

# REGULAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO - LIMITES E CONDICIONANTES IMPOSTOS PELO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

---

João Antunes dos Santos Neto\*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. O princípio da legalidade; 2.1. O Estado liberal; 2.2. O Estado social; 2.3. O Estado Democrático de Direito; 2.3.1. O Estado subsidiário; 3. Regulação e regulamentação; 3.1. O regulamento; 3.1.1. O princípio da reserva de lei; 3.1.1.1. Reserva de lei e “reserva de administração”; 4. As agências reguladoras e sua função regulatória; 4.1. As agências nos Estados Unidos da América; 4.2. As agências reguladoras no direito brasileiro; 4.2.1. A função reguladora das agências brasileiras; 5. Considerações finais.

## 1. Introdução

O fenômeno da *globalização*, que segundo *Lewandowski* se desenvolve com “*especial*” intensidade nos tempos atuais e que se percebe, nomeadamente, por um de seus aspectos mais notáveis, dotado de um componente econômico que permitiu a intensa circulação de bens, serviços, capitais e tecnologia entre as fronteiras nacionais, “*gera riqueza e progresso para alguns e miséria e estagnação para outros*” é um acontecimento de caráter global que teria dado ensejo, de forma simultânea, à formação de blocos regionais de Estados, como forma de os mesmos buscarem “*proteção*” aos aspectos negativos que a *globalização* traz consigo. Destarte, nos referidos processos que se encontram em marcha, muitos acreditam no fim ou na “*relativização da soberania*”, e até mesmo, no “*desaparecimento do Estado*”, sem embargo dele ainda se encontrar fortemente presente na vida cotidiana dos cidadãos; o fato é, prossegue o autor, que o Estado aparenta ser cada vez mais “*incapaz*” de realizar, por si, tarefas que antes lhe eram específicas, como a “*manutenção da paz, o combate à violência, a preservação da natureza, a regulação do mercado e a prestação de serviços essenciais, sobretudo porque não consegue controlar os efeitos domésticos das variáveis econômicas geradas externamente*”. Em face desta situação é que hodiernamente se sustenta “*a substituição das formas tradicionais da atuação do poder estatal pela chamada ‘governança sem governo’, que consiste, em linhas gerais, no estabelecimento de uma ordem interna e internacional apoiada em mecanismos informais de gestão*”<sup>1</sup>.

---

\*Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Público da Escola Paulista da Magistratura. Mestre e Doutorando em Direito do Estado da Universidade de São Paulo. Juiz de Direito.

<sup>1</sup> Cf. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, Regionalização e Soberania*. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2004, Introdução.

*Fernando Augusto Albuquerque Mourão*, em singular prefácio que assina em livro cuja coordenação coube a *Paulo Borba Casella*, deixou consignado que “*a desregulação em várias áreas, preconizadas pela OCDE<sup>2</sup>, num mundo globalizado, impõe novos arranjos do ordenamento jurídico que, segundo Norberto Bobbio, para além de uma unidade, constitui, um sistema, neste caso um sistema aberto que implica em capacidade de adaptação*”<sup>3</sup>.

Este quadro se pintou numa era em que se observava o esgotamento econômico dos Estados e a falta de capacidade de investimento; a necessidade de privatizar serviços - com o conseqüente retorno de um modelo *liberal* de economia de mercado – que levaram à adoção de um modelo em que a relativização da soberania, por vezes, então, apareceu maquiado na transferência do poder de regulação aos entes reguladores independentes. Por outro lado, aquele desejo de se relativizar a soberania estatal se demonstra mais evidente quando o próprio mercado tenta impor seu desejo, cada vez mais latente, de criação de um sistema de auto-regulamentação.

Entretanto, não obstante ser característica das Constituições dos Estados atuais a conformação de “*uma ordem aberta às alterações e mudanças temporalmente adequadas*”<sup>4</sup>, de modo a permitir, pela *abertura do sistema* a captação da dinâmica da vida social e política dos povos, adaptando-a às transformações observadas na experiência histórica do desenvolvimento, não se pode esquecer que também é próprio da lei fundamental a regulação<sup>5</sup> da forma do Estado, os limites de sua ação e os direitos fundamentais do homem e suas respectivas garantias<sup>6</sup>.

Assim, o que se busca discutir, em razão destas vicissitudes, é em que intensidade o direito brasileiro permite, face do arcabouço de seu sistema constitucional, especialmente em função das possibilidades de abertura e das condicionantes das garantias que constituem o *núcleo duro* da *Carta*, notadamente a partir dos limites impostos pelo princípio da legalidade, a absorção de institutos estranhos à sua realidade como forma de readaptação da organização de sua estrutura estatal.

## 2. O Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é tido pela doutrina como indissociável da idéia de *Estado de Direito*. De fato, ambos possuem origens comuns, cujas raízes se lançam ao *constitucionalismo* e aos demais movimentos que solaparam os Estados absolutistas a partir do final do século XIX. A *Revolução Francesa*, emblemática na edificação do Estado moder-

<sup>2</sup> OCDE - Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico.

<sup>3</sup> Cf. ALBUQUERQUE MOURÃO, Fernando Augusto. Prefácio de CASELLA, Paulo Borba – coordenador. *Mercosul – Integração Regional e Globalização*. Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

<sup>4</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra, Almedina, 1991, pp. 117-118.

<sup>5</sup> Não se confunda a utilização do termo *regulação*, com sua especificidade. Para maiores esclarecimentos, vide item 3, infra.

<sup>6</sup> “A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado”. Cf., SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Malheiros, 2001, pp. 37-38.

no, formulou toda a concepção de uma organização social *justa* na afirmação da *legalidade*, inicialmente entendida como a *Lei do Parlamento*.

A concepção da noção de *Estado de Direito*, que consiste na busca da *juridicização da atividade estatal*, deriva, entretanto, conforme adverte *Canotilho*<sup>7</sup>, de um pluralismo de *estilos culturais* que se alia a *circunstâncias históricas* e *códigos de observação* diversos e próprios de ordenamentos jurídicos concretos. Assim é que variados conceitos serviram à sua construção, destacando-se o *Rule of Law* do direito anglo-saxão, o *Rechtsstaat* do direito alemão e o *État Légal* do direito francês.

Esclarece o autor que a regra do *Rule of Law* observou, dentre suas variações, “*quatro dimensões básicas*”. Na conformidade da *Magna Carta* de 1215, significa “*a observância de um processo justo legalmente regulado, quando se tiver de julgar e punir os cidadãos, privando-os da sua liberdade e propriedade*”. Também significa “*a proeminência das leis e costumes do ‘país’ perante a discricionariedade do poder real*”. Numa terceira vertente, “*aponta para a sujeição de todos os atos do executivo à soberania do parlamento*”, e, finalmente, denota “*o sentido de igualdade de acesso aos tribunais por parte dos cidadãos*” para que possam defender seus direitos segundo os princípios de *direito comum britânico* (*Common Law*), perante qualquer entidade – “*indivíduos e poderes públicos*”.

Nos Estados Unidos da América, a regra do império do direito (*The Reign of Law*) ganhou contornos “*rasgadamente*” inovadores, vez que remete o *Estado Constitucional* norte-americano à idéia de *always under the law*. Nesse sistema, a Constituição, que é a concretização do direito do povo em fazer uma lei superior (*higer lawmaking*), estabelece “*os esquemas essenciais do governo e os respectivos limites*” de sua atuação.

Ao associar a *juridicidade do poder à justificação do governo*, as *razões* deste último (governo) passam a dever ser *razões públicas*, que tornam patentes o consentimento do povo a ser governado em determinadas condições. “*O governo é sempre um governo subordinado às leis (government under law), entendidas estas como um esquema regulativo consistente e coerente formado por um conjunto de princípios de justiça e de direito*”.

A França concebeu um *État Légal* lastreado em uma *ordem jurídica hierarquizada*, cujo ápice era ocupado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 26 de agosto de 1879, que consagrava os *direitos naturais e sagrados dos homens*. A Declaração era, no dizer de *Canotilho*, uma “*supraconstituição e uma pré-constituição. Supraconstituição porque estabelecia uma disciplina vinculativa para a própria constituição; pré-constituição porque, cronologicamente, precedeu mesmo a primeira lei superior*”. Em razão desta estruturação, o ordenamento jurídico via-se hierarquizado da seguinte maneira: *Declaração*, em primeiro lugar; *Constituição*, logo abaixo da *Declaração*, *Lei*, em terceiro lugar; *Atos do Executivo de aplicação das leis*, na “*base da pirâmide hierárquica*”<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra, Almedina, 2002, pp. 93-97.

<sup>8</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pp. 95-96.

Entretanto, se deveu ao trabalho desenvolvido pelos povos germânicos a origem literal da expressão *Estado de Direito*, então designada *Rechtsstaat*<sup>9</sup>. Esta teoria foi absorvida lentamente pela doutrina francesa, que lhe assimilou com temperamentos, a partir dos estudos empreendidos na chamada *escola de Direito Público de Estrasburgo*, nomeadamente pela obra de *Carré de Malberg*, que sucedeu à *Laband* como titular da Cátedra da disciplina na referida *academia* e recebeu toda a carga de influência da construção do conceito em epígrafe.

Imanente à própria estruturação do *Estado de Direito* e inapartável de sua formulação, o *princípio da legalidade* - assim como ocorreu com o próprio conceito de Estado - modificou-se no tempo, de modo a atender as demandas sociais, também cambiantes.

## 2.1 O Estado Liberal

É do conhecimento geral que o *princípio da legalidade*, na sua conformação atual, é contemporâneo do Estado de Direito. Surgiu com o *Estado Liberal*, cuja assunção se deu pela *Revolução Francesa*, e era conectado à idéia de limitação do poder.

Anteriormente, sob a égide do *absolutismo*, a idéia de legalidade atribuía à pessoa do soberano a condição de “*escolhido de Deus, em razão do que concentrava em suas mãos a fonte de todo o Direito*”<sup>10</sup>. Isto fazia com que o soberano, que personificava o próprio Estado, pudesse atuar tanto por *normas gerais e abstratas* como por *atos singulares*. Estes últimos, inclusive, podiam contrariar as *normas gerais*, sem que isto representasse afronta ao ordenamento jurídico – ao contrário, eram aceitos como integrantes do *sistema*.

Conforme já tivemos a oportunidade de sustentar anteriormente<sup>11</sup>, a *Revolução Francesa* teve o condão de repelir esta situação ao estabelecer que “*a fonte do Direito não se encontraria em nenhuma instância supostamente transcendental à comunidade, senão nela própria, na sua vontade geral, que vinha consubstanciada na lei geral*”. Esta *lei geral* seria aquela que “*servia à determinação de cada um dos seus membros individualmente como também determinava cada um dos atos singulares do poder*”.

No período imediatamente após a *Revolução*, sob a égide do *liberalismo*, a afirmação da legalidade lançou bases na afirmação contida no artigo 5º da Declaração dos

<sup>9</sup> A expressão foi utilizada pela primeira vez em 1.832 por *Von Mohl*, e traduzia “*originariamente a luta que sustentaram os Parlamentos por alcançar supremacia frente ao príncipe, a qual se identificou mais com a idéia de uma superioridade orgânica fundada na soberania do que na autoridade de normas gerais que emanavam do Poder Legislativo. O desenvolvimento do constitucionalismo determinou, posteriormente, os alcances precisos da concepção dentro do modelo ocidental. O Estado de Direito significou, basicamente, a partir de então, um regime no qual o Direito pré-existe à atuação da Administração e a atividade desta se subordina ao ordenamento jurídico*”. Cf., CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002, p. 117.

<sup>10</sup> Cf. ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid, Civitas, V.I., p. 423.  
<sup>11</sup> Cf. SANTOS NETO, João Antunes dos. Legalidade e Decisões Políticas. In *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 234, outubro-dezembro de 2003, pp. 147-175.

Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que prescrevia que “a lei não proíbe senão ações nocivas à sociedade. Tudo o que não é vedado pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ou será forçado a fazer o que ela não ordena.”.

Nesta etapa inicial do *Estado de Direito*, o papel do Estado “era o de proteger a propriedade e a liberdade dos indivíduos. Era a fase do *laissez-faire*, *laissez-passer*, conhecida como fase do Estado Policial (*État Gendarme*), que não se confunde com o Estado de Polícia, correspondente a uma fase anterior, em que a Administração Pública não se submetia à lei”<sup>12</sup>. Em razão destas vicissitudes, entendeu-se que o princípio da legalidade exigia, pois, mera relação de compatibilidade da Administração Pública a seus comandos, oportunidade em que se consagrou a chamada *teoria da vinculação negativa da Administração Pública* à proposição, condição que a aproximava bastante do princípio da autonomia da vontade do direito privado; se admitia, à oportunidade, que a Administração podia fazer tudo aquilo que a lei não proibisse.

Ainda quando, na França do século XIX, o *liberalismo* se estruturava em razão daquelas idéias, verificava-se no que hoje se designa *Alemanha*, que a expressão *Estado de Direito* (*Rechtsstaat*) era desenvolvida por *Von Mohl* com o objetivo de “enquadrar e limitar o Poder do Estado pelo Direito”<sup>13</sup>. Estas teorias, que foram difundidas na França por *Carré de Malberg* e, posteriormente, por seus discípulos da chamada *Escola de Direito Público de Estrasburgo*, na visão de *Chevalier*<sup>14</sup>, edificaram-se no “princípio segundo o qual os diversos órgãos do Estado não podem agir, senão em virtude de uma habilitação jurídica. Neste caso, o exercício de um poder se transforma em uma competência, instituída e enquadrada pelo Direito”.

Destarte, doutrina do *Rechtsstaat* conduz na prática à doutrina da *lei* sobre a *Administração*, de modo à dela se exigir que aja *secundum legem* (em virtude de uma habilitação legal) e não simplesmente que se abstenha de agir *contra legem*. Esta teoria, forjada pelos povos germânicos durante a segunda metade do século XIX, restou, senão ignorada, ao menos pouco conhecida pelos franceses. Os primeiros desenvolvimentos que se consagraram datam de 1911, dos manuais de direito constitucional de *Duguit* e de *Esméin*. Estas obras, aliás, foram consideradas como marco inicial da transposição na França da tradição filosófica e política alemã acerca do poder<sup>15</sup>.

Os franceses, de fato, construíram uma ordem jurídica hierarquizada, cuja dogmática remetia à luta contra o *absolutismo* e visava conter o poder real pela imposição de limites ao seu exercício, encontradiços na lei – o artigo 3º da Declaração dos

<sup>12</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (org.). *Direito Regulatório*. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2003, p. 38.

<sup>13</sup> Cf. LARENZ, Karl. *Derecho Justo – Fundamentos de Ética Jurídica*. Trad. de Luiz Díez-Picazo. Madri, Editorial Civitas, 1985, pp. 151-167.

<sup>14</sup> Cf. CHEVALLIER, Jean-Jacques. *L'État de Droit*. In *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et L'Étranger*. Março/abril de 1988, V. 2, pp. 313-380.

<sup>15</sup> Cf. SANTOS NETO, João Antunes dos. *Legalidade e Decisões Políticas*, pp. 147-175.

Direitos do Homem e do Cidadão prescrevia enfaticamente que “*não há na França autoridade superior à da lei. O rei não reina senão por ela e só em nome da lei pode exigir obediência*”. A transposição da teoria “alemã” do Estado de Direito para a França, em razão disto, recebeu ajustamentos para sua adequação às tradições e ao direito positivo *gauleses*, conforme a afirmação das concepções de Carré de Malberg<sup>16</sup>, à oportunidade em que este debatia as formulações anteriores de Laband; dentre outros critérios, Carré de Malberg considerou a evolução do *controle jurisdicional* dos atos da Administração do Governo como mote à adequação de suas ações à legalidade estrita.

Simultaneamente a este fenômeno, o *Conselho de Estado*, que na estrutura estatal francesa experimenta, na mesma oportunidade, sua transposição da condição de *órgão consultivo* para *órgão de jurisdição*, passa a admitir a existência de um *poder regulamentar autônomo* ao Estado, em matéria de organização dos serviços e de polícia administrativa, o que provoca a releitura daquela estrita *hierarquização* da ordem jurídica, fortemente sedimentada no ideário da *Revolução*.

Estas circunstâncias restaram ainda mais agravadas com as reações que se iniciaram contra o *liberalismo*, que não conseguiu consagrar os conceitos que lhe legitimaram, em especial a igualdade. Isto produziu conseqüências negativas na ordem social, de modo que se passou a exigir uma conduta positiva do Estado, no sentido de que intervisse nos assuntos privados a fim de promover o equilíbrio exigido.

## 2.2 O Estado Social

O período do *Estado Social de Direito*, também conhecido por *Estado Providência*, foi marcado pelo *intervencionismo*. Uma vez que o *liberalismo* não obteve êxito em propagar os ideais de *igualdade*, *liberdade*, e *fraternidade* conforme concebidos, sendo que, ao contrário, o que se verificou foi o oposto – concentração de renda, formação de monopólios, falta de desenvolvimento social etc. –, passou-se a exigir uma expansão nas atividades do Estado.

Isto se deu de modo a buscar-se um melhor equilíbrio social e o modelo então adotado foi a da *intervenção* do Estado na economia e no domínio privados o que provocou um sensível acréscimo nas atribuições estatais e serviu de móvel ao *fortalecimento* do Poder Executivo em relação, especialmente, ao Poder Legislativo.

Foi neste momento histórico que se modificou a relação da Administração Pública para com a *legalidade*. Ao invés de suas condutas serem meramente *compatíveis* ao ordenamento, passou-se a exigir que a Administração observasse relação de *conformidade* à lei; da fase da *vinculação negativa* à proposição, estabeleceu-se a chamada *vinculação positiva ao princípio da legalidade*, de modo que a Administração só poderia ter comportamentos expressamente permitidos por lei, que lhe habilitaria previamente à ação.

<sup>16</sup> Cf. CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoria General del Estado*. Trad. de DEPETRE, José Lión. México, Facultad de Derecho de UNAM, 1998, pp. 511-522.

*Enterría e Fernández*<sup>17</sup> assinalam que foram *Kelsen* (no plano teórico) e *Merkel* (“*seu*” administrativista) quem “*puseram em marcha a primeira reação sistemática contra a explicação deficiente da legalidade da Administração*”. A concepção *kelseniana*, “*hoje universalmente aceita*”, tomava por base que o processo de produção jurídica se executa paulatinamente a partir de uma norma fundamental e, na medida em que a *Administração* se insere em uma fase desse processo, não poderia atuar de outra maneira senão executando normas antecedentes, ainda que estas sejam ditadas por ela própria, como no caso dos Regulamentos. *Merkel*, inclusive, teria partido desse pressuposto, ao sustentar que não só a *Administração* está condicionada pela existência do Direito, senão também cada ação administrativa isolada estará condicionada pela existência de um preceito jurídico que admita ação semelhante. Opera-se, em razão da sedimentação desta doutrina, o princípio da “*positive bindung*”, da vinculação positiva da *Administração* à legalidade, em substituição à concepção anterior da vinculação negativa ao mesmo princípio, que permitia à *Administração*, a exemplo do que ocorria ao particular, o estabelecimento de uma relação meramente compatível com aquele postulado.

No entanto, simultaneamente ao verdadeiro avanço que significava a teoria da *vinculação positiva* da *Administração* à lei, ocorreu uma situação de desequilíbrio político, vez que dotado de iniciativa legislativa e em razão de sua verdadeira predominância sobre os outros Poderes, o Poder Executivo, obrigado a “*umentar a sua complexidade interna*”, mantém a divisão de poderes apenas como “*uma fachada formal*”<sup>18</sup>. Talvez tenha sido isto que tenha levado *Gordillo* a afirmar que houve uma *mutação dupla* na *Administração* de então: enquanto sob a égide do liberalismo, aquela (*Administração*) “*respondia a um regime autoritário na ordem política e liberal na ordem econômica*” em determinado momento histórico estes postulados se inverteram, de modo que se “*introduziu o liberalismo na ordem política e a autoridade na ordem econômica*”<sup>19</sup>.

O *regime político autoritário* na referência feita por *Gordillo*, é explicitado pelas idéias sustentadas por *Gianinni*, que qualificou o *Estado Liberal* do século XIX de “*burguês e censitário*”, porque àquela oportunidade, “*os cidadãos que tinham plenitude de direitos políticos*” eram não mais do que dois ou três por cento (2 ou 3%) da população, e que, mesmo no limiar do século XX, com todas as “*ampliações dos corpos eleitorais*”, não passavam de dez por cento (10%). Assim, “*chamar democráticos a tais Estados era uma afirmação falsa sob o aspecto jurídico*”<sup>20</sup>.

No período do *Estado Social*, também é relevante salientar, ao examinar as leis apenas em seu aspecto formal, o Poder Judiciário, igualmente, se coloca em posição subalterna em face do Poder Executivo, dando ao controle que deveria ser o móvel que

<sup>17</sup> Cf. ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, V. I, pp. 430-431.

<sup>18</sup> Cf. FARIA, José Eduardo. *Eficácia Jurídica e Violência Simbólica. O Direito Como Instrumento da Transformação Social*. São Paulo, Editora Universidade de São Paulo, 1988, p. 57.

<sup>19</sup> Cf. GORDILLO, Agustín A. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1974, t. I, pp. II-7.

<sup>20</sup> Cf. GIANINNI, Massimo Servero. *Diritto Amministrativo*. Milão, Giuffrè, 1993, v. I, p. 39.

limitaria o abuso de poder do Estado em suas relações com os particulares, caráter meramente ritual, sem qualquer preocupação com as questões de fundo, em razão de sua desvinculação com os princípios de *direito natural* que serviram a alicerçar a estruturação do próprio conceito de *Estado de Direito*.

Nesta esteira de pensamento, vale, então, trazer à colação que *Chevallier*, que ao fazer referência a *instrumentalização do Direito*, diz que ele passa a ser “*utilizado como meio pelo qual o Estado executa suas tarefas*”, e adverte que o “*Estado prestador de serviços, coloca em segundo plano o problema dos limites do poder que constituíam as bases do Estado Liberal*”<sup>21</sup>.

*Maria Sylvia Zanella Di Pietro*, abordando outras facetas daquele momento histórico, salienta que, no período do *Estado Social*, sob o ponto de vista da *legalidade*, várias alterações se verificaram, em relação ao modelo arquitetado na fase *Estado Liberal*: “*a lei perdeu o prestígio de que desfrutava no período anterior, seja porque se desvinculou da idéia de justiça, seja porque perdeu o seu caráter de generalidade e abstração, pela atuação de grupos de pressão, classes, partidos políticos, seja pela multiplicação das leis, gerando instabilidade ao Direito; além disso, a lei passou a ser encarada no seu aspecto puramente formal, gerando um controle judicial também apenas formal, e deixou de ser vista como instrumento de garantia dos direitos individuais*”<sup>22</sup>.

Ocorreu, assim, a decantada “*instrumentalização do direito*” destacada no pensamento transcrito de *Chevallier*, que passou a ser utilizado como “*meio de ação do Estado*”.

Contudo, a despeito de toda a ação administrativa subsumir-se à legalidade, face da *vinculação positiva* da Administração ao princípio, um elemento perturbador e que provocou forte desequilíbrio na relação de poder restou consagrado: a *legalidade* passou a abranger não só a *lei do Parlamento*, mas também todos os *atos normativos* que eram editados pelo Poder Executivo (decretos-leis, regulamentos autônomos, leis delegadas, medidas provisórias etc.).

É isto, aliás, o que se pode extrair do pensamento de *Eisenmann*, que afirma em excerto de sua laboriosa obra que “*o princípio da legalidade evoluiu para a consideração de que a expressão não designava somente os atos emanados do Legislativo-Parlamento, mas também passou a abranger toda a manifestação normativa das mais diversas fontes – legalidade, como objeto, é, no mínimo, o conjunto de normas oriundas de fontes diversas*”<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Cf. CHEVALLIER, Jean-Jacques. *L'État de Droit*, pp. 313-380.

<sup>22</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Regulatório*, op. cit., p. 40.

<sup>23</sup> Cf. EISENMANN, Charles. *Cours de Droit Administratif*. Paris, L.G.D.F., 1982, V. I, pp. 11-35.

O modelo do *Estado Social de Direito*, apoiou-se basicamente na premissa de que o “Estado deveria ser o configurador da ordem social com o fim de corrigir as desigualdades existentes na sociedade, atuando a Administração como contribuinte de prestações”<sup>24</sup>.

O esgotamento deste modelo de intervenção na economia e no domínio privados, levado, essencialmente, pela idéia de *racionalização dos gastos públicos*, originou um movimento tendente a, tanto “*limitar as funções da Administração*”, como a “*desregular e desmonopolizar*” algumas de suas atividades, com “*correlativo aumento da gestão privada na economia*”. Este novo sistema, no entanto, ademais de manter as regras do *Estado de Direito*, colocou “*ênfase na proteção da iniciativa privada e na livre concorrência*”, limitando a intervenção estatal na *produção* ou *comércio*, sem embargo de consagrar sua “*atuação em determinados âmbitos de interesse social*”<sup>25</sup>.

Este novo aparelhamento de *engenharia* do Estado passa a qualificá-lo de *Estado Subsidiário*.

Entretanto, antes de qualificá-lo e enquadrá-lo em teorias que o denominam de *Estado pós-moderno*, de mister associar as idéias que fundamentaram a transição do *Estado Social* para o modelo do *Estado Democrático de Direito*.

### 2.3 O Estado Democrático de Direito

Ainda no início dos anos mil novecentos e setenta (1970), sob a influência do modelo do *Estado Social*, Gordillo<sup>26</sup> preconizava que o então *Estado do futuro*, e via de conseqüência, o direito administrativo, constituir-se-iam sobre bases diferenciadas em relação àquelas que ao tempo se observavam, adentrando numa era intensa de mudanças. As primeiras transformações da *estrutura* e da *atividade* do Estado, segundo o renomado autor, se dariam na “*sua atuação no campo econômico*”; sob o aspecto *extrínseco*, estas modificações colocariam o Estado “*regulando*” o processo econômico por meio de normas que “*são de direito administrativo*”. É o que o autor chama de “*intervencionismo*” ou “*planificação*”. Sob a face *intrínseca* da atuação estatal, seu desempenho na economia se positivaria pela ação de “*múltiplas formas de empresa pública*” que abandonaria o modelo dos “*entes autárquicos tradicionais*” para operar por outras figuras, tais como as “*Juntas Reguladoras*”.

Simultaneamente às idéias intervencionistas no setor privado, que praticamente obriga o Estado a deixar de se limitar à ação social direta para fazê-lo pela ação econômica (o Estado tende a dirigir-se não só ao aspecto da *distribuição da riqueza*, senão também à *produção*), ocorre o fortalecimento da idéia da construção de uma *sociedade*

<sup>24</sup> Cf. CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*, p. 119.

<sup>25</sup> Cf. CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*, p. 120.

<sup>26</sup> Cf. GORDILLO, Agustín A. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, p. II-13.

*participativa* que exige “*novas e adicionais formas de participação do povo no poder, de modo tal que sua influência não se limite à eleição de candidatos eleitorais*”<sup>27</sup>.

É fato que o *esgotamento* do modelo intervencionista da concepção originária do *Estado Social* produziu conseqüências indesejadas, derivadas do *positivismo formalista kelseniano* adotado como modelo da legalidade. A fim de que o insucesso de modelo não se prolongasse, passou-se, então, a se agregar ao conceito de Estado, novos elementos que pudessem lhe permitir uma melhor promoção da *justiça social*.

O principal desses novos elementos que se lhe introduziu foi o da *participação popular* – desde o processo político ao controle da *Administração*. Ao povo, no sentido de legitimar a nova estrutura da organização social, foram disponibilizados instrumentos que o admitiam a influir diretamente nas decisões de *Governo*.

Estas mutações reclamariam, também, pelo retorno da legalidade ao conceito originário que serviu de base à formação da teoria do *Estado de Direito*. Desta forma, o Estado volta a se subordinar ao próprio *direito* e não à *lei formal*; a *legalidade* volta a encerrar a idéia de vinculação à *lei* e ao *direito*, especialmente no que tange à sua base principiológica.

*Zanobini*, ao enfrentar a problemática da relação da Administração com o princípio da legalidade sob esta ótica, se manifesta de modo a esclarecer que “*no estágio jurídico atual, os fins da Administração devem vir impostos pelo direito – sua atividade dever ser aquela que o direito prescreve ou consente*”<sup>28</sup>.

As tendências comentadas, especialmente a de remessa do conceito de *legalidade* ao conceito de *justiça*, inspiraram diversas constituições de Estados contemporâneos. A Constituição Alemã, de 1.949 trouxe prescrito em seu artigo 20 que “*o poder legislativo está vinculado à ordem constitucional; os poderes executivo e judicial obedecem à lei e ao direito*”. As Constituições Portuguesa de 1976 e Espanhola de 1978 (que influenciaram sobremaneira o legislador constituinte brasileiro de 1988) trazem prescrições similares; a primeira, em seu artigo 266, e a segunda, em seu artigo 103.1, repetem as premissas germânicas apontadas, de modo que na Espanha a disposição da *Carta* é expressa no sentido de que a “*os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar com justiça e imparcialidade no exercício de suas funções*”<sup>29</sup>.

Importante lembrar, outrossim, que a evolução do conceito da *legalidade* concerne ao desenvolvimento da concepção do próprio Estado; destarte, torna-se essen-

<sup>27</sup> Cf. GORDILLO, Agustín A. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, p. II-13.

<sup>28</sup> Cf. ZANOBINI, Guido. *L'Attività Amministrativa et la Legge. In Scritti Vari di Diritto Publice*. Milão, Dott A. Giuffrè, 1995, pp. 202/218.

<sup>29</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo, Atlas, 1991, pp. 30-31.

cial à compreensão do instituto o entendimento de que “a evolução da estrutura constitucional provoca modificações na posição funcional do princípio da legalidade e, deste modo, a alteração parcial do respectivo significado”<sup>30</sup>.

Da mesma forma, é extremamente relevante considerar que em face da estruturação atual do Estado, o *direito* passa a representar, para efeitos de vinculação da *Administração* a seus mandamentos, não só a lei elaborada pelo órgão constitucional criado para esta finalidade, senão, também, aquela (lei) cuja competência para sua edição, a Constituição (ou o direito) *delegou*. Estas proposições, aliás, se encontram em interessantes passagens da obra de *Sérvulo Correia*, que leciona, aprofundando estudo sobre a ordem jurídica estrangeira e de seu país natal, que “em diversos textos constitucionais, inclusive o português, distingue-se entre *Administração do Estado* e *Administração autônoma*. A última é composta por pessoas coletivas de direito público cujos órgãos representam todo um conjunto de indivíduos definidos em função da residência em determinado território ou da pertença a determinado setor profissional – a qualificação deste tipo de *Administração* como autônoma significa que as pessoas coletivas que a compõem não recebem orientação político-administrativa do Estado, extraíndo-a antes da vontade democraticamente manifestada pelos seus membros. Num sistema constitucional assim, a lei do parlamento não representa a única forma de orientação da *Administração* pelo povo, uma vez que este a exerce também através de outras assembleias representativas, como as das regiões autônomas e das autarquias”<sup>31</sup>.

O fato é que em razão das transformações do meio social e da crescente necessidade de readequação do modelo de Estado, duas das vertentes descritas – *participação do povo na tomada de decisões estatais, inclusive em relação à formulação da lei e idéia de legalidade conectada ao conceito de justiça material, nos moldes preconizados pelo direito natural* – serviram de mote à adoção, em substituição à locução *Estado Social de Direito*, da expressão *Estado Democrático de Direito*.

*José Afonso da Silva*, com a maestria que lhe é peculiar, adverte, contudo que a “*configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e de Estado de Direito*”. A tarefa em epígrafe consiste, de fato, na “*criação de um conceito novo*” que tem por finalidade exprimir a concretização de “*realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâ-*

<sup>30</sup> Cf. SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*. Coimbra, Almedina, 1987, p. 34.

<sup>31</sup> Já tivemos a oportunidade de nos manifestar anteriormente quanto ao assunto, de modo a chamar a atenção para alguns cuidados que se deve ter ao se proceder ao trespassar de algumas proposições ao direito brasileiro. Como Estado Federado que é, não possui as peculiaridades dos Estados que se modelaram sob a ótica da *centralização*, a exemplo do Estado português. Àquela oportunidade, lembramos que “*chega mesmo a soar estranho a nossos ouvidos a utilização das expressões regiões autônomas e autarquias, sendo certo que a referência às últimas apontam as chamadas autarquias territoriais, típicas dos Estados centralizados, cuja expressão designa, em breve apanhado, a falta de autonomia, mas a presença de auto-administração*”. Sobre o assunto, consulte-se SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, pp. 42-43 e SANTOS NETO, João Antunes dos. *Legalidade e Decisões Políticas*, pp. 147-175.

neo, superando e Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social”, que tem na legalidade um princípio basilar: “é essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática”<sup>32</sup>.

Em relação à participação popular, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>33</sup> enumera o surgimento de “inúmeros instrumentos” de sua positivação, dentre os quais destacam a consagração do direito à informação, à publicidade e à motivação dos atos administrativos de modo a permitir-se a ampliação do controle sobre a Administração Pública, como também a gestão democrática de institutos de relevância social (como o ensino, a saúde, etc.), a participação do cidadão na fixação de políticas públicas e sua participação no processo de elaboração de leis.

### 2.3.1 O Estado Subsidiário

A evolução do conceito de legalidade e as transformações operadas no modelo de organização social, face, essencialmente, ao desenvolvimento - ou subdesenvolvimento, pelo esgotamento dos recursos financeiros dos Estados - da economia no período do Estado Providência, fizeram com que se clamasse pelo restabelecimento da liberdade individual. Nota-se, pois, em relação a este fenômeno, “grande influência da doutrina neoliberal e do princípio da subsidiariedade, desenvolvido pela doutrina social da igreja”<sup>34</sup>.

Ao mesmo tempo em que a subsidiariedade - entendida como proposição fundamental - prega a primazia da iniciativa privada sobre a iniciativa estatal, por meio dela se sustenta, da mesma forma, que o Estado deve coordenar e fiscalizar a iniciativa privada e, especialmente, fomentá-la, quando as atividades por aquelas desempenhadas sejam de interesse público. Ocorre o que Cassagne designou por “correlativo aumento da gestão privada na economia”, sem embargo da “atuação em determinados âmbitos de interesse social” que o Estado deve positivar<sup>35</sup>.

O princípio da subsidiariedade diria respeito, de um lado, “entre os níveis de concentração de poder” e de outro lado “entre os respectivos níveis de interesses a serem satisfeitos”. Poderia ser conceituado como a prescrição do “escalonamento de atribuições entre entes ou órgãos, em função da complexidade do atendimento dos interesses da sociedade”. Nesse escalonamento de responsabilidades, caberia aos “grupos sociais menores, por suas organizações civis, decidirem e agirem para a satisfação dos respectivos interesses coletivos de maior abrangência; e a sociedade civil, como um todo, por suas organizações civis de âmbito geral, decidir e agir para o atendimento de seus interesses gerais”<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. pp. 123-125.

<sup>33</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Regulatório*, p. 42.

<sup>34</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Regulatório*, p. 44.

<sup>35</sup> Cf. p. 10, deste.

<sup>36</sup> Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 2003, pp. 86-87.

*Odete Medauar*<sup>37</sup>, em laborioso trabalho que aborda o desenvolvimento do direito administrativo moderno, sustenta que foi a partir do *Tratado de Maastrich*, assinado em 07 de fevereiro de 1.992, e ratificado em 1º de novembro de 1.993, relativo à União Européia, que o princípio da subsidiariedade ganhou relevo, gerando, inclusive, a expressão *Estado Subsidiário*. A autora adverte, no entanto, que no “aspecto vertical” o princípio aparece na União européia como “critério de distribuição de competências” entre aquela e os Estados-membros, no sentido de que “a comunidade intervém apenas se e na medida em que os objetivos da ação não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-membros”. Isto traz como consequência a geração influxos de ordem interior, da mesma forma, na correlação de competências entre os respectivos Estados e seus entes de direito público interno (Estados-membros, nas Federações; Regiões, Províncias, Comunas etc., nos Estados unitários). Já quanto ao “aspecto horizontal” da subsidiariedade, denota-se que ela é utilizada, “não de forma unânime”, como “critério nas relações entre a esfera de atuação estatal e a iniciativa privada, para conferir primazia à esta última e caráter residual àquela”.

Ainda segundo a eminente publicista, a *subsidiariedade horizontal* remete a duas outras acepções: a de “proximidade”, ou seja, “a atuação deve ser conferida ao órgão mais próximo do cidadão” e a da “suficiência”, que remete à idéia de a “tarefa ser dada ao órgão que pode realizá-la com mais eficiência”<sup>38</sup>.

Para o alcance destes fins, “busca-se reduzir o papel do Estado, pelo instrumento da privatização, que, considerada em sentido amplo, compreende a quebra de monopólio, a desregulação, a concessão e a permissão de serviço público, a terceirização, ficando o Estado com sua função de planejamento e regulação”<sup>39</sup>.

Os influxos do princípio da subsidiariedade, aliados a outros fatores, como a globalização e o crescente endividamento dos Estados levou à difusão de um fenômeno, que é designado por *agencificação*. Esta se deu pela criação de órgãos e/ou entidades com maior ou menor grau de independência em relação ao poder central, sob forte influência do direito dos Estados Unidos da América. Sem embargo da designação da nomenclatura adotada (agências reguladoras, órgãos reguladores, autoridades reguladoras independentes), com sutis diferenças demonstradas na experiência particular de alguns países, é certo que a adoção do instituto reforçou as “relações consensuais, negociadas, que resultam da participação dos administrados em substituição à imperatividade e executoriedade dos atos unilaterais da Administração; e ainda na procura de valorização dos sujeitos privados e do direito privado frente ao Estado, em detrimento do direito público”<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> Cf. MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, pp. 245-246.

<sup>38</sup> Cf. MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*, p. 246.

<sup>39</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Regulatório*, p. 44.

<sup>40</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Regulatório*, p. 46.

Face destas circunstâncias e em razão de outras diversas tendências que buscam sustentar o novel modelo de Estado, observa-se que o *princípio da legalidade* passa a ganhar novos contornos, que colocam a *regulação* como “*novo tipo de direito, caracterizado como sendo negociado, flexível, indicativo*” que, todavia, “*convive com as formas tradicionais de produção legislativa, que apresentam o já mencionado caráter de imperatividade, generalidade, abstração*”<sup>41</sup>. A prevalência, ou não, do direito estatal numa sociedade informada por uma *pluralidade de fontes normativas*, a abrangência e a competência, assim os limites da atividade regulatória, passam a ser os pontos fulcrais de qualquer debate que tenha o assunto por objeto.

### 3. Regulação e regulamentação

*Maria Sylvia Zanella Di Pietro* difere as locuções *regular* de *regulamentar*, a despeito de o léxico apontar para a sinonímia das expressões. Para a renomada autora, “*regular* significa estabelecer regras, independentemente de quem as edite, seja o Legislativo ou o Executivo, ainda que por meio de órgãos da Administração direta ou entidades da Administração indireta”. O vocábulo possuiria sentido amplo, que abrangeria, deste modo, o sentido de *regulamentação*, inclusive, cujo conteúdo seria mais *restrito*<sup>42</sup>.

*Vital Moreira* e *Fernanda Maçãs* apontam que o sentido etimológico de *regulação*, que gira em torno de duas idéias fundamentais, compreende “*o estabelecimento e a implementação de regras, de normas, e a manutenção da garantia de funcionamento equilibrado de um sistema*”. Já a *regulação pública*, encerra “*tanto a faculdade de definição de normas de conduta como o poder de as aplicar e fazer cumprir*”. Por congregarem em seu controvertido conceito a capacidade para o “*estabelecimento de normas, para fiscalizar o seu cumprimento e efetivar as punições de quem infringi-las, diz-se que a regulação compreende os três poderes típicos do Estado: um poder normativo, um poder executivo e um poder parajudicial*”, que segundo seus cultores, podem ou não coexistir numa “*única entidade*”<sup>43</sup>.

Como a idéia de *regulação* deriva de uma nova proposição da relação do Estado para com a sociedade, onde aquele tem por missão precípua apenas estabelecer “*as regras do jogo*” e não mais a de “*comandar diretamente os atores sociais*”, por conseguinte, “*verifica-se que os fenômenos da liberalização, da regulação, com o sentido apontado, e da criação de autoridades independentes andam associados*”<sup>44</sup>.

Como conseqüência da definição do verbo *regular* para o direito, seu antônimo, *desregular*, teria sentido oposto. Nada obstante, a locução encerra a idéia de ser “*um dos*

<sup>41</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Regulatório*, p. 47.

<sup>42</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo, Atlas, 2002, pp. 150-151.

<sup>43</sup> Cf. MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. *Autoridades Reguladoras Independentes*. Coimbra, Editora Coimbra, 2003, pp. 13-15.

<sup>44</sup> Cf. MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. *Autoridades Reguladoras Independentes*, p. 15.

*instrumentos ora utilizados para reforma do Estado*”, cuja acepção indica a significação da diminuição do regramento da atividade privada, para “*diminuir a intervenção do Estado nas liberdades do cidadão*”<sup>45</sup>.

Face destas colocações “*‘regulamentar’ significa também ditar regras jurídicas, porém, no direito brasileiro, como competência exclusiva do Poder Executivo*”<sup>46</sup>.

O termo *regulamentar* também remete à idéia de *regulamento*, sendo que seu regime jurídico é variável em razão do ordenamento jurídico positivo dos povos. No Brasil, por força do que dispõe o artigo 84, inciso VI, da Constituição da República, a *competência regulamentar* é exclusiva do *chefe do Poder Executivo*, não se incluindo nas hipóteses de delegação, previstas no parágrafo único do dispositivo em epígrafe, o que leva à consideração de que se trata de atribuição *indelegável*.

### 3.1 O regulamento

Enterría e Fernández asseveram que se chama *regulamento* “*toda norma escrita ditada pela Administração*”, sendo correto afirmar, seguindo a linha de raciocínio dos autores, que ele, por muito tempo, foi visto como *lei em sentido material*, ainda que este comparativo não pudesse ser sustentado em bases sólidas, em razão da “*teoria da lei ser totalmente inaplicável*” ao caso em exame. Baseiam esta sustentação no fato de a *lei* “*arrancar a incondicionalidade de seu conteúdo e a irresistibilidade de sua eficácia por sua legitimação na vontade da comunidade*”, ao passo que o *regulamento* não poderia se apresentar como fruto daquela vontade da comunidade porque “*a Administração não é um representante da comunidade*”; ao contrário, a Administração é uma organização “*serviçal*” da comunidade o que conduz a uma conclusão de fundo lógico: “*o regulamento não expressa por si uma hipotética ‘vontade geral’, senão que é uma simples regra técnica, ‘ocorrência dos funcionários’*”. Tem em comum com a *lei* apenas o fato de ser uma norma escrita, diferindo em todo o demais<sup>47</sup>.

Gordillo não discrepa daquele entendimento e assinala que um “*regulamento é uma declaração unilateral realizada no exercício da função administrativa que produz efeitos jurídicos gerais em forma direta*”. Seus efeitos gerais seriam o que lhe distinguiria dos *atos administrativos unilaterais*, que se caracterizam por produzir efeitos jurídicos meramente individuais<sup>48</sup>.

A doutrina conhece diversas classes de *regulamentos*, sendo que duas de suas categorias apresentam-se com maior relevância: os *regulamentos executivos* ou de *execução* e os *regulamentos autônomos* ou *independentes*. Os primeiros, conhecidos como

<sup>45</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 150.

<sup>46</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 151.

<sup>47</sup> Cf. ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, v. I, pp. 167-168.

*secundum legem*, têm a missão de complementar a lei, para sua fiel execução; os segundos – cuja alcunha, *praeter* ou *extra legem*, dá a dimensão de seu alcance – verdadeiramente *inovam no mundo jurídico*, criando normas sobre matérias ainda não disciplinadas em lei.

Quanto aos *regulamentos autônomos* ou *independentes*, Gordillo não tem dúvidas em afirmar sua admissibilidade, especialmente se editados para reger o funcionamento interno da Administração. Todavia, afirma ser “*questionável*” a pretensão de por ele *regular* a atividade dos particulares. Neste último caso, os “*regulamentos ad extra*” não poderiam ser independentes pela simples razão de que “*a criação de direito objetivo para os cidadãos não pode prescindir da lei no Estado moderno*”; salvo permissão constitucional expressa nesse sentido, como é o caso da França, por exemplo<sup>49</sup>.

Outra classificação, em relação às classes de *regulamentos*, que é especialmente conectada às categorias anteriores, diz respeito à construção alemã acerca da existência de *regulamentos jurídicos* (ou *normativos*) e *regulamentos administrativos* (ou de *organização*). A doutrina germânica utilizou para a edificação da teoria em comento uma “*controvertida*” distinção entre relações de “*supremacia geral e de supremacia especial*” dos particulares em relação à Administração Pública. Haveria particulares que estabeleceriam uma relação especial para com a Administração, em razão de um vínculo individual, coisa que os colocaria em sua esfera organizativa, a exemplo do que ocorre com os *servidores*, os *estudantes da rede pública*, os *presos*, os *enfermos internados em hospitais públicos* etc. Contudo, há quem sustente, com propriedade, diga-se, que “*a inserção de um cidadão na Administração não pode, de modo algum, interpretar-se como uma servidão*”<sup>50</sup>, o que, aliás, seria vedado pelo artigo 4º da *Declaração Universal de Direitos Humanos*<sup>51</sup>.

A despeito de a controvérsia colacionada ser relevante - e fundada -, para efeito de uma abordagem científica, de rigor o estabelecimento dos conceitos das classes de *regulamentos* a que se fez menção. Assim é que os *regulamentos jurídicos* seriam aqueles que estabelecem normas sobre relações de *supremacia geral*, ou seja, “*aquelas relações de que ligam todos os cidadãos ao Estado*”<sup>52</sup>; em contrapartida, os *regulamentos administrativos* (ou de *organização*), que consubstanciam “*normas sobre a organização administrativa ou sobre as relações entre particulares que estejam em situação de submissão especial ao estado, decorrente de um título jurídico especial*”<sup>53</sup>. Os últimos, segundo, *Enterría* e *Fernández* seriam proscritos em razão do capitulado no artigo 4º da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* a que se fez referência.

<sup>48</sup> Cf. GORDILLO, Agustín A. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, p. V-42.

<sup>49</sup> Cf. GORDILLO, Agustín A. *Tratado de Derecho Administrativo*, p. V-47.

<sup>50</sup> Cf. ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, v. I, p. 198.

<sup>51</sup> Prescreve o artigo 4º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948: “*ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o trato dos escravos, sob todas as formas, são proibidos*”.

<sup>52</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, pp. 151-152.

<sup>53</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, pp. 151-152.

Esta distinção é relevante, posto que nos países que a admitem, nos casos dos *regulamentos jurídicos*, o *poder regulamentar* e a *discricionariedade* seriam “menores” por dizerem respeito à liberdade e ao direito dos particulares em geral. Nos *regulamentos administrativos* ou de *organização* ocorreria o contrário, em razão da situação de “*sujeição especial*” do cidadão, engatado à um título jurídico que diz respeito à “*organização administrativa*” ou à “*forma de prestação*” de um serviço (público).

Face destas distinções, *Maria Sylvia Zanella Di Pietro* conclui que os *regulamentos jurídicos* seriam “*necessariamente complementares à lei*”, enquanto os *regulamentos administrativos* ou de *organização* poderiam “*ser baixados com maior liberdade*”. Destarte, finaliza seu pensamento afirmando que nos sistemas jurídicos que admitem esta distinção, os *regulamentos independentes* ou *autônomos* só poderiam existir “*em matéria organizativa ou de sujeição; nunca nas relações de supremacia geral*”<sup>54</sup>.

### 3.1.1 O princípio da reserva de lei

Confrontando a atividade regulamentar com o princípio da legalidade, ocorre uma questão de extrema relevância: o princípio da *reserva de lei* seria impeditivo ou seria permissivo à existência de uma margem para a atividade regulamentar independente?

Antes de se tentar responder à questão formulada, vale lembrar, que dentre nós, *José Afonso da Silva* sustenta haver divisão do *princípio da legalidade* em dois princípios distintos: o da *prevalência da lei* e o da *reserva de lei*<sup>55</sup>.

O princípio da *prevalência da lei* consistiria na exigência de respeito a seus mandamentos e à vedação do desrespeito a seus comandos. O princípio da *reserva de lei*, por seu turno, concerne a um conjunto de matérias constitucionalmente definidas que devem ser reguladas exclusivamente por lei, tida em seu sentido material e originada do órgão constitucional competente para editá-la, ainda que este órgão receba dita competência por delegação, que também deve ser constitucional. “*Através do conceito da reserva de lei pretende-se delimitar um conjunto de matérias ou âmbitos matérias que devem ser regulados por lei. Esta reserva de matérias para a lei significa, logicamente, que elas não devem ser reguladas por normas jurídicas provenientes de outras fontes diversas da lei, p. ex. regulamentos. Existe reserva de lei sempre que a constituição prescreve que o regime jurídico de determinada matéria seja regulado por lei e só por lei, com exclusão de outras fontes normativas. A esta dimensão da reserva de lei acrescenta-se outra – a de que o Poder Executivo carece de um fundamento legal para desenvolver as suas atividades (reserva de lei como teoria da dependência do Executivo perante o Legislativo)*”.

Outrossim, adverte o autor que a “*reserva de lei não deve divorciar-se das estruturas constitucionais concretas de cada país, pois ela coloca problemas de delimitação de*

<sup>54</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, pp. 151-152

<sup>55</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, pp. 123-125.

competências que só em face dos ordenamentos constitucionais positivos podem ser esclarecidos. É diferente, assim, a problemática da reserva de lei em um sistema constitucional de competências como o português, em que o Governo também possui poderes legislativos originários, e a problemática da reserva de lei numa ordem constitucional de competências em que o Executivo só dispõe de poderes legislativos quando autorizado pelo Parlamento. Não se pode esquecer que a reserva de lei depende da própria compreensão da ordenação de competências dentro dos arranjos organizatórios do poder político. Na realidade, a reserva de lei assume contornos diversos num sistema influenciado pela idéia de *checks and balances* como o norte-americano ou num esquema de divisão de poderes (executivo, legislativo e judiciário) como, por exemplo, o alemão<sup>56</sup>.

Canotilho considera o princípio da reserva de lei como “dimensão ineliminável do princípio da legalidade”. Indica-lhe, outrossim, dois elementos que importam na sua significação: “reservar para a lei a regulamentação primária e essencial de determinadas matérias (reserva de lei em sentido estrito)” e “fazer preceder de uma lei habilitante (precedência da lei)”. O festejado jurista de Coimbra vislumbra, também, o retorno do princípio da legalidade típico do Estado Administrativo, que “exige apenas a observância do princípio da prevalência da lei e da reserva da lei nos casos em que ela é constitucionalmente imposta. Para além disto, seria a própria constituição a legitimar o governo como pólo normativo autônomo ao caracterizá-lo, simultaneamente, como órgão com poderes normativos e com poderes de direção política”<sup>57</sup>.

Há quem, todavia, discorde da rigidez do arquétipo estruturado na idéia de que é a Constituição, como lei fundante e que se encontra no ápice de uma estrutura hierarquizada quem deferirá a potestade regulamentar de forma explícita. Eros Grau ao representar esta corrente, sustenta, com a peculiar maestria que “há visível distinção entre as seguintes situações: vinculação da Administração às definições da lei; vinculação da Administração às definições decorrentes, isto é, fixadas em virtude dela – de lei. No primeiro caso estamos diante da reserva de lei; no segundo, em face da reserva da norma (norma que pode tanto ser legal quanto regulamentar, ou regimental). Na segunda situação, ainda quando as definições em pauta se operem em atos normativos não da espécie legislativa – mas decorrentes de previsão implícita ou explícita em atos legislativos contida -, o princípio estará sendo devidamente acatado. No acaso, o princípio da legalidade expressa reserva da lei em termos relativos (= reserva da norma), razão pela qual, no exercício não impede a atribuição explícita ou implícita ao Executivo para, no exercício da função normativa, definir obrigação de fazer ou de não fazer que se imponha aos particulares – e os vincule”.

Sem embargo do cabedal de quem faz a sustentação, continuamos nos posicionando com *Bobbio*<sup>58</sup>, especialmente no que tange a excerto de sua obra. Ao tecer

<sup>56</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 718.

<sup>57</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 834.

<sup>58</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *Studi per una Teoria Generale Del Diritto*. Torino, Giappichelli, 1970, pp. 79/93.

monumentais considerações entre o paralelismo existente entre a justificação do poder e a justificação da norma jurídica, parece não se surpreender com a afirmação da teoria de *Kelsen*, a qual considera o *poder* e o *direito* como faces distintas da mesma moeda. Vai mesmo além e acrescenta que a justificação de um e de outro instituto se encontra a partir do prisma que se dê ao enfoque, ao afirmar de modo peremptório que “*o poder nasce da norma e produz norma; a norma nasce do poder e produz outros poderes. Um ordenamento jurídico na sua estrutura hierárquica pode ser visto como uma sucessão de normas se o considerarmos de baixo para o alto, isto é, do ponto de vista dos consociados nas suas mesmas aparências de governantes. Como uma sucessão de poderes, consideramos do alto para baixo, isto é, do ponto de vista dos mesmos consociados na aparência de governantes. Mas o ordenamento jurídico é considerado no seu complexo, um entrelaçado de normas que produzem poderes que produzem normas, e de normas que por sua vez dão vida a novos poderes. A teoria normativa do direito, na sua formulação mais divulgada, que é aquela kelseniana, deixa sombra em outra face da moeda, aquela do poder*”. O autor, ainda conclui o adágio afirmando que na *norma fundamental* é que se vai determinar, pelo ordenamento jurídico, o poder – a *summa potestas* – fazendo ver que, além de um “*poder último*”, com o qual se prendem as doutrinas tradicionais, existe ainda uma “*norma última*” que lhe serve de fundamento, razão pela qual uma norma, e não um poder, seria o fundamento originário da legitimidade. “*A norma fundamental é pura e simplesmente o teto que faltava, ou se acreditava faltar, ao edifício de um sistema normativo*”.

### 3.1.1.1 Reserva de lei e “reserva de administração”

O direito público da atualidade aponta para a necessidade de se estabelecer os limites da chamada *reserva de lei*. *Canotilho*<sup>59</sup>, discorrendo sobre a realidade constitucional portuguesa, fala em dois problemas que freqüentemente são levantados quando o tema em debate se apresenta; “*saber se à reserva de lei se contrapõe uma regra de administração constitucionalmente garantida*” e “*saber se existe uma reserva de governo contraposta à reserva de lei*”. No entanto, antes mesmo de adentrar ao mérito das discussões que propõe, destaca que “*não há qualquer norma constitucional que vede à lei poder disciplinar determinadas matérias (reserva dita material) ou regular qualquer matéria de determinado modo (reserva estrutural)*”.

A *reserva de administração* é entendida pelo renomado publicista como sendo “*um núcleo funcional da administração ‘resistente’ à lei, ou seja, um domínio reservado à administração contra ingerências do Parlamento*”, que, entretanto, até hoje, não teve precisada seu conteúdo específico. Estas *reservas de administração* – termo que a doutrina considera mais apropriado – são caracterizadas como “*reservas residuais, o que exclui, desde logo, a existência de um núcleo material firme, semelhante e contraposto à reserva de lei*”. Assim é que as principais “*reservas de administração*” poderiam carac-

<sup>59</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 733.

terizar-se em “*reserva de administração autônoma, reserva de execução, reserva de poder de organização e reserva de normação do poder executivo*”.

As primeiras (*reserva de administração autônoma*) são típicas de Estados unitários como o português e vêm previstas de forma expressa na Constituição lusa. Como exemplo, faz-se referência à situação dos *entes de administração local*<sup>60</sup> e ao regime estatutário das Universidades – estas reservas “*devem obediência ao princípio da legalidade (preferência da lei), mas à lei está vedado aniquilar os espaços normativos específicos das unidades autônomas*”<sup>61</sup>.

A *reserva de poder de execução das leis* não permite ao Executivo impor ao legislador uma “*contenção quanto ao desenvolvimento e densidade de regulação das leis*”. Nesta tarefa “*conformadora*”, a Administração “*reservará para si os atos concretos de execução fixados por lei*”<sup>62</sup>.

O terceiro gênero apontado por Canotilho das *reservas da Administração* são as que ele designou *reservas do poder de organização*, que é relativa à organização e funcionamento do Governo. Esta *reserva*, conhecida como “*reserva de decreto-lei*”, deve ter “*título habilitante num ato normativo legislativo*” e concerne à competência para a “*criação, modificação e extinção de estruturas subjetivas e orgânicas da administração*”<sup>63</sup>.

Por derradeiro, a *reserva de regulamentos autônomos* remete a indagação acerca de saber se o Poder Executivo tem ou não “*constitucionalmente garantido um poder originário de regulamentação que lhe permite emanar normas jurídicas com efeitos externos – regulamentos jurídicos – sem necessidade de autorização de qualquer lei formal prévia ou anterior*”. Quanto a este assunto, o autor é peremptório em afirmar que “*a existência de um poder de regulamentação originariamente fundado na constituição – mesmo a admitir-se – não significa a existência de um domínio material reservado aos regulamentos. Trata-se de uma competência residual dependente da própria intervenção legal*”<sup>64</sup>.

## 4. As agências reguladoras e sua função regulatória

### 4.1 As agências nos Estados Unidos da América

A origem das *entidades reguladoras autônomas* localiza-se nos Estados Unidos da América. A sua criação “*deveu-se ao compromisso de, de um lado, ter de haver*

<sup>60</sup> “O conceito de administração autônoma consolidou-se na teorização jurídico-constitucional e jurídico-administrativa mais recente para significar uma categoria de entes coletivos públicos que visam ser expressão direta de comunidades territoriais ou de outras comunidades ou formações sociais (por exemplo, corporações profissionais) dotadas de interesse próprio e distintos dos interesses prosseguidos pelo Estado”. Cf. MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. *Autoridades Reguladoras Independentes*, p. 31.

<sup>61</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 734.

<sup>62</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 735.

<sup>63</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 735.

<sup>64</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 735-736.

*regulação e, por outro lado, dever-se manter a economia livre a ingerência do Governo*". Por meio do modelo das *agências*, possibilitou-se a *regulação* sem que se a relação de economia se contaminasse pelo componente político da ação governamental.

Não obstante, o desenvolvimento do modelo em epígrafe está intimamente entrelaçado com o sistema constitucional norte-americano. Nos Estados Unidos da América, com exclusão dos três poderes (Tribunais, Congresso e Presidência da República) "*todas as demais autoridades públicas constituem agências*"<sup>65</sup>, na forma do disposto pelo *Administrative Procedure Act* (Lei de Procedimento Administrativo) de 1946. A despeito de existirem na mais variada forma, a classificação mais antiga as designava, no singular, em *regulatory agency* e *non regulatory agency*, conforme tivessem ou não poderes normativos delegados pelo Congresso. As normas baixadas pela primeira categoria de *agências* (*regulatory agencies*) afetam os direitos, liberdades e atividades econômicas dos particulares, ao passo que a atividade da segunda categoria (*non regulatory agencies*) seria a de "*prestar serviços sociais*".

Sem embargo de outras classificações existirem para o fim de distinguir o papel das *agências* (*executive agencies* e *independent regulatory agencies or commissions*), o fato é que elas exercem funções quase-legislativas e quase-judiciais, como se disse, por delegação do Congresso.

*Vital Moreira e Fernanda Maçãs*<sup>66</sup> aludem ao fato de que, agregado a esta situação, ocorre que nos Estados Unidos da América notada "*separação e tensão*" entre o Congresso e a Presidência da República. Considerando, então, "*a tradicional desconfiança do Congresso em relação ao Presidente, e para evitar que este acumulasse prerrogativas suscetíveis de afetarem o equilíbrio de poderes, o Congresso votou-se à criação de autoridades administrativas não sujeitas ao controle do Presidente, enquanto chefe do Executivo*".

O fenômeno da *agencificação* ganhou magnitude a partir da década de 1930, especialmente após a adoção da política do *New Deal* levada a efeito pelo então Presidente *Franklin Delano Roosevelt*, cujas reformas empreendidas tiveram por mote a "*ampla intervenção do poder público na ordem econômica e social*". Observou-se necessário a aprovação de leis que continham "*amplas cláusulas de delegação de competências, repletas de fórmulas vagas e conceitos jurídicos indeterminados, que permitissem aos correspondentes órgãos administrativos articular as fórmulas concretas de intervenção e ir adaptando-as às cambiantes condições de mercado*"<sup>67</sup>.

Isto se fez mediante a criação de *agências independentes* às quais se delegou *competências regulatórias*, resultando desta situação *uma quantidade imensa de regula-*

<sup>65</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 143 e segs.

<sup>66</sup> Cf. MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. *Autoridades Reguladoras Independentes*, p. 17.

<sup>67</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 145.

mentos, coisa que restou justificada pelo grau de especialização e da neutralidade política das referidas agências, o que se acreditava essencial numa economia de cunho liberal que, entretanto, demandava intervenção estatal.

Reconhecia-se às agências alto grau de *discrecionariade técnica* - em razão de sua *notória especialização* - que era exercitada por dirigentes aos quais se deferia independência em relação ao Presidente da República. Aqueles (dirigentes) só poderiam destituídos do cargo nos casos previstos em lei, vez que sua investidura era, como ainda é, a termo fixo. Mesmo o Congresso, “à exceção do *Impeachment*”, não tem o poder de remover os oficiais das agências, conforme restou decidido no caso *Bowsher vs. Synar*, de 1986<sup>68</sup>.

Com a edição do *Administrative Procedure Act* em 1946, observou-se uniformização quanto aos procedimentos das agências, aumentando-se a garantia dos administrados que passaram, a partir de então, a se submeter a dois tipos de procedimentos distintos: o *rulemaking* (normas gerais baixadas pelas agências) e a *adjudication* (prática de atos individuais que a agência pratica no uso de suas atribuições). O primeiro tem relação com o instituto da *regulamentação* e encerra a idéia de delegação de poder legislativo; o segundo concerne à idéia de solução de conflitos particulares determinados e remete ao conceito de *delegação de jurisdição*, sem embargo de esta atividade não esgotar o exercício desta competência, que pode designar a expedição de regras particularizadas àqueles afetos às atribuições de determinada agência. Aliás, quanto ao assunto (*adjudication*), a doutrina<sup>69</sup> costuma chamar a atenção para a *confusão* que se pode formar para efeito de defini-la (assim como quanto à escolha que as agências podem fazer entre a *rulemaking* e a *adjudication*).

Tanto o *rulemaking* quanto a *adjudication* podem ser *formais* ou *informais* e pressupõem sua estruturação nos princípios da *transparência, informação e participação do cidadão*; justamente em virtude destas características, quanto ao aspecto extrínseco da legalidade, podiam ser apreciados pelo Poder Judiciário<sup>70</sup>. Contudo, não obstante haver prescrição expressa no *Administrative Procedure Act* (par. 553 e 554) quanto ao procedimento que as agências devem adotar, é de se ressaltar que elas podem proceder “*do jeito que desejarem*”<sup>71</sup> sem que as Cortes Judiciais interfiram na escolha. Este entendimento decorreu de julgado da Suprema Corte (*Securities and Exchange Commission vs. Chenery Corporation*, de 1947), que estabeleceu que a escolha para lidar com o problema da *promulgação de uma regra geral (rulemaking)* ou pela edição de uma *adjudication*, por assim dizer (regra individual); em cada caso, a escolha por um ou outro instituto “*repousa primariamente na informal discrecionariade da agência administrativa*”.

<sup>68</sup> Cf. GELLHORN, Ernest; LEVIN, Ronald M. *Administrative Law and Process*. Saint Paul, West Group, 1997, p. 59.

<sup>69</sup> Cf. CANN, Steven J. *Administrative Law*. Thousand Oaks, Sage Publications, 2002, p. 286.

<sup>70</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 146.

<sup>71</sup> Cf. CANN, Steven J. *Administrative Law*, p. 286.

Quanto à delegação de poder jurisdicional, *Ernest Gellhorn* e *Ronald M. Levin*<sup>72</sup>, ao mesmo tempo em que advertem quanto aos *estrictos mandamentos* do artigo III da Constituição norte-americana, que consagra a regra da unicidade de jurisdição, exercitada por juízes com “*vitaliciedade no cargo e proteção salarial*”, admitem que determinadas questões de interesse público podem ser “*resolvidas*” no plano da “*arbitragem*” das agências, desde que haja prévia “*delegação de poder judicial*” à agência competente em razão da matéria – o *poder de julgar (adjudication)* controversas entre litigantes particulares é decantado em diversos precedentes judiciais que acolhem a viabilidade da situação colacionada (*leading case, Crowell vs. Benson – 1932* – que permitiu a uma agência resolver sobre compensações trabalhistas reclamadas por trabalhadores marítimos), por exemplo.

Sustentam os autores citados ser mesmo “*necessária*” a delegação em tela para “*fazer efetivo o sistema regulatório, não havendo, desta forma, razão para invalidar a mínima transferência de jurisdição, na forma do artigo III da Constituição*”<sup>73</sup>.

Além do suposto óbice do referido artigo III, nos Estados Unidos da América observou-se discussão interessante acerca do prescrito pela VII Emenda à Constituição, que prescreve: “*em ações judiciais perante o common law, onde o valor da controvérsia exceder a vinte dólares, o direito de julgamento pelo júri deve ser preservado, e nenhum fato julgado pelo júri, poderá ser de alguma maneira reexaminado por nenhuma outra Corte do Estados Unidos de acordo com as regras do Common Law*”.

Nos fins dos anos 1930, o então *novel National Labor Relations Board* considerou a empresa *Jones & Laughlin Steel Corporation* culpada de práticas laborativas injustas em razão de ter dispensado empregados que participaram de tiroteio ocorrido no respectivo sindicato. A *agência* determinou a readmissão dos empregados, reconhecendo seus direitos aos salários passados. Tendo o caso sido levado ao conhecimento da Suprema Corte, diversas discussões acerca da aplicação da VII Emenda foram travadas, especialmente no que tange ao fato da inafastabilidade do julgamento pelo júri de questões relativas a condenações em dinheiro. Também se discutiu que a VII Emenda seria aplicável nos casos em que se invocasse o *Common Law* da data de sua edição (1791), não se prestando a atingir situações reguladas por leis (*statutes*) posteriores. Entretanto, o que restou solidificado, a partir do precedente, foi o entendimento de que no caso em julgamento, “*o direito estatutário seria melhor (preferivelmente) executado em uma agência do que numa Corte*”<sup>74</sup>. No caso em epígrafe, a Suprema Corte declarou: *o mero cumprimento da proposição da sétima emenda é geralmente inaplicável em procedimentos administrativos, onde os julgamentos do júri seriam incompatíveis com todo o conceito de decisões administrativas (administrative adjudications).*

<sup>72</sup> Cf. GELLHORN, Ernest; LEVIN, Ronald M. *Administrative Law and Process*, p. 28.

<sup>73</sup> Cf. GELLHORN, Ernest; LEVIN, Ronald M. *Administrative Law and Process*, p. 29.

<sup>74</sup> Cf. AMAN JR., Alfred C.; MATON, William T. *Administrative Law*. Saint Paul, West Group, 2001, p. 136-139.

Não obstante, as decisões das agências podem ser rediscutidas perante o Poder Judiciário. É fato, outrossim, que em determinadas situações esse poder de revisão é mitigado por impedimentos dirigidos à regra do *judicial control* (este sistema é o conhecido por *sistema de jurisdição una*, pelo qual qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito não pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário). Neste diapasão, encontramos na melhor doutrina de *Steven J. Cann*<sup>75</sup> algumas exceções ao controle do Poder Judiciário consagrados pela jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. Dentre algumas daquelas exceções, cita o autor, a “*deferência à discricionariedade técnica*”, muito mais apropriada às agências do que aos juizes (como exemplo, faz menção ao fato de as Cortes, juizes, operadores de direito e jurados, não serem particularmente indicados a resolver conflitos concernentes à otimização de partículas de benzeno no ar do ambiente laboral, como também não o seriam para avaliar questões técnicas quanto ao incremento de *pesquisas embrionárias* ou alterações genéticas em alimentos alterados, dentre outras tantas questões), pelo fato de “*o campo do direito administrativo possuir muitos outros critérios fronteiriços a serem encontrados em outros ramos do conhecimento, que não a ciência jurídica*”.

A chamada *incerteza científica* também restou consagrada para servir de base da delegação de poder jurisdicional às agências, de modo a inibir em grande parte a possibilidade de revisão pelo Poder Judiciário. No caso *Ethyl Corporate vs. E.P.A* de 1976 (ato da agência que determinou a redução de aditivos na gasolina), o *Juiz Bazelon* aduziu que a “*revisão judicial dos fatos deve ser extremamente restringida, porque revisão substantiva de evidências matemáticas e científicas por juizes tecnicamente iletrados é perigosamente indigna de confiança*”<sup>76</sup>. No mesmo caso, o *Juiz Wright* concluiu que “*onde um estatuto (poder delegado de legislar) é precavido por natureza, a prova é de difícil manufatura, incerta ou conflitante porque está na fronteira do conhecimento tecnológico ... e a decisão de um perito administrador não demandará comprovação rigorosa passo a passo entre causa e efeito*”<sup>77</sup>.

Ainda que haja a possibilidade de se levar ao conhecimento do Poder Judiciário as decisões das agências – advertem-nos *Alfred C. Aman Jr.* e *Willian T. Maton*<sup>78</sup> – que na prática, os remédios conhecidos perderam espaço em face da jurisprudência que se formou quanto ao assunto. Assim é que o *writ of certiorari* perdeu espaço para o *writ of mandamus* como forma de revisão da ação das agências, limitando as possibilidades de seu uso em razão de suas finalidades específicas. *Celso Agrícola Barbi* define o *writ of certiorari* como o remédio judicial extraordinário de modo a constituir-se naquele “*utilizado para a revisão de atos da Administração de natureza quase-judicial (...) sua finalidade não é proibir, mas sim anular decisões das autoridades inferiores (...)*”, ao passo

<sup>75</sup> Cf. CANN, Steven J. *Administrative Law*, p. 115.

<sup>76</sup> Cf. GELLHORN, Ernest; LEVIN, Ronald M. *Administrative Law and Process*, p. 111.

<sup>77</sup> Cf. GELLHORN, Ernest; LEVIN, Ronald M. *Administrative Law and Process*, p. 111-112.

<sup>78</sup> Cf. AMAN JR., Alfred C.; MATON, Willian T. *Administrative Law*, p. 338 e segs.

que o *writ of mandamus* é aquele utilizado “para compelir o funcionário à prática de ato do seu ofício, nos casos em que o servidor não tem poder discricionário (...)”<sup>79</sup>.

A respeito, é de se ressaltar, que as limitações impostas no *common law* norte-americano à revisão das decisões quase-judiciais das agências, praticamente força a extração da ilação de que se consagrou naquele país a chamada coisa julgada administrativa, ou que as agências exercitam verdadeira atividade de justiça administrativa, nos moldes de dualidade de jurisdição de concepção francesa. Todavia, esta assertiva não é verdadeira. Primeiro porque é fato que a justiça ordinária nos Estados Unidos da América pode, ainda que com limitações, rever as decisões das agências. Isto se opera, por ato do particular, em caso de omissão, pelo uso do *writ of mandamus*, amplamente aceito pela jurisprudência da Suprema Corte, ou, no caso contrário, de ação de qualquer das agências, em sede de defesa oponível perante o órgão de jurisdição monopolizada. Esta solução nos é dada por *Alfred C. Aman Jr. e Willian T. Maton*<sup>80</sup>, que sustentam que “um indivíduo com interesse em oposição à decisão da agência, não precisa iniciar uma ação legal. Ao contrário, pode agir contrariamente à posição da agência, e assim, esperar uma ação judicial desta contra ele” oportunidade em que levaria às Cortes a discussão acerca da matéria administrativa”.

Mesmo ao se considerar que no mecanismo da ação quase-judicial das agências norte-americanas é possível observar-se espaço para a chamada *preclusion of review*, derivada da discricionariedade técnica que lhe atribui o ordenamento na busca da concretização da eficiência na prestação de serviços de natureza pública, no que tange à legalidade de suas ações, máxime em face da consagração dos *civil wrights*, o *judicial review*, ainda que mitigado, é sempre possível, o que afasta este sistema daquele denominado de *dualidade de jurisdição*.

Aliás, ainda que a *ajudication* possa representar exercício de *legislação delegada*, em razão da generalidade e da abstração que tipificam a *lei formal*, é certo que a *rulemaking* parece configurar a *regulação* com maior excelência.

Entretanto, vale, ainda, esclarecer que a *rulemaking* (regulação) não se confunde com o *rule of law* (regra de direito). Consoante doutrinou *John Locke*, a “*liberdade governada consiste no estabelecimento de regras sob as quais se vive, comuns a todos numa sociedade*”<sup>81</sup>. A vida em sociedade impõe uma série de limitações aos indivíduos. Estas limitações decorrem da Constituição e de outras regras jurídicas; a principal função em estabelecer estas restrições pertence ao *Congresso*, que ao delegar função legislativa às agências tem promulgado medidas dirigidas a garantir que as agências se utilizem daquele poder considerando os valores próprios e coerentes da *rule of law* - coerentes com a idéia de regras estabelecidas e conhecidas pelo povo.

<sup>79</sup> Cf. BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. Rio de Janeiro, Forense, 1987, pp. 39 e segs.

<sup>80</sup> Cf. AMAN JR., Alfred; MATON, Willian T. *Administrative Law*, p. 349.

<sup>81</sup> Cf. LOCKE, John. *Apud* AMAN JR., Alfred C.; MATON, Willian T. *Administrative Law*, p. 65.

Há consolidação dos *três poderes* (executivo, legislativo e judiciário) nas agências e em razão disto, “a publicação das regras formais por ela designadas é desnecessária”; esta formalidade seria necessária quando um corpo legislativo opera numa estrutura de *separação de poderes* – neste caso ele não pode implementar, sozinho, o direito que produz. Necessita, para tanto, dos *braços* do executivo e do judiciário para o cumprimento desta tarefa. Destarte, a “*legislatura necessita publicar suas leis na forma canônica de um estatuto*”, porque esta *publicação formal* é essencial para a ordenação dos outros órgãos constitucionais acerca das condutas que eles deveriam observar<sup>82</sup>.

A agência, em razão da concentração de atribuições e em razão do fato de não depender de *corpos* processantes e judiciais independentes, “*não precisa comunicar seus desejos por meio de indicação formal de lei*”<sup>83</sup> – a agência “*informalmente sugere a trajetória da regência*” por meio de um *comunicado*, que a despeito de informal é efetivo e pronto (acabado) para auto-executar dita sugestão por processo administrativo próprio.

As exceções estatutárias do *rulemaking* concernem à participação dos interessados no processo de formulação das regras – estas pessoas (partes interessadas), são *incentivadas* a fazê-lo, porque comumente trazem *informações úteis* à regra proposta de modo a formular *uma crítica análise* sobre a mesma.

*As regras procedimentais isentam as regras de organização das agências, procedimento ou práticas* que, entretanto, não podem alterar direitos e interesses.

Pelo exposto, pode-se afirmar com segurança, inclusive sustentando-se na melhor doutrina de *Vital Moreira* e *Fernanda Maçãs*<sup>84</sup> que “*a independência é a característica essencial, o traço que permite distinguir estas entidades em relação às outras estruturas administrativas e pode ser entendida num sentido orgânico (estrutural) e num sentido funcional (quanto à atividade). De um ponto de vista orgânico, a independência avalia-se em especial pela composição, modo de designação dos titulares de seus órgãos, regras relativas ao mandato e regime de incompatibilidades. A independência consiste essencialmente no fato de os titulares não poderem ser destituídos pelo Governo antes de terminado o seu mandato*”.

Além da independência, outros atributos qualificam a *regulação das agências* e serviram de mote à adoção do modelo até em países com forte tradição publicista, como é o caso da França. Assim é que *Marais*<sup>85</sup> aponta como elementos complementares da *independência das autoridades reguladoras*, a “*imparcialidade*”, a “*gestão do*

<sup>82</sup> Cf. AMAN JR., Alfred C.; MATON, Willian T. *Administrative Law*, p. 76.

<sup>83</sup> Cf. AMAN JR., Alfred C.; MATON, Willian T. *Administrative Law*, p. 76.

<sup>84</sup> Cf. MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. *Autoridades Reguladoras Independentes*, p. 25.

<sup>85</sup> Cf. MARAIS, Bertrand. *Droit Public de la Régulation Économique*. Paris, Dalloz, 2004, pp. 518-547.

*poder discricionário*”, o “*controle dos serviços públicos pelos usuários*”, e o “*direito ao processo equânime*”.

## 4.2 As agências reguladoras no direito brasileiro

Em razão do forte – e inevitável – movimento de *globalização da economia*, o Brasil, a exemplo de diversos países cujo direito lança bases nas tradições *romano-germânicas* e que possuem estrutura constitucional diferenciada daqueles Estados que se submetem às regras do *common law*, viu-se obrigado, sobretudo pelas contingências já debatidas de esgotamento de sua capacidade financeira, a experimentar sensíveis modificações em suas tradições gerenciais dos interesses públicos, nomeadamente no que tange à prestação de serviços públicos e à intervenção na economia privada por intermédio do uso do poder de polícia administrativo.

Desta forma, não pôde fugir dos imperativos da *ordem internacional de abertura de mercado* e de adoção do modelo *neoliberal* de gestão dos interesses da sociedade. Sobrou-lhe, até porque outra alternativa não havia, a importação de diversos institutos jurídicos estranhos à sua ordem jurídica estabelecida que parecem não se adaptar bem ao arquétipo de suas construções fundamentais.

Dentre estes institutos que tiveram de ser absorvidos, encontram-se as *agências reguladoras*. Não obstante, outrossim, o modelo que serviu de inspiração ter sido “*profundamente alterado no próprio país de origem*”, visto que nos Estados Unidos da América as funções reguladoras de suas *agências* foram “*sensivelmente reduzidas pela interferência crescente dos três Poderes do Estado*”<sup>86</sup>, é fato que se procedendo a algumas adaptações de ordem jurídico-constitucional, referido modelo pode ser utilizado em nosso país.

Máxime porque, dentre nós, as *agências reguladoras* foram instituídas sob a roupagem de *autarquias* que se sujeitam a regime especial.

A ordem jurídica brasileira tem por tradição o permissivo da *especialidade de função* como forma de aceitar que a *função administrativa* seja exercitada por pessoas criadas para esse fim e que integram a chamada *Administração Pública indireta*. Dentre estas *pessoas*, as mais peculiares são as *autarquias*, que sobejam nas estruturas administrativas pátrias desde há muito tempo. O exercício de atividades de *fiscalização, repressão e punição* - no campo de atuação do Estado quando no exercício da função administrativa, deixe-se bem claro -, são peculiares àquelas pessoas administrativas e podem ser exercitadas por entes que integram a Administração brasileira, direta ou indireta, sem maiores oposições, visto que estas atividades lhes são típicas.

<sup>86</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 155.

Parte da doutrina brasileira<sup>87</sup>, que entende a função regulatória no duplo aspecto – *concessão de serviço público e intervenção na economia priva pelo exercício do poder de polícia administrativo* –, vislumbra a existência de dois tipos de agências reguladoras no direito pátrio: as que *controlam as atividades que constituem objeto de concessão, permissão e autorização de serviço público* e as que *exercem típico poder de polícia com a imposição de limitações administrativas, previstas em lei* (tais como a fiscalização e a repressão de atividades privadas).

Quanto ao regime das segundas, muito assemelhado ao de entidades que já eram conhecidas no direito nacional, *ex vi*, o *Banco Central*, a *Secretaria da Receita Federal*, o “*Cade*” e outras mais antigas, como o *Instituto Nacional do Açúcar e do Alcool*, de 1933, o *Instituto Nacional do Mate*, de 1938 e o *Instituto Nacional do Sal*, de 1940, não se observa maior novidade. Inovação, entretanto, é sentida em relação às primeiras, que assumem o papel antes conferido à Administração direta.

Novas dúvidas também começam a surgir quando se coteja o exercício das funções desempenhadas pelas *agências reguladoras* norte-americanas com nossa realidade.

Conforme se demonstrou, as *agências reguladoras* nos Estados Unidos da América agem por delegação constitucional e exercem, com certa independência, além da função administrativa, o que o direito norte-americano chama de *função quase-legislativa* e *função quase-judicial*. A primeira (*função quase-legislativa*) decorre da possibilidade de emanarem normas que afetam a esfera de direitos dos particulares; esta situação, aliás, justifica a alcunha de *ente regulador*. A segunda (*função quase-judicial*) existe porque as *agências reguladoras* do direito norte-americano resolvem litígios no âmbito de competência das atividades por elas controladas; estes litígios podem envolver as pessoas que exercem função de interesse público, os delegatários de serviço público, como também os usuários dos serviços em suas relações para com os respectivos prestadores.

No direito brasileiro, esta *independência* das agências reguladoras deve ser entendida com certos temperamentos, de modo a que se possa adaptar seu modelo ao arcabouço constitucional estabelecido em nossas terras.

Assim é que se há a *independência* que as tipificam e diferenciam, esta só se manifesta em relação ao Poder Executivo e nos estritos termos fixados nas respectivas leis instituidoras. Como *autarquias de regime especial* que são, seus atos e decisões não podem ser revistos ou alterados pelo Executivo, sendo certo, outrossim, que o maior traço de independência se apresenta pela *estabilidade* que se confere a seus dirigentes, que se não exercem *mandato*, têm *investidura a termo fixo*, não podendo ser destituídos senão pela ocorrência de circunstâncias tais que se lhes impute responsabilidade

---

<sup>87</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 403.

funcional ou política, e ainda assim, após a observância de devido processo onde se garanta o exercício do direito de ampla defesa e obediência ao contraditório e a outros princípios igualmente importantes aplicáveis à ocorrência análogas à descrita.

Sem embargo desta situação, comungamos da opinião de *Maria Sylvia Zanella Di Pietro*<sup>88</sup> de que as *agências reguladoras brasileiras* continuam sendo *autarquias sob regime especial*. Destarte, sujeitam-se, em matéria administrativa, à tutela ou controle do Ministério ao qual se vinculam, por força do que dispõe o artigo 87, inciso II, da Constituição Federal; Também não escapam do controle do Congresso Nacional, na forma do preceito do artigo 49, inciso X, e da direção superior da Administração Federal de competência do Presidente da República, prevista no artigo 84, inciso II, ambos, também, da Constituição Federal.

No Brasil, o disposto pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que consagra o princípio da *inafastabilidade e da unicidade da jurisdição*, impede o reconhecimento de que as *agências reguladoras* possam exercer função judicial ou assemelhada. Assim, suas decisões não extrapolam a esfera administrativa e podem ser sindicadas, na integralidade, em sede de revisão, em juízo.

Em razão do princípio da legalidade, consagrado na regra do inciso II do mencionado artigo 5º da Constituição, também não dispõem as *agências de independência* em relação ao Poder Legislativo, “*tendo em vista que seus atos não podem conflitar com as normas constitucionais e legais*”<sup>89</sup>. Afora esta situação de extrema relevância, além do controle já mencionado e previsto pelo artigo 49, inciso X, da Constituição Federal, também estão as *agências reguladoras* sujeitas ao controle que Congresso Nacional realiza pela fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial previstas nos artigos 70 e seguintes da *Lei Maior*, mediante o auxílio dos Tribunais de Contas.

#### 4.2.1 A função reguladora das agências brasileiras

Esta é a questão que mais divergências vem suscitando no meio jurídico pátrio. A *função reguladora das agências brasileiras* – exatamente a que justifica sua nomeação – vem sendo outorgada de forma “*muito semelhante à delegada às agências reguladoras do direito norte-americano*”, ou seja, se está atribuindo aos dois tipos de *agências brasileiras* a potestade de editar normas que interferem na esfera de direitos dos particulares, a partir de uma lei padrão, denominada *lei-quadro*<sup>90</sup>, que estabelece *standarts*, parâmetros

<sup>88</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 406.

<sup>89</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 405.

<sup>90</sup> A expressão, no direito brasileiro, é recorrente à explicitação das denominadas *leis nacionais*. Estas são as que contêm um mínimo indispensável ao cumprimento de seus preceitos fundamentais, abrindo espaço para que o legislador possa abordar aspectos diferentes, diversificados, sem desrespeito a seus comandos genéricos básicos. Desta forma é comum em nossa doutrina fazer-se referência a julgado do Supremo Tribunal Federal (ADin 927-RS) na qual o Relator, Ministro *Carlos Velloso*, estabelece que a *lei nacional* será “*a moldura do quadro a ser pintado*” posteriormente. Estas afirmações cabem para explicitar o fenômeno sob o prisma da atividade regulatória das *agências brasileiras*.

gerais cujos conceitos jurídicos prescritos, em razão de sua indeterminação, têm de ser complementados posteriormente por quem possuir a atribuição legal de fazê-lo.

Nesse sentido, a grande indagação que se faz é acerca da tentativa de se estabelecer se na ordem constitucional positiva brasileira as *agências reguladoras* possuem dita atribuição, de *pintar o quadro*, cuja *moldura* foi concebida pela norma de característica especial.

Em outras palavras, o que de fato se perquire é saber qual é o fundamento jurídico para a verdadeira *delegação* que se outorga às *agências reguladoras* brasileiras para que exerçam essa função normativa.

Há quem confunda, deliberadamente ou não, a *função normativa* exercitada pelas *agências reguladoras* no Brasil com o *poder normativo* que é ínsito da atividade administrativa. A confusão se aprofunda porque não são todos que diferenciam o *poder normativo* do *poder regulamentar*. Aquele (*poder normativo*) é *gênero* do qual o segundo (*poder regulamentar*) é espécie. O *poder normativo* admite exercício em todos os órgãos e entes da Administração, desde que respeitadas alguns parâmetros de ordem legal, especialmente o capitulado pelo artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal pátria que prescreve que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa senão em virtude de lei”. A lei a que se refere a disposição é a *lei formal*, emanada de quem tem competência constitucional para editá-la. Os demais *atos normativos* editados pela Administração Pública não se enquadram nesta categoria; ademais de ter em comum com a lei o fato de emanarem normas; no mais em nada com ela se confundem, até porque seus efeitos só poderão repercutir internamente, sem que invadam a esfera de direitos de terceiros – a Constituição não fala que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa senão em virtude de atos normativos*; é expressa, ao contrário, ao falar de *lei*.

Igualmente é relevante considerar que o *poder regulamentar*, em razão da expressa disposição do artigo 84, inciso VI, também de nossa Constituição Federal, é fixado com *exclusividade aos chefes do Poder Executivo*, que no âmbito da Administração Pública Federal é o Presidente da República. É sabido por todos que *competências privativas* são insuscetíveis de *delegação*. Assim, mesmo uma *lei* que, todavia, fosse *infraconstitucional*, não poderia operar referida delegação sob pena de afronta à ordem constitucional estabelecida.

É verdade que existem posições intermediárias na doutrina nacional. Isto se denota a partir do pensamento defendido por *Maria Sylvia Zanella Di Pietro*<sup>91</sup> no sentido de que as *agências previstas na Constituição* poderiam receber a *delegação regulamentar*, em razão de a norma que a institui ter o mesmo grau de hierarquia do preceito que faz

---

<sup>91</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 156.

do *poder regulamentar* atribuição exclusiva do Presidente da República, e via de consequência, dos demais *chefes do Poder Executivo*.

Mesmo assim, as únicas normas que poderiam ser estabelecidas no exercício do *poder regulamentar*, a exemplo do que ocorre com quem possui a competência originária para tanto (Presidente da República), seriam as que possuem *efeitos meramente explicitantes* acerca de como a *lei* será cumprida, desde que não interferissem na esfera de direitos de terceiros. Diz-se isso, porque a ordem constitucional brasileira não recepcionou os chamados *regulamentos independentes* ou *autônomos*.

Ao oposto, nosso legislador constituinte originário deixou bem clara sua intolerância a estes institutos. Fê-lo, num primeiro momento, quando da redação original do artigo 84, inciso VI, da *Carta*; não perdeu a oportunidade de, num segundo momento, tratar de abolir a prática de nossa ordem jurídica quando manufaturou o artigo 25 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, posto que foi peremptório ao prescrever que “*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 atribuem ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional*”. Em seu inciso I, o artigo prescreve que dentre as competências a que faz referência, encontra-se, “*especialmente*”, a “*ação normativa*”.

Também quanto à *delegação legislativa* expressa o legislador constituinte originário não foi omissivo. Não obstante o artigo 2º da Constituição Federal proclamar a *independência dos Poderes da União*, o que faz com que as funções de cada um deles (Executivo, Legislativo e Judiciário), em regra, sejam indelegáveis, no artigo 59, inciso IV, previu-se uma ressalva na hipótese única de *leis delegadas*, submetidas ao procedimento restritivo previsto pelo artigo 68 do mesmo diploma. Esta manifestação da Constituição, levou Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>92</sup> a afirmar que “*a própria possibilidade de existirem leis delegadas, torna óbvio que não podem existir ‘delegações disfarçadas’, procedidas indireta ou implicitamente. Com efeito, a simples previsão desta espécie legislativa demonstra, a contrario sensu, que a regra é a indelegabilidade*”.

Comungamos da opinião do renomado publicista. A *teleologia* que deve informar o hermeneuta na tarefa de interpretação das leis aponta para a perquirição da real intenção do legislador quando editou a norma cuja exegese se busca. No caso vertente, temos que por mais de uma vez o legislador constituinte originário brasileiro deixou claro que não desejava a adoção de meios outros de delegação legislativa que não fossem os expressamente previstos. Mais que isto, afirmou de forma explícita sua abominação pelos atos normativos gerais editados pelo Poder Executivo, sob delegação, que assumissem outra roupagem, diferente da prelecionada no texto da *Lex Magna*, determinando a sua retirada do mundo jurídico, mesmo se editados sob a égide da ordem anterior.

<sup>92</sup> Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2002, p. 325.

Toda esta construção se fez para que se pudesse tentar estabelecer os parâmetros da regulação das agências brasileiras.

O vocábulo *regulação*, consoante se teve a oportunidade de debater, possui sentido mais amplo que o termo *regulamentação*. Nesse sentido, de se recordar que *regular* “significa estabelecer regras, independentemente de quem as edite, seja o Legislativo ou o Executivo, ainda que por meio de órgãos da Administração direta ou entidades da Administração indireta”. A locução, logicamente, então, na medida que possui sentido amplo, seria continente do sentido do termo *regulamentação*, cuja substância mais restrita, lhe seria conteúdo<sup>93</sup>.

Nesta esteira de pensamento, é relevante rememorar que *Vital Moreira e Fernanda Maçãs*<sup>94</sup> apontam que o sentido etimológico de *regulação*, que segundo seu tirocínio giraria em torno de duas idéias fundamentais, compreende “o estabelecimento e a implementação de regras, de normas, e a manutenção da garantia de funcionamento equilibrado de um sistema”. Já a *regulação pública*, encerra “tanto a faculdade de definição de normas de conduta como o poder de as aplicar e fazer cumprir”.

Além disso, não se poderia esquecer, que os chamados “*regulamentos ad extra*” (*regulamentos independentes* ou *autônomos*) não poderiam ser independentes pela simples razão de que “a criação de direito objetivo para os cidadãos não pode prescindir da lei no Estado moderno”; salvo permissão constitucional expressa nesse sentido, como é o caso da França<sup>95</sup>.

Por derradeiro, é absolutamente inolvidável que a *reserva de lei*, nos países que a admitem, *não deve divorciar-se das estruturas constitucionais concretas de cada país, pois ela coloca problemas de delimitação de competências que só em face dos ordenamentos constitucionais positivos podem ser esclarecidos. É diferente, assim, a problemática da reserva de lei em um sistema constitucional de competências como o português, em que o Governo também possui poderes legislativos originários, e a problemática da reserva de lei numa ordem constitucional de competências em que o Executivo só dispõe de poderes legislativos quando autorizado pelo Parlamento*<sup>96</sup>.

## 5. Considerações finais

Face da estruturação do pensamento desenvolvido entendemos, pois, ser possível chegar a algumas conclusões quanto aos *limites e condicionantes impostos pelo princípio da legalidade à regulação e à regulamentação*.

<sup>93</sup> Cf. p. 17, deste.

<sup>94</sup> Cf. MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. *Autoridades Reguladoras Independentes*, p. 13-15.

<sup>95</sup> Cf. p. 19, deste.

<sup>96</sup> Cf. p. 22, deste.

Não obstante reconhecer-se que o *esgotamento* do modelo de prestação de serviços públicos pelo Estado, assim como o da intervenção estatal direta na economia, não se padece de considerar que há um componente filosófico que demanda o reconhecimento de que ele, Estado, deve conservar a posição de estabelecer as regras pelas quais a atividade privada se desenvolverá e não mais *comandar* as ações dos atores sociais, como restou consignado.

Entretanto, esta demanda do mundo moderno tem de respeitar a estrutura jurídico-constitucional dos membros da comunidade internacional de nações, sob pena de desvirtuar-se a própria essência da legalidade, que é a *autodeterminação dos povos*.

Destarte, o sistema de *regulação* e de *regulamentação*, essencialmente o realizado por órgãos ou entes ditos independentes, só poderá se efetivar no modelo em que foi concebido nos Estados Unidos da América, se houver recepção nos respectivos ordenamentos dos países que o adotem. Caso contrário, sofrerá a necessária adaptação ao que dispuser o sistema jurídico, sem o que, a *lei* perderá sua maior qualidade, que é a de ser, na expressão genial do gênio iluminista, *a expressão da vontade geral do povo*.

Na realidade brasileira, observamos que as *agências reguladoras* não podem exercer função normativa por delegação, visto que nossa ordem constitucional não a permite, senão nos escassos casos em que ela própria a prevê expressamente (*leis delegadas*).

Também não se pode dar extensão interpretativa à ordem constitucional brasileira de modo à dela se extrair a consagração de institutos que nosso legislador constituinte originário proscreveu, como é o caso da exegese que decorre da análise do artigo 25 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

A ordem jurídico-constitucional brasileira não admite os chamados *regulamentos independentes* ou *autônomos*, a não ser no único caso consagrado pela Emenda Constitucional 32, de 11 de setembro de 2.001, que alterou a redação original do inciso VI do artigo 84 da *Carta* (mais especificamente, a previsão da alínea *a* do dispositivo citado) – *organização e funcionamento da Administração Federal, quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos*.

Desta forma, a decantada *independência* das *agências reguladoras* brasileiras limita-se à sua relação com o Poder Executivo, em razão, especialmente, da *estabilidade* que se confere a seus dirigentes, sem embargo dos controles a que se sujeitam na forma estabelecida na Constituição. Outrossim, mesmo as questões de fato por ela decididas podem ser objeto de revisão pelo Poder Judiciário, face do mandamento cogente constante do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que é, inclusive, cláusula pétrea do ordenamento e não pode ser modificado por meio do exercício do poder constituinte derivado.

Não temos certeza se nossa ordem jurídica acolhe a divisão dos chamados *regulamentos jurídicos* ou *normativos* dos *regulamentos administrativos* ou de *organização*,

conforme a construção doutrinária germânica, em razão dos cuidados que nosso legislador *originário* dispensou à matéria e que foram objeto de amplo debate anterior. Ainda assim, fosse o caso de aceitar a absorção da doutrina, a exemplo do que ocorre com *Enterría e Fernández*<sup>97</sup>, sentiríamos-nos em posição de profundo desconforto em admitir que determinados particulares pudessem se colocar em *situações de sujeição especial* ao Estado, por obra de ato unilateral deste, máxime em razão dos mandamentos do artigo 5º, *caput*, e inciso II, da Constituição Federal, sem se esquecer do artigo 4º da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*.

Entretanto, ainda que o desconforto da situação fosse superado, entendemos absolutamente correto o pensamento de *Maria Sylvia Zanella Di Pietro*<sup>98</sup> de que a *função reguladora*, no Brasil, só teria validade constitucional para “*as agências previstas na Constituição*”, que se limitariam a expedir os *regulamentos administrativos* ou de *organização*, que só atingiriam os particulares que estão em relação de sujeição especial com o Estado em ralação às matérias reguladas por aquelas entidades, na forma e nos limites da lei.

## BIBLIOGRAFIA:

- AMAN JUNIOR, Alfred C.; MAYTON, William T. *Administrative Law*. Saint Paul: West Group, 2.001.
- BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- BOBBIO, Norberto. *Studi per una Teoria Generale Del Diritto*. Torino: Giappichelli, 1970.
- CANN, Steven J. *Administrative Law*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.
- CARRÈ DE MALBERG, R. *Teoría General del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- CASELLA, Paulo Borba (coordenador). *Mercosul – Integração Regional e Globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002.

<sup>97</sup> Cf p. 20, deste.

<sup>98</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 158.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. L'État de Droit. In *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et L'Étranger*. Paris: L.G.D.J., V. 2, Março/abril de 1988.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_. *Discrecionariade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

\_\_\_\_\_. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (organizadora). *Direito Regulatório – Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

EISENMANN, Charles. *Cours de Droit Administratif*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1983.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Civitas, 1998.

FARIA, José Eduardo. *Eficácia Jurídica e Violência Simbólica. O Direito Como Instrumento da Transformação Social*. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 1988.

GELLHORN, Ernest; LEVIN, Ronald M. *Administrative Law and Process*. Saint Paul: West Group, 1997.

GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1993.

GORDILLO, Agustín A. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Macchi, 1979, t. I.

LARENZ, Karl. *Derecho Justo – Fundamentos de Ética Jurídica*. Madrid: Civitas, 1985.

LEVIN, Ronald M.; GELLHORN, Ernest. *Administrative Law and Process*. Saint Paul: West Group, 1997.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, Regionalização e Soberania*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

MAÇÃS, Fernanda; MOREIRA, Vital. *Autoridades Reguladoras Independentes*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MARAIS, Bertrand du. *Droit Publique de la Régulation Economique*. Paris: Presses de Sciences Politiques et Dalloz, 2004.

- MAYTON, William T.; AMAN JUNIOR, Alfred C. *Administrative Law*. Saint Paul: West Group, 2001.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: RT, 2003.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. *Autoridades Reguladoras Independentes*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- SANTOS NETO, João Antunes dos. Legalidade e Decisões Políticas. In *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 234/147.
- SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- ZANOBINI, Guido. L'Attività Amministrativa et la Legge. In *Scritti Vari di Diritto Pubblico*. Milão: Dott A. Giuffrè, 1995.