para outro, eis que inaplicável ao modelo brasileiro, pois não há cabimento em nosso sistema de transferência de competência normativa reservada constitucionalmente ao legislativo para o executivo.⁵⁶

Deve haver sim alguma densidade normativa nas normas elaboradas pelo legislativo, pois estas devem antecipar algum conteúdo para a regulação, conforme a Teoria da Reserva da Densificação Normativa e não simplesmente transferir o papel de um poder para que o outro o faça em razão de seu deficiente exercício.

Não obstante, Aragão defende os regulamentos autônomos na matéria e assim dispõe em análise ao Poder normativo da ANP:

As leis atributivas de poder normativo às entidades reguladoras independentes possuem baixa densidade normativa a fim de propiciar o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e agilidade, regular a complexa dinâmica realidade social subjacente.⁵⁷

Embora contrariamente aos regulamentos autônomos, Sundfeld salienta a importância da regulação aberta, se afiliando a adoção dos regulamentos de execução pelas agências reguladoras, quando argumenta: “O caráter aberto da regulação decorre, portanto, de sua capacidade de assimilar as mudanças impostas pelas inovações tecnológicas e pela evolução do mercado, sem que seja necessária a edição de novas leis.”⁵⁸ Mas acrescenta porém o risco de seu uso no sistema jurídico brasileiro: “o que o direito global parece pôr em xeque é o princípio da legalidade e a separação dos poderes, considerados por muitos a alma do direito administrativo.”⁵⁹

Não se pode admitir que os sistemas jurídicos estrangeiros dominem a disciplina constitucional brasileira. A ordem jurídica pátria estabelecida demanda que para sua aceitação, mister se faz um processo de filtragem constitucional, viabilizando sua implementação, salvo se houver modificação no seio da Constituição, uma vez que o uso de regulamentos autônomos não pode ser vislumbrado unicamente, porque os tempos são outros, restando ao judiciário a solução do problema em tela.

Neste sentido o STF determinou: “ Os Tribunais judiciários, em sede administrativa, não podem dispor sobre matéria que a Constituição da República submeteu, em caráter de exclusividade, ao domínio da lei”⁶⁰

O STJ também negou a possibilidade na elaboração de dispositivos inovadores editados pelo CMN, por meio da Resolução 1.721-90 deste, decidindo que: “não se encontrando prevista em lei, a Resolução 1.721-90 não pode impor a obrigatoriedade de aquisição dos Certificados de Privatização criados pela Lei 8018-90, face à necessidade de se dar observância ao Princípio da Legalidade”.⁶¹

⁵⁵ WILLEMAN, Flávio de Araújo. Op. cit, p. 196

⁵⁶ Ibidem, p. 495

⁵⁷ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Poder normativo da ANP. **Revista Brasileira de Direito Administrativo**, 2001, n. 8, p. 612

⁵⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. A regulação das telecomunicações: papel atual e tendências futuras. **Revista diálogo jurídico**, vol. 1, n. 3, Salvador: CAJ, p. 6

⁵⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. **A administração pública na era do direito global**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 166

⁶⁰ www.stf.jus.br, ADIN 2150-DF, RTF 174-80 e ss. Acesso em 10 de fevereiro de 2014.

⁶¹ www.stj.jus.br, RESP 184.887-SP. Acesso em 10 de fevereiro de 2014.

De outra banda, o professor Sérvulo Correia defende que a margem de liberdade atribuída às matérias, deve variar conforme seu grau de importância:

quanto maior a importância do preceito, menor deverá ser a margem de liberdade por ele deixada à administração, como executante (no plano da emissão de regulamentos, como no da prática de actos concretos), para livremente escolher pressupostos de decisão ou fixar o respectivo conteúdo⁶²

Marçal reputa indispensável o respeito à separação de poderes e salienta a importância do controle social sobre os atos administrativos:

(...)A finalidade da dissociação constitucional entre os poderes executivo e legislativo não pode ser ignorada. Não é possível admitir que a omissão do legislativo resultaria na admissão para atuação ilimitada do executivo. A geração de direitos, deveres, diferenciações entre os sujeitos e assim por diante depende da intervenção dos representantes do povo. Essa é a solução constitucional vigente entre nós e essa esquematização não pode ser afastada através do argumento de que o executivo pode dispor de tudo aquilo que não foi objeto de disciplina pelo legislativo. Essa solução é radicalmente incompatível com a Constituição, produzindo uma nova sistemática de separação de poderes e dando outra configuração ao princípio da legalidade.(...)⁶³

Não se pode aceitar que a autonomia inerente à regulação impossibilite os meios de controle sobre suas ações, além disso o papel da sociedade no acompanhamento da gestão e da satisfatoriedade da atuação das agências são cruciais para a instrumentalização da democracia.

É essencial ter uma administração baseada na transparência e na *accountability*, sendo esta última reputada como o dever de arcar com as consequências dos atos ilícitos praticados, embasada no dever de prestar contas dos seus atos a terceiros, dispondo de dados e informações, respeitando as orientações e arcando com defeitos e falhas que porventura surjam,⁶⁴ para que a sociedade possa ser reparada por quaisquer prejuízos provenientes da má regulação.

O sucesso da regulação depende da participação social, do exercício da democracia, da responsabilização dos infratores, do respeito à lei, da compatibilidade na escolha de políticas públicas e no uso correto dos recursos públicos.

É oportuno impedir que a discricionariedade seja utilizada de maneira aleatória e impensada, combatendo o clientelismo político, a captura econômica, as ilegalidades regulatórias, para que no futuro, as agências reguladoras se adequem ao nacionalismo estatal, imbuído numa globalização que não agrida a essência do Estado Democrático de Direito, consubstanciando-se sobremaneira no respeito ao inexorável Princípio da Legalidade.

CONCLUSÃO

Partindo-se do princípio de que a administração pública deve agir unicamente pautada na lei, e que esta deve obedecer ao processo legislativo constitucional, estando as agências reguladoras inseridas no âmbito da administração indireta, deve como autarquia especial agir também nos estritos limites legais.

Não obstante, o princípio da legalidade tem sido desrespeitado em razão dos demasiados atos normativos proferidos por entes autônomos, que utilizando-se do poder normativo de maneira abusiva, coopera com a elaboração de comandos complexos e

⁶² CORREIA, Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**, Coimbra: Almedina, 1987, p. 53

⁶³ JUSTEN FILHO, op. Cit., p. 506

⁶⁴ JUSTEN FILHO, op. Cit. P. 138

contraditórios, transportando a solução da matéria para a esfera judicial, por meio dos mecanismos de controle.

Isto se dá, em razão da indevida adoção do modelo italiano de *delegificazione*, que corresponde à transposição de matérias da competência do Legislativo para o Executivo, ainda que não tenhamos respaldo constitucional para tanto, por conveniências políticas e econômicas disfarçadas de celeridade e proximidade com a coletividade.

É o que Celso Antônio Bandeira de Mello tem denominado como delegação disfarçada, eis que por meio do poder normativo assegurado aos entes reguladores, estes inovam na ordem jurídica, como se fosse autorizada esta delegação de papéis.

Por isso, Enterría demonstra ser inconcebível o uso da deslegalização em matérias reservadas unicamente à lei, não havendo qualquer possibilidade de tratamento por comando normativo inferior, pois infringiria frontalmente a Constituição, uma vez que se tratam de matérias de reserva legal absoluta.

Ainda assim, a regulação tem feito as vezes do legislador, configurando um real abuso de poder, desvirtuando o estado intervencionista brasileiro, que deveria se submeter a essencialidade dos comandos gerais e abstratos, a reserva de densificação normativa que antecipe de forma conteudística uma atuação à esfera administrativa de maneira clara, a fim de impedir ou minorar estas incongruências à ordem constitucional, seja por qual má influência for, pois ao final o Direito sempre prevalecerá.

BIBLIOGRAFIA

- ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Poder normativo da ANP. **Revista Brasileira de Direito Administrativo**, 2001, n. 8,
- ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Agências reguladoras e a evolução direito administrativo econômico**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003,
- ATALIBA, Geraldo. Poder regulamentar do Executivo. **Revista de direito público**, ano XIV, janeiro/junho 1981, n°s 57-58, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981,
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2000,
- CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**, 10ed, Coimbra, 1973, tomo I,
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 3 ed., Coimbra: Almedina, 1999,
- CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006,
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012,
- CORREIA, Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**, Coimbra: Almedina, 1987,
- CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008,
- CUÉLLAR, Leila. **As agencias reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001,
- DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20 ed., São Paulo: Malheiros, 2001,
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *apud* MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op.cit,
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O principio da legalidade. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, junho, 1997,
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estudos, documentos, debates: reforma do estado, papel das agencias reguladoras e fiscalizadoras**. Nº 18, São Paulo: FIEP/CIESP e Instituto Roberto Simonsen, 2000,
- GOMES, Joaquim Barbosa. A 'Metamorfose' do Estado e da Democracia: Uma reflexão de Direito Constitucional Comparado. *In*: ARAGÃO, Alexandre dos Santos. (Org.) et alii. Agência Reguladora: atividade normativa. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**. Vol. XI – Direito da Regulação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002,
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003,
- GUERRA, Glauco Martins. **O principio da legalidade e poder normativo: dilemas da autonomia regulamentar**. *In*: ARAGÃO, Alexandre dos Santos op. cit.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agencias reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002,
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26 ed., São Paulo: Malheiros, 2001,
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003,

MOREIRA, Egon Bockmann. *Agências Administrativas, Poder Regulamentar e o Sistema financeiro*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, out-dez, 1999,

MORAES, Alexandre de. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002,

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

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996,

SILVA, Clarissa Sampaio. **Legalidade e Regulação**. Belo Horizonte:Fórum, 2005,

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002,

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002, Lúmen Júris, 2011,

SUNDFELD, Carlos Ari. A regulação das telecomunicações: papel atual e tendências futuras. **Revista diálogo jurídico**, vol. 1, n. 3, Salvador: CAJ,

SUNDFELD, Carlos Ari. **A administração pública na era do direito global**. São Paulo: Max Limonad, 1999,

WILLEMANN, Flávio de Araújo. **Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras**, Rio de Janeiro:Lumen Júris, 2011,

WILLEMANN, Flávio de Araújo. **Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras**, Rio de Janeiro: www.stf.jus.br, ADIN 2150-DF, RTF 174-80 e ss. Acesso em 10 de fevereiro de 2014. www.stj.jus.br, RESP 184.887-SP. Acesso em 10 de fevereiro de 2014.