RODRIGO FRAGA LEANDRO DE FIGUEIREDO

**FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS:
NATUREZA E HIPÓTESES DE EXERCÍCIO**

SÃO PAULO

2014

RODRIGO FRAGA LEANDRO DE FIGUEIREDO

**FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS:
NATUREZA E HIPÓTESES DE EXERCÍCIO**

Dissertação apresentada à Universidade de São Paulo para aprovação no curso de Mestrado em Direito (Área de concentração: Direito do Estado, subárea: Direito Constitucional)

Professor orientador: Prof. Titular Elival da Silva Ramos

SÃO PAULO
2014

RESUMO

O presente trabalho analisa as hipóteses em que cabe às agências reguladoras exercer função normativa (compreendida como a edição de textos normativos gerais e abstratos), examinando a natureza dessa função, suas relações com as outras competências e instrumentos normativos do Poder Executivo e do Poder Legislativo e o controle jurisdicional que se realiza sobre essa atividade das agências reguladoras. Nessa tarefa, é examinada a evolução doutrinária e jurisprudencial, no sistema brasileiro e nos ordenamentos jurídicos que mais nos influenciaram nessa matéria, sobre a compreensão a respeito dos princípios da separação dos Poderes e da legalidade. As principais questões enfrentadas referem-se à identificação dos limites da válida edição de atos normativos pelas agências reguladoras, ao regime jurídico aplicável a essa figura normativa e às possíveis soluções para eventuais conflitos de normas envolvendo atos normativos editados pelas agências reguladoras.

Palavras-chave: Separação dos Poderes. Legalidade. Função normativa do Poder Executivo. Agências reguladoras. Federalismo.

ABSTRACT

This paper examines the assumptions according to which it is possible for the regulatory agencies exert regulatory function (understood as the enactment of general and abstract normative texts), examining the nature of such function, its relations with other powers and legislative instruments used by the Executive Branch and the Legislative Branch and the judicial review over the activities performed by the regulatory agencies. In this task, it's analysed the doctrinal and jurisprudential developments, in the Brazilian system and the legal systems that most influenced Brazil in this area, on the understanding about the principles of separation of powers and legality. The main issues addressed relate to identifying the limits of valid normative acts enacted by regulatory agencies, the legal regime applicable to such normative figure and possible solutions for conflicts of rules involving normative acts issued by regulatory agencies.

Keywords: Separation of Powers. Legality. Normative function of the Executive Branch. Regulatory agencies. Federalism.

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

São Paulo (SP), ____ de _____ de ____ .

Nome: FIGUEIREDO, Rodrigo Fraga Leandro de.

Título: Função normativa das agências reguladoras: natureza e hipóteses de exercício.

Orientador: Professor Titular Elival da Silva Ramos.

Dissertação apresentada à Universidade de São Paulo para aprovação no curso de Mestrado em Direito (Área de concentração: Direito do Estado, subárea: Direito Constitucional)

Aprovado em:

Banca examinadora:

Prof. Dr. _____ Instituição _____

Julgamento _____ Assinatura _____

Prof. Dr. _____ Instituição _____

Julgamento _____ Assinatura _____

Prof. Dr. _____ Instituição _____

Julgamento _____ Assinatura _____

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. Delimitação do tema	10
2. Relevância do tema	11
3. Metodologia	13
4. Estrutura e objetivos do trabalho	16
I - SEPARAÇÃO DOS PODERES E AGÊNCIAS REGULADORAS	18
1. Princípio da separação dos Poderes	18
1.1. Surgimento e sentido inicial	18
1.2. Modificações e função	21
1.3. Importância para o tema do controle das agências reguladoras	23
2. Crescimento da Administração Pública	25
2.1. Novas demandas e crescente relevância das atividades da Administração Pública	25
2.2. O papel do chefe do Poder Executivo	28
2.3. Necessidade de adaptação à nova realidade	28
3. Participação do Poder Executivo em atividades normativas	29
3.1. Fundamentos formais do exercício de funções normativas pelo Poder Executivo	31
3.2. Participação do Poder Executivo no processo legislativo	34
3.3. Funções normativas do Poder Executivo exercidas com fundamento exclusivo na Constituição	35
3.4. Funções normativas do Poder Executivo dependentes de intermediação legislativa	37
4. Regulação econômica	41

5. Agências reguladoras	44
5.1. Agência reguladora: ente administrativo peculiar	45
5.2. Dúvidas sobre a compatibilidade das agências reguladoras com o princípio da separação dos Poderes	47
5.3. Agências reguladoras e atividades típicas do Poder Legislativo	48
 II - FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E LEI	 52
1. "Delegação" de poderes normativos às agências reguladoras	52
2. Princípio da reserva legal	58
3. Semelhanças entre os modelos	61
4. Apreciação de fatos	61
4.1. Critérios diferentes de apreciação de fatos pelo Poder Executivo	64
5. Detalhamento de objetivos e princípios legais	70
6. Discricionariedade técnica	73
7. Conceitos jurídicos indeterminados	81
8. Diferenciação por matérias	83
 III - FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E REGULAMENTO	 87
1. A função normativa das agências reguladoras é exercício de competência regulamentar?	88
2. Disposições normativas das agências reguladoras e classificação dos regulamentos	90
3. Disposições normativas editadas pelas agências reguladoras e os regulamentos	

editados pelo Chefe do Poder Executivo	92
4. Disposições normativas editadas por agências reguladoras e por órgãos da Administração Direta	95
IV - FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E FEDERAÇÃO	97
1. Federação e Constituição	97
2. Federalismo brasileiro	98
3. Conflitos com disposições legais de outros entes da Federação	99
4. Conflitos entre disposições normativas de agências reguladoras de diferentes entes da Federação	102
CONCLUSÕES	105
BIBLIOGRAFIA	109

INTRODUÇÃO

1. Delimitação do tema

O presente trabalho pretende analisar as hipóteses em que cabe às agências reguladoras exercer função normativa (compreendida como a edição de textos normativos gerais e abstratos), examinando a natureza dessa função¹ e suas relações com as outras competências e instrumentos normativos do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

Busca-se, de um lado, analisar sistematicamente as hipóteses em que estaria autorizada a atuação normativa das agências reguladoras e, de outro, situá-las ante as espécies normativas editadas pelos demais entes estatais.

É de se notar que o exercício das atividades normativas das agências reguladoras, ainda que não se examine a questão da omissão na edição de atos regulatórios, sugere, ao menos, o exame de quatro diferentes aspectos, a saber: (i) se, de forma geral, é permitido às agências reguladoras exercer competências normativas, (ii) quais as hipóteses concretas em que é admitida a regulação mediante ação das agências reguladoras; (iii) como essa atividade de regulação insere-se no ordenamento e convive com as demais disposições normativas; (iv) se tal atividade, caso autorizada a ação normativa das agências reguladoras em dada matéria, foi realizada de acordo com os procedimentos estabelecidos para o seu exercício; e, (v) se, superadas as questões anteriores, o conteúdo material das disposições é admitido pelo ordenamento jurídico.

Quanto à primeira questão, trata-se de tema superado, pois não há qualquer possibilidade de, no atual estágio de nosso ordenamento jurídico, negar que as agências reguladoras exerçam atividades normativas.

¹ No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3343, o Exmo. Min. Gilmar Mendes referiu-se brevemente às ainda existentes dúvidas sobre a natureza dos atos normativos editados pelas agências reguladoras. Constatou de seu voto:

"É bem verdade que aqui ainda não está definitivamente consolidado esse modelo das próprias agências, quer dizer, se o ato regulatório da agência é um ato tipicamente regulamentar ou não, se é um regulamento delegado, se é um regulamento autorizado"

O presente trabalho dedica-se, então, exclusivamente à análise dos segundo e terceiro aspectos acima referidos, ou seja, ao exame das hipóteses que autorizam a atuação das agências reguladoras e qual a posição do produto do exercício dessa função normativa no ordenamento jurídico.

Seria ingênuo, à evidência, crer que a distinção entre esses cinco diferentes aspectos seja sempre clara. Entretanto, a delimitação do objeto da pesquisa científica deve ser o mais preciso possível, sendo de se reconhecer que os limites impostos à Administração em relação a cada um desses aspectos estão sujeitos a regimes jurídicos diferentes (não se recomendando, portanto, sua análise em conjunto em uma dissertação de mestrado).

Ressalte-se, ainda, que o presente estudo examinará, no que se refere aos dois aspectos acima referidos, o controle jurisdicional que se realiza sobre o exercício da atividade normativa das agências reguladoras. É que, conquanto se possa realizar um estudo teórico sobre o tema sem a apreciação da jurisprudência elaborada sobre essas questões, o exame da orientação jurisprudencial parece fundamental para (i) a aferição a respeito da correção das conclusões obtidas e (ii) orientação (e, nesse sentido, obtenção de segurança jurídica) para formuladores de políticas públicas e entes regulados.

Dessa forma, as questões suscitadas pela aplicação do princípio da separação dos Poderes serão analisadas sob um duplo aspecto. No primeiro, verifica-se se determinada "delegação" de função normativa das agências reguladoras é válida em nosso sistema jurídico; e, no segundo, o foco é a identificação dos limites do válido exercício do controle jurisdicional² sobre o exercício dessa mesma função normativa pelas agências reguladoras (para evitar que a ação jurisdicional viole o princípio da separação dos Poderes).

Conclui-se, assim, que o tema da pesquisa é o exercício de função normativa pelas agências reguladoras, limitando-se o estudo, porém, às hipóteses que autorizam o exercício dessa função e os parâmetros do controle jurisdicional aplicáveis para fazer com que as agências reguladoras mantenham-se adstritas ao real alcance dessas hipóteses de atuação.

2. Relevância do tema

² Ressalte-se que o controle jurisdicional sobre a atividade das agências reguladoras não é o único e, provavelmente, não é o mais eficiente método de fiscalização das agências reguladoras (para uma análise sobre os vários mecanismos de controle que poderiam ser utilizados: MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 111/131). De qualquer forma, não é um método de controle que possa ou deva ser desprezado.

A relevância do tema pode ser analisada sob duplo aspecto, sendo inegável a importância da matéria.

Reconhece-se, em um primeiro aspecto, que as agências reguladoras possuem uma importância econômica, social e política na organização jurídica, técnica e comercial de setores econômicos dinâmicos e de crescente importância na sociedade contemporânea.

O funcionamento e os investimentos financeiros e tecnológicos de tais setores são fortemente influenciados pelas decisões das agências reguladoras³, sendo importante, portanto, conhecer as potencialidades e limites das disposições editadas pelas agências reguladoras.

Além disso, o estabelecimento da regulação econômica pelas agências reguladoras possui até mesmo um caráter propagandístico e político, sendo utilizado para fazer crer que o governo está dedicando especial atenção a um dado setor econômico e que as decisões regulatórias serão tomadas por órgãos mais afastados das disputas e interesses partidários e de acordo com critérios estritamente técnicos⁴.

Além disso, o formato das agências reguladoras pretende conferir contorno mais democrático ao exercício da atividade regulatória, sendo mais permeável à participação da sociedade na construção das decisões estatais⁵.

Como se vê, todas essas circunstâncias revelam o caráter fundamental do estudo da competência normativa das agências reguladoras. Há, entretanto, um outro aspecto pelo qual se pode identificar a relevância do presente trabalho.

³ Gustavo Binenbojm, tratando da importância histórica das agências reguladoras para determinados investimentos no Brasil, consigna:

"Como se sabe, o modelo regulatório brasileiro foi adotado no bojo de um amplo processo de privatizações e desestatizações, para o qual a chamada reforma do Estado se constituía em requisito essencial. É que a atração do setor privado, notadamente o capital internacional, para o investimento nas atividades econômicas de interesse coletivo e serviços públicos objeto do programa de privatizações e desestatizações estava condicionada à garantia de estabilidade e previsibilidade das *regras do jogo* nas relações dos investidores com o Poder Público.

Na verdade, mais do que um requisito, o chamado compromisso regulatório (regulatory commitment) era, na prática, uma exigência do mercado para a captação de investimentos. Em países cuja história recente foi marcada por movimentos nacionalistas autoritários (de esquerda e de direita), o risco de expropriação e de ruptura dos contratos é sempre um fantasma que assusta ou espanta os investidores estrangeiros. Assim, a implantação de um modelo que subtraísse o marco regulatório do processo político-eleitoral se erigiu em verdadeira tour de force da reforma do Estado. Daí a idéia da blindagem institucional de um modelo que resistisse até uma vitória da esquerda em eleição futura."

(BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: 2008, p. 42/43)

⁴ SANTIAGO JUNIOR, Fernando Antonio. **A regulação do setor elétrico brasileiro**. Forum: Belo Horizonte, 2010, p. 96.

⁵ Paulo Todescan Lessa Mattos realiza um amplo exame sobre os potenciais e déficits democráticos do modelo institucional das agências reguladoras (MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo estado regulador no Brasil: direito e democracia**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004. Tese (Doutorado em Direito). 315 p.).

De fato, a competência normativa das agências reguladoras é objeto, no Brasil, de vasta e profunda produção bibliográfica. Os estudos sobre o tema, porém, são, em sua maioria, produzidos sob o enfoque do Direito Administrativo, enquanto o presente estudo possui um olhar próprio do Direito Constitucional.

À evidência, não há como realizar um estudo profundo de Direito Administrativo sem analisar, com profundidade também, temas de Direito Constitucional. Entretanto, resta evidente também que a ênfase em trabalhos de Direito Administrativo é distinta da realizada em estudos de Direito Constitucional.

Assim, o presente trabalho tem também a pretensão de tentar conferir ao estudo do tema um olhar não tão comum na bibliografia nacional, sendo de se notar que esse enfoque constitucionalista existe na bibliografia de outros países.

3. Metodologia

O estudo abordará as principais questões enfrentadas pela doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira no controle das hipóteses de cabimento do exercício de função normativa pelas agências reguladoras.

O trabalho empregará o método dedutivo para identificar como operam os princípios da separação dos Poderes e da legalidade na disciplina da regulação econômica por parte das agências reguladoras, partindo de posições clássicas e verificando como as alterações econômicas ocorridas durante o século XX influenciaram o tema.

Além disso, será empregado o método indutivo para a análise da jurisprudência nacional e estrangeira. Em outras palavras, tentar-se-á identificar um quadro geral a partir do exame contextualizado dos precedentes que já enfrentaram, sob muitos diferentes aspectos, o tema estudado, apontando-se as principais orientações firmadas a respeito da aplicação dos princípios da separação dos Poderes e da legalidade no que pertine às agências reguladoras.

O exame dos precedentes será feito em busca de um equilíbrio entre a descrição (quais os parâmetros seguidos no controle jurisdicional do exercício da função normativa das agências reguladoras) e a prescrição (apontando eventuais equívocos dos precedentes na aplicação dos parâmetros de controle), tendo, como premissas, as ideias de que, de um lado, cumpre normalmente à jurisdição constitucional esclarecer os limites dos princípios constitucionais e, de outro, as decisões da jurisdição constitucional devem ser coerentes e respeitadas dos limites estabelecidos pelo Constituinte.

Em outras palavras, o exame da jurisprudência deve ser crítico, não se limitando a aceitar passivamente quaisquer decisões jurisdicionais, nem procurando justificar todas as decisões como efetivamente coerentes entre si (o que seria tarefa impossível até mesmo para "Hércules"⁶).

Por fim, convém assinalar que o estudo será empreendido com a tentativa de utilização de técnicas de análise de Direito comparado. O emprego, no Direito, do método comparativo de estudo envolve sempre o difícil equilíbrio entre, de um lado, o respeito às peculiaridades de um dado ordenamento (o que impossibilita o mero “transplante” de ideias entre os sistemas jurídicos) e, de outro, a percepção obtida através do conhecimento de outras realidades de que há outros meios de se enfrentar e solucionar os problemas jurídicos.⁷

⁶ A referência a "Hércules" não é crítica à visão de Dworkin, e sim reconhecimento de que a busca "cega" por uma coerência total nas decisões jurisdicionais acaba por justificar decisões que não podem ser incluídas adequadamente nas orientações jurisprudenciais (por conta de incoerência dos órgãos julgadores, circunstâncias excepcionais do caso concreto ou outras particularidades). Assim, o exame da jurisprudência envolve sempre o difícil equilíbrio entre a identificação e reconhecimento das "orientações" dominantes e o reconhecimento de decisões que, por fugirem a uma sistematização científica, não compõem tais orientações.

De qualquer forma, o próprio Dworkin reconhece que a coerência total não é encontrada na jurisprudência real:

"Hércules deve igualmente enfrentar um problema diferente e, ao mesmo tempo, mais complexo. Se a história de seu tribunal não for muito complexa, ele descobrirá, na prática, que a exigência de consistência total por ele aceita se revelará excessivamente forte, a menos que ele a desenvolva de modo que inclua a idéia de que, ao aplicar essa exigência, pode desconsiderar alguma parte da história institucional por considerá-la equivocada. Isto porque ele será incapaz, mesmo com sua soberba imaginação, de encontrar algum conjunto de princípios que concilie todos os precedentes e todas as leis existentes. Este fato não surpreende: os legisladores e juizes do passado não tinham, todos, a capacidade ou o insight de Hércules, nem eram homens e mulheres que compartilhavam as mesmas ideias e opiniões. Sem dúvida, qualquer conjunto de leis e decisões pode ser explicado historicamente, psicologicamente ou sociologicamente, mas a consistência exige uma justificação, e não uma explicação, e a justificação deve ser plausível, e não postiça. Se a justificação que Hércules concebe estabelece distinções que são arbitrárias, e se vale de princípios que não são convincentes, então ela não pode, de modo algum, contar como uma justificação." (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução feita por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 186)

⁷ Mark Tushnet afirma:

"Minha questão sobre o que nós podemos aprender do Direito Constitucional Comparado oferece alguns alertas à interpretação. Algumas vezes, é dito que o Direito comparado pode trazer à mente possibilidades que, de outra forma, poderiam ser menosprezadas ou consideradas utópicas demais como parte de uma Constituição do mundo real. O pensamento sobre o Direito comparado é o de que ele pode ajudar-nos a nos livrarmos da ideia de "falsa necessidade", do senso que nós provavelmente temos de que nossas instituições e doutrinas são as únicas capazes de serem apropriadas para nossas circunstâncias.

Combinar contextualismo com a ideia de que o estudo comparatístico pode suscitar questões sobre se determinados arranjos que nos parecem necessários são, na verdade, falsas necessidades pode ter implicações mais subversivas para a análise comparatística do que inicialmente parece. A dificuldade é a de que o contextualismo pode levar-nos a ver que os arranjos são, de fato, necessários, em razão do contexto completo em que eles estão inseridos. A questão é a extensão que as restrições impostas pelas instituições legais e arranjos estabelecidos por sua história doutrinária, sua cultura jurídica e todos os demais fatores de restrição agem de modo a reduzir o rol de opções (sejam elas institucionais, doutrinárias ou de qualquer outra natureza) a uma – ou seja, àquela que está, de fato, adotada. Eu duvido que essa questão possa ser respondida em abstrato ou genericamente. Eu acredito, ao contrário, que o estudo comparatístico deve mostrar-se sensível a todos os contextos aos quais o contextualismo dirige nossa atenção."

Para que seja produtiva, então, a comparação entre modelos jurídicos é necessário que (i) o exame seja feito entre ordenamentos que guardem alguma proximidade e (ii) com atenção às peculiaridades de cada sistema.

Por essa razão, serão empregados como parâmetro de comparação, no presente estudo, os sistemas norte-americano e europeu continental, especialmente o francês, em razão da influência que tais sistemas tiveram, e ainda têm, sobre o ordenamento brasileiro⁸.

A necessidade de exame do sistema estadunidense justifica-se pela forte influência que esse ordenamento teve sobre a constituição das agências reguladoras independentes em todos os demais ordenamentos ocidentais. Além disso, não se pode desprezar a enorme experiência doutrinária e jurisprudencial existente no sistema norte-americano e que reflete o enfrentamento de questões que, posteriormente, foram e estão sendo enfrentadas em vários outros ordenamentos⁹.

Quanto à apreciação do modelo francês, é forçoso reconhecer a grande influência que tal sistema jurídico teve na formação do ordenamento administrativo brasileiro.

(“My discussion of what we can learn from comparative constitutional law offers some cautionary interpretation. Sometimes it is said that comparative law can bring to mind possibilities that might otherwise be overlooked or thought too utopian to be considered as part of a real-world constitution. Comparative law, the thought is, can help us rid ourselves of ideas of “false necessity”, the sense we might have – that the institutions and doctrines we have are the only ones that could possibly be appropriate for our circumstances.

Combining contextualism with the insight that comparative study can raise questions about whether some arrangements that seem necessary to us are actually false necessities may have more subversive implications for the comparative enterprise than it might seem initially. The difficulty is that contextualism might lead us to see that the arrangements are indeed necessary, given the complete context within which they are set. The question is the extent to which the constraints imposed by a nation’s legal institutions and arrangements, by its doctrinal history, by its legal culture, and so on down the list of constraining factors intersect in a way that reduces the set of choices (be they institutional, doctrinal or whatever) to one – that is, to the one that is actually in place. I doubt that this question can be answered in the abstract, or generally. I believe, though, that the comparative inquiry must be sensitive to all the contexts to which contextualism directs our attention.”)

(TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. 1ª ed., 2ª tir. New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 13/14)

⁸ Os dois sistemas indicados são os mais importantes na conformação jurídica nacional das funções normativas do Poder Executivo e do controle de constitucionalidades de atos normativos (RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 101/105), razão pela qual se justifica plenamente a sua escolha no presente projeto.

⁹ Nesse sentido, Alexandre Santos de Aragão assinala:

“É realmente curioso notar a homogeneidade com que as mais importantes e polêmicas questões referentes às agências reguladoras independentes se repetem ao longo do tempo nos mais diversos países, inclusive e pioneiramente, nos E.U.A.

Assim, questões como a posição das agências reguladoras independentes no tradicional esquema dos três poderes; as suas relações com o Chefe do Poder Executivo, inclusive a possibilidade deste exonerar *ad nutum* os seus dirigentes; os seus poderes normativos; a legitimação dos seus procedimentos; e a abrangência do controle jurisdicional sobre os seus atos são há décadas, discutidas nos E.U.A.; e certamente, guardadas as peculiaridades do sistema norte-americano, as decisões e fundamentos que as dirimiram podem lançar ótimas luzes à sua solução também em outros países em que, tal como o nosso, apenas recentemente, mas com intensidade, surgiram.”

(ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 5ª tir., 2009, p. 230)

Assim, parece prudente que se analise como as agências reguladoras funcionam em um sistema jurídico muito próximo ao brasileiro e, ao mesmo tempo, bastante distinto daquele em que as agências foram criadas. Em suma, pretende-se através dessa análise descobrir de que maneira o formato das agências reguladoras foi recebido em sistemas como o brasileiro e como se dá o funcionamento peculiar dessas estruturas em um ordenamento jurídico-administrativo como o francês.

4. Estrutura e objetivos do trabalho

O estudo será estruturado em cinco grandes tópicos, a saber: (i) introdução, (ii) separação dos Poderes e agências reguladoras, (iii) disposições normativas das agências reguladoras e outros diplomas normativos, (iv) poder normativo das agências reguladoras e o federalismo e (v) conclusões.

Os objetivos da introdução serão (i) delimitar o objeto de estudo (hipóteses de cabimento do exercício do poder normativo das agências reguladoras), (ii) apontar sua relevância (indicando a importância do tema no contexto da separação dos poderes e na prática jurisprudencial), (iii) identificar os objetivos do trabalho (realizar uma análise doutrinária a respeito do tema e identificar e analisar criticamente as correntes jurisprudenciais formadas sobre o assunto), (iv) definir a metodologia do trabalho (emprego do raciocínio dedutivo na análise da doutrina a respeito do assunto e indutivo na análise da jurisprudência, utilizando-se do método comparativo - principalmente, doutrina e decisões de cortes estadunidenses, francesas e portuguesas - e de doutrina e decisões produzidas a partir da década de 30 do século passado) e (v) esclarecer a estrutura do trabalho.

O propósito da parte dedicada à análise do princípio da separação dos Poderes e agências reguladoras será examinar, de forma profunda, as mudanças da compreensão e aplicação do princípio da separação dos Poderes em relação especificamente à regulação econômica.

Nesse contexto, será necessário descrever os processos que resultaram em reconhecimento de maiores poderes normativos à Administração Pública (especialmente, para resolução de problemas econômicos conjunturais e ordenação de questões técnicas) e as técnicas empregadas para conferir reconhecimento jurídico a tais novas atribuições (delegação de poderes, reconhecimento de poderes implícitos e deslegalização).

Por fim, será necessário situar nesse contexto as agências reguladoras e suas competências "quase legislativas" e "quase jurisdicionais", apontando em que medida tais características criam tensões na aplicação do princípio da separação dos Poderes.

O poder normativo das agências reguladoras será examinado, em um primeiro momento, em suas múltiplas relações com outras espécies normativas, utilizando-se nessa análise a doutrina e jurisprudência relativas justamente a essas mesmas espécies normativas.

Assim, serão apreciadas as relações das disposições editadas pelas agências reguladoras com as leis que lhes "delegam" poderes normativos e os limites que devem ser respeitados nessa seara.

Ademais, será necessário verificar se e em qual medida o tratamento jurídico dispensado aos regulamentos é aplicável à atividade normativa das agências reguladoras e útil para a melhor compreensão dessa função das agências. Além disso, o exame sobre eventual hierarquia entre regulamento editado pelo Chefe do Poder Executivo e normas editadas pelas agências reguladoras mostra-se também indispensável para a delimitação do alcance das normas editadas pelas agências reguladoras e, até mesmo, para a definição adequada de seu perfil institucional.

Após o confronto entre disposições normativas das agências reguladoras e as outras espécies normativas, será apreciada a questão, cada vez mais importante na prática, de eventual conflito entre normas editadas pelas agências reguladoras e leis oriundas de entes federativos distintos do que criou a agência.

Não se pretenderá, por fim, no capítulo dedicado às conclusões, realizar um mero resumo das conclusões parciais apresentadas durante a redação dos capítulos anteriores. O objetivo, ao contrário, será tentar apresentar conclusões a partir de uma análise conjunta dos capítulos I, II, III e IV.

Em outras palavras, conquanto as questões enfrentadas nos capítulos I, II, III e IV sejam distintas, é evidente a sua conexão, razão pela qual, no capítulo dedicado às conclusões, tentar-se-á apresentar um quadro completo relacionando as questões e oferecendo as conclusões decorrentes dessa visão geral do tema proposto.

I - SEPARAÇÃO DOS PODERES E AGÊNCIAS REGULADORAS

1. Princípio da separação dos Poderes

1.1. Surgimento e sentido inicial

O princípio da separação dos Poderes é fundamental na história e doutrina do Direito Constitucional.

Com efeito, o Constitucionalismo estava fundado na premissa que cumpria à Constituição estabelecer limites ao poder absoluto do Estado mediante a consagração de direitos fundamentais e a divisão dos poderes entre órgãos independentes¹⁰.

A ideia fundamental que estava na base do princípio da separação dos Poderes era a de que o poder somente era limitado pelo próprio poder, razão pela qual seria necessário que o exercício do poder fosse dividido entre órgãos distintos e independentes, que acabariam por se controlar reciprocamente¹¹.

A preocupação, nesse primeiro momento, era a de evitar abusos estatais, não importando se a aplicação do princípio da separação dos Poderes seria a forma mais eficiente de organização estatal. Na verdade, reconhecido que o princípio da separação dos Poderes

¹⁰ A divisão das funções estatais e as formas como se organizava o poder são, por essência, o tema fundamental do Direito Constitucional e preocupações que sempre estiveram ligadas ao estudo do Estado. O princípio da separação dos poderes como o conhecemos hoje, porém, está historicamente relacionado com o advento do Estado liberal.

¹¹ Montesquieu, no Capítulo VI, do Livro XI, de *Do Espírito das Leis*, sustenta:

“Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade alguma, porque pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado produza leis tirânicas para pô-las em execução tiranicamente.

Não há ainda liberdade alguma se o poder judiciário não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia deter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de produzir leis, o de executar resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos”

(Montesquieu, Charles-Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. Bauru: EDIPRO, 2004, p. 190)

consagrou-se, na forma como o conhecemos hoje, com o advento do Estado liberal, era razoável supor que não houvesse a preocupação com a eficiência no desempenho das atividades estatais, eis que a grande preocupação à época era garantir que o Estado não interferisse de forma exagerada com a vida privada dos particulares¹².

Esse desenvolvimento histórico do princípio da separação dos Poderes fez com que se associasse, historicamente, tal princípio a formas de contenção do abuso do Poder Executivo. É que o princípio da separação dos Poderes, como o conhecemos hoje, surgiu em um contexto de luta contra as monarquias absolutistas, sendo evidente a sua intenção de limitar o Chefe do Poder Executivo.

Nesse sentido, os poderes conferidos ao Poder Legislativo (órgão de representação popular) e ao Poder Judiciário (que deveria aplicar as leis estabelecidas pelo órgão de representação popular) serviam como obstáculo aos abusos do Poder Executivo.

Essa origem histórica, entretanto, não deve conduzir à errônea afirmação de que a aplicação do princípio da separação dos Poderes cinge-se à limitação do Poder Executivo, pois há diversas hipóteses de sua invocação para contenção de ações do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

Assim, por exemplo, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, decidiu no sentido de que a imposição de exigência de prévia aprovação legislativa a contratos administrativos como condição para sua eficácia seria uma forma de violação ao princípio da separação dos Poderes¹³.

Da mesma forma, a doutrina é farta no sentido de indicar determinadas decisões do Supremo Tribunal Federal como violadoras do princípio da separação dos Poderes, porque invadem ilicitamente seara própria do Poder Legislativo ou do Poder

¹² "Por isso, em estreita consonância com essa concepção filosófico-política, a teoria constitucional do Estado de Direito liberal-burguês identifica os conceitos *ideológico* e *material* de Constituição, proclamando - como se lê no célebre artigo XVI da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* - que num Estado sem direitos individuais nem divisão de poderes não existe Constituição.
(...)

Daí que seu sentido e finalidade - seu *telos*, como lembra Carl Schmitt - apontem não para o brilho, a grandeza e o poder do Estado, para a *gloire*, de que falava Montesquieu, mas para a liberdade política e a proteção do indivíduo e do *citoyen*, contra os abusos do poder político."

(BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 67/68)

¹³ Nesse sentido, o v. acórdão proferido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.166, cuja ementa possui a seguinte redação:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 60, XXVI, DA LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL. ALEGADA INCOMPATIBILIDADE COM OS ARTS. 18, E 25 A 28, TODOS DA CARTA DA REPÚBLICA. Dispositivo que, ao submeter à Câmara Legislativa distrital a autorização ou aprovação de convênios, acordos ou contratos de que resultem encargos não previstos na lei orçamentária, contraria a separação de poderes, inscrita no art. 2.º da Constituição Federal. Precedentes. Ação julgada procedente."

(STF, Tribunal Pleno, ADI n. 1.166, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 05.09.02, DJ 25.10.02, p. 24, v.u.)

Executivo. Em outras palavras, não há risco de violação ao princípio da separação dos Poderes apenas nas hipóteses em que o Poder Judiciário (ou qualquer outro Poder) exerce atividades típicas do outro, mas também naquelas situações em que, no exercício de sua função típica, o Poder Judiciário limita a ação legítima do Poder Legislativo ou Executivo¹⁴.

A experiência internacional também demonstra o emprego do princípio da separação dos Poderes para limitar a atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário. A Suprema Corte estadunidense, por exemplo, já considerou que não caberia ao Poder Legislativo editar legislação com efeitos retroativos com o propósito de alterar decisões jurisdicionais¹⁵ ou que, fora das hipóteses de *impeachment*, autorizasse o Congresso a remover agentes públicos em exercício nas atividades próprias do Poder Executivo¹⁶.

Aliás, a própria concepção de princípio da separação dos Poderes na república estadunidense é diferente da inglesa, pois, enquanto na Inglaterra o Parlamento era o órgão guardião dos cidadãos, nos Estados Unidos da América, havia a preocupação em se evitar a opressão do Parlamento (afinal, era o Parlamento inglês que supostamente oprimia os colonos estadunidenses). Por essa razão histórica, provavelmente, a Suprema Corte estadunidense considera inadmissível que a lei confira ao Poder Legislativo o poder de rever as decisões propriamente administrativas do Poder Executivo¹⁷.

¹⁴ "Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido de legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes." (RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116/117)

¹⁵ *Plaut v. Spendthrift Farm, Inc.*, 514 U.S. 211 (1995).

¹⁶ *Bowsher v. Synar*, 478 U.S. 714 (1986).

¹⁷ "A Suprema Corte declarou que essa era uma delegação inconstitucional da atividade legislativa ao Poder Executivo. A Corte explicou que o modelo de divisão de funções garantia ao Poder Executivo o poder de aplicar a lei e concluiu que era inadmissível ao Congresso delegar a atividade administrativa para si próprio ou seus agentes. Chief Justice Burger, escrevendo pela Corte, afirmou: "[Como] *Chadha* tornou claro, uma vez que o Congresso tenha feito sua escolha editando a legislação, sua participação termina. O Congresso pode, então, controlar a execução das suas disposições apenas indiretamente aprovando nova legislação. Estabelecendo a responsabilidade pela execução do *Balanced Budget and Emergency Deficit Control Act* nas mãos de um agente que está sujeito à remoção apenas por si próprio [pelo Congresso], o Congresso, de fato, reteve o controle sobre a execução do diploma normativo e invadiu a função administrativa. A Constituição não permite essa intromissão."

Similarmente, em *Metropolitan Washington Airports Authority v. Citizens for the Abatement of Aircraft Noise*, a Suprema Corte declarou inconstitucional uma lei federal que concedeu autoridade para rever decisões de uma autoridade de um aeroporto a um colegiado de revisão constituído por nove membros do Congresso. Virginia e o Distrito de Columbia criaram o *Metropolitan Washington Airports Authority* para operar os aeroportos *Reagan* e *Dulles* na área metropolitana de Washington. O Congresso criou o colegiado de revisão com atribuição para reverter decisões da autoridade. Oito dos nove membros deveriam ser membros do Congresso. Virginia e o Distrito de Columbia, então, emendaram seus estatutos para criar esse colegiado de revisão, composto de parlamentares conforme determinado pelo Congresso.

A Suprema Corte declarou isso inconstitucional, pois seria uma inadmissão delegação do Congresso de função administrativa para o próprio Congresso. Alternativamente, a Corte afirmou que se o colegiado estava

Conclui-se, dessa forma, que o princípio da separação dos Poderes não se orienta apenas à limitação de eventuais atos abusivos do Poder Executivo, sendo aplicável a todos os órgãos do Estado e prestando-se inclusive a justificar a defesa de competências do Poder Executivo em face de possíveis excessos cometidos pelos Poderes Judiciário e Legislativo.

Deve-se, então, considerar que o princípio da separação dos Poderes funda-se em uma concepção do ordenamento jurídico que considera possível (i) uma distribuição de competências entre os Poderes estatais e (ii) a impossibilidade de que um dos Poderes decida, por conta própria, ampliar ou reduzir suas competências.

1.2. Modificações e função

O princípio da separação dos Poderes, ressalte-se, não é algo estático, imutável ou que comporte uma única maneira de organização institucional. Ao contrário, trata-se de um princípio ideal de arranjo institucional que exige a sua adaptação às necessidades locais e temporais e que se mostra em constante e contínua modificação de acordo com as mutações das necessidades sociais e da força política de cada órgão estatal¹⁸.

exercendo função administrativa, as exigências de bicameralismo e da "Presentment Clause" (art. I, § 7, cl. 2, da Constituição americana) exigidas em *Chadha* não teriam sido atendidas."

("The Supreme Court declared this to be an unconstitutional delegation of the executive power to the legislature. The Court explained that the comptroller general was granted the executive power to administer the law and concluded that it was impermissible for Congress to delegate the executive power to itself or its officers. Chief Justice Burger, writing for the Court, stated: "[As] *Chadha* makes clear, once Congress makes its choice in enacting legislation, its participation ends. Congress can thereafter control the execution of its enactment only indirectly by passing new legislation. By placing the responsibility for the executive of the Balanced Budget and Emergency Deficit Control Act in the hands of an officer who is subject to removal only by itself, Congress in effect has retained control over the execution of the Act and has intruded into the executive function. The Constitution does not permit such intrusion."

Similarly, in *Metropolitan Washington Airports Authority v. Citizens for the Abatement of Aircraft Noise*, the Supreme court declared unconstitutional a federal law that gave authority to review decisions of an airport authority to a Board of Review that consisted of nine members of Congress. Virginia and the District of Columbia created the Metropolitan Washington Airports Authority to operate Reagan and Dulles Airports in the Washington, D.C., metropolitan area. Congress created a Board of Review with the authority to overturn decisions of the authority. Eight of nine members were to be members of Congress. Virginia and the District of Columbia then amended their statutes to create this Board of Review, composed of congressional members as prescribed by Congress.

The Supreme Court declared this unconstitutional as Congress impermissibly delegating an executive power to itself. Alternatively, the Court said that if the board was exercising executive power, the requirements of bicameralism and presentment prescribed in *Chadha* were not met.")

(CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional law: principles and policies**. 3ª ed. Nova York: Aspen Publishers, 2006, p. 335)

¹⁸ "Reatividade política, acomodações prudenciais e flutuações de legitimidade são um fenômeno que os Federalistas arquitetaram e pesquisas empíricas comprovaram. Poderes usam de prudência para testar até onde podem ir. Trata-se de um juízo de ocasião e de medida. O retrato da separação de poderes é, a cada momento, diferente. Não se participa de modo bem-sucedido desse jogo sem as qualidades, nas palavras de Bickel, de um "animal político".

Assim, se o princípio da separação dos Poderes implica uma distribuição equilibrada de funções estatais entre diferentes órgãos do Estado, é lícito afirmar que essa distribuição é variável no espaço (cada ordenamento terá a "sua" separação dos Poderes) e no tempo.

Atualmente, a noção básica do princípio da separação dos Poderes como regra limitadora do exercício tirânico de competências estatais é complementada por outros fundamentos que justificam um novo olhar sobre a distribuição de poder dentro do Estado. É que a divisão funcional dos Poderes, atualmente, corresponde também a um desejo de especialização no exercício das atividades públicas que permita, em tese, a melhor qualidade do desempenho das funções estatais.

Ressalte-se, por oportuno, que essa preocupação em conferir competências compatíveis com as "vocações" naturais de qualquer dos Poderes estava presente já em anteriores épocas, existindo, porém, um evidente crescimento da importância desse aspecto no exame atual do princípio da separação dos Poderes.

A preocupação em uma divisão funcional que garanta um melhor desempenho das funções estatais, de qualquer forma, é tema bastante atual, sendo um dos fundamentos, por exemplo, para se sustentar que, em determinadas situações, a decisão jurisdicional não deve substituir, no mérito, a decisão do administrador ou do legislador. É que, em dadas circunstâncias e para determinadas decisões, o aparato administrativo ou legislativo parece mais bem ordenado para a obtenção de decisões ótimas ou, ao menos, superiores às que seriam tomadas pelo Poder Judiciário.

Além disso, a identificação de determinadas áreas para as quais cada um dos Poderes constituídos está "vacionado" permite a organização do jogo político, fazendo com que os cidadãos saibam em que arena devem discutir determinadas questões e quais devem ser os agentes públicos que devem ser responsabilizados por determinadas decisões¹⁹.

(MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 184)

¹⁹ A Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no julgamento do caso *Loving v. United States*, acolheu o seguinte entendimento expresso no voto do *Justice Kennedy*:

"A limitação de regras arbitrárias e tirânicas, porém, não é a única razão para distribuir o poder federal entre três ramos. Alocando poderes e responsabilidades específicas para o ramo apto para cada tarefa, os Fundadores criaram um governo nacional que é igualmente eficiente e passível de responsabilização. O artigo I estabelece regras sobre representação, qualificação de membros, bicameralismo e procedimento de votação que tornam o Congresso o ramo mais responsivo e habilitado para a deliberação sobre a criação de leis. Ver *Chadha*, supra, em 951. Despreparados para tal tarefa são a Presidência, projetada para a pronta e fiel execução das leis e seus próprios poderes legítimos, e o Judiciário, um ramo com mandato e autoridade independentes do controle eleitoral direto. A clara indicação do poder para um ramo, além do mais, permite ao cidadão saber quem pode ser chamado a responder por tomar, ou não, as delicadas e necessárias decisões essenciais ao exercício do governo.

Por essa razão, a doutrina tem apontado que o exame sobre a compatibilidade do exercício de determinada competência por um órgão estatal não pode mais ser feito com a análise apenas sobre qual a espécie de função a que se identifica a competência, mas também com o exame sobre qual a instituição que teria melhores condições para desempenhar aquela competência²⁰. Vale dizer, importa menos saber em qual modelo teórico de função estatal encaixa-se uma determinada competência, e sim qual o órgão que poderá desempenhá-la com melhor "performance"²¹.

Em resumo, a separação dos Poderes, além de representar uma tentativa de limitação de poderes mediante o artifício de dividi-lo entre diferentes autoridades públicas, é também uma forma de tentar distribuir as funções estatais entre os órgãos mais capacitados para desenvolver cada uma das atividades exigidas do Estado contemporâneo.

1.3. Importância para o tema do controle das agências reguladoras

A adequada compreensão do princípio da separação dos Poderes é indispensável para o exame do tema do exercício de função normativa pelas agências reguladoras e para a compreensão do controle jurisdicional que será feito sobre essa atividade normativa.

("Deterrence of arbitrary or tyrannical rule is not the sole reason for dispersing the federal power among three branches, however. By allocating specific powers and responsibilities to a branch fitted to the task, the Framers created a National Government that is both effective and accountable. Article I's precise rules of representation, member qualifications, bicameralism, and voting procedure make Congress the branch most capable of responsive and deliberative lawmaking. See Chadha, *supra*, at 951. Ill suited to that task are the Presidency, designed for the prompt and faithful execution of the laws and its own legitimate powers, and the Judiciary, a branch with tenure and authority independent of direct electoral control. The clear assignment of power to a branch, furthermore, allows the citizen to know who may be called to answer for making, or not making, those delicate and necessary decisions essential to governance.")

²⁰ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle judicial da atividade normativa das agências de regulação brasileiras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (org.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 308.

²¹ "Não é mais possível ver, no princípio da separação dos poderes, a determinação a uma segmentação inflexível de funções entre os órgãos estatais, sendo necessário interpretá-lo de modo mais permissivo em relação a este ponto. O que parece ser realmente importante é o seu propósito inicial de partilha do poder político e do controle mútuo de seus titulares, que permanece presente neste novo modo de encarar tal princípio.

Desse modo, deve-se reconhecer à Administração, de cuja ação depende a efetivação de direitos estipulados em políticas públicas, uma esfera de atuação própria, cuja relevância nem sempre é destacada. O bom encaminhamento de uma política social de saúde depende, primordialmente, de escolhas daqueles que estão encarregados de dar-lhe cumprimento. Seria ilusório imaginar que este exercício já tenha sido feito na lei ou possa dela ser sacado, unívoca e inequivocamente. Há, inegavelmente, opções e muitas delas discricionárias, a serem feitas pela Administração."

(SUNDFELD, Carlos Ari; PINTO, Henrique Motta; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle judicial da administração. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MONTEIRO, Vera. **Direito administrativo: introdução ao direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 77/78)

De fato, o princípio da separação dos Poderes, em sua visão clássica, consagra o entendimento de que (i) o exercício dos poderes estatais deve ser partilhado para evitar abusos, (ii) tal partilha é matéria de ocupação do Poder Constituinte²², (iii) os Poderes constituídos não podem burlar essa partilha de modo indireto mediante a renúncia e transferência do exercício de sua esfera própria de poderes e (iv) os cidadãos têm o direito a serem tolhidos em sua liberdade apenas mediante os atos estatais realizados pelos órgãos com competência para tanto.

Todas essas consequências do princípio da separação dos Poderes indicariam uma visão estreita a respeito da possibilidade de órgãos administrativos editarem atos com conteúdo normativo geral e abstrato, pois (i) as agências constituem uma espécie de órgão estatal que reúne competências aparentemente próprias de distintos Poderes do Estado, (ii) não poderiam as leis transferir atividades próprias do Poder Legislativo para órgãos, como as agências reguladoras, do Poder Executivo e (iii) as competências conferidas às agências reguladoras por suas leis criadoras não poderiam lícitamente interferir sobre a esfera jurídica dos entes regulados.

Ocorre, porém, que existem também aspectos do princípio da separação dos Poderes que indicariam a necessidade de respeitar os conteúdos normativos editados pelas agências reguladoras. Com efeito, conforme se amplie o âmbito de funções do Poder Executivo, aumenta-se também a necessidade de reconhecer que (i) o Poder Executivo deve estar aparelhado para o exercício dessas funções e (ii) que os outros Poderes constituídos não podem interferir no exercício dessas competências.

Nesse sentido, o princípio da separação dos Poderes serve para afastar a ingerência, por exemplo, judicial sobre decisões que se consideram próprias do Poder Executivo.

²² No julgamento de *Marbury vs. Madison*, Justice Marshall já apontara a necessidade de que os limites de cada um dos Poderes estivessem consagrados na Constituição:

"Esta doutrina subverteria o fundamento de todas Constituições escritas. Declararia que um ato que, de acordo com os princípios e teoria do nosso governo, é inteiramente írrito, é, na prática, completamente obrigatório. Declararia que, se o Legislativo fizesse o que é expressamente proibido, esse ato, apesar da expressa proibição, seria efetivo na realidade. Daria ao Legislativo uma prática e real onipotência enquanto formalmente declarasse que os poderes do Legislativo estariam restritos dentro de limites estreitos. Prescreveria limites e declararia que tais limites poderiam ser afastados por capricho."

("This doctrine would subvert the very foundation of all written Constitutions. It would declare that an act which, according to the principles and theory of our government, is entirely void, is yet, in practice, completely obligatory. It would declare that, if the Legislature shall do what is expressly forbidden, such act, notwithstanding the express prohibition, is in reality effectual. It would be given to the Legislature a practical and real omnipotence with the same breath which professes to restrict their powers within narrow limits. It is prescribing limits, and declaring that those limits may be passed by pleasure.")

(*Marbury vs. Madison*, 5 U.S. 137)

Constata-se, portanto, que o princípio da separação dos Poderes é fundamental para o exame da função normativa das agências reguladoras, não sendo possível, porém, afirmar de forma categórica e independentemente do exame de diversas outras questões se o princípio da separação dos Poderes, em uma dada situação concreta, justifica o reconhecimento da validade ou da nulidade do exercício de função normativa pelas agências reguladoras.

É de se anotar, ainda, que o princípio da separação dos Poderes possui, conforme acima referido, conteúdo mutável e, em certa medida, é vago, razão pela qual o seu real alcance deve ser buscado com atenção à evolução da sociedade e com o avanço histórico da sua aplicação jurisprudencial em cada matéria específica.

Ressalte-se, nesse passo, que o real alcance dos princípios, conquanto em tese possa ser atingido pelo seu exame em abstrato, é bastante facilitado pelo exame de casos concretos decididos ou postos em discussão perante o Judiciário, pois estes permitem perceber as interações que os diversos princípios contrapostos estabelecem entre si e identificar os parâmetros concretos empregados pela doutrina e jurisprudência para definir, de fato, a força e relevância jurídica de cada um dos princípios²³.

2. Crescimento da Administração Pública

2.1. Novas demandas e crescente relevância das atividades da Administração Pública

A Administração Pública, desde as graves crises ocorridas no primeiro pós-guerra, teve um ganho considerável de importância e força como ator social e em relação aos outros Poderes estatais²⁴.

O ganho considerável de importância origina-se, de um lado, pelo crescimento da relevância de algumas matérias que sempre foram ocupação do Poder Executivo (por exemplo, diplomacia²⁵) e, de outro, pelo aumento das atribuições da Administração Pública (por exemplo, a necessidade de desempenho de atividades para satisfazer os chamados direitos fundamentais de segunda geração).

²³ SUNDFELD, Carlos Ari; PINTO, Henrique Motta; CÂMARA, Jacintho Arruda. Princípios do direito administrativo. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MONTEIRO, Vera. **Direito administrativo: introdução ao direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 7.

²⁴ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (org.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 28.

²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 124.

Além disso, não se pode esquecer que a direção da economia passou a exigir maior participação do Estado em uma ação forte, célere e coordenada, características que se amoldavam com maior precisão às características do Poder Executivo.

A exigência de uma ação mais firme do Estado nessa área decorre, entre outros fatores, da circunstância das atividades econômicas com o avanço tecnológico e mudanças sociais trazerem maiores riscos à própria sociedade²⁶ e atingirem um número incomparavelmente maior de pessoas.

Note-se, ademais, que a progressiva ampliação do eleitorado tornou o Parlamento, de um lado, naturalmente mais heterogêneo, potencializando as tendências à obstrução legislativa e dificultando a construção de consensos parlamentares; e, de outro, fez surgirem novas demandas sociais oriundas desses novos eleitores²⁷.

Assim, como consequência, o Estado passou a ter maiores deveres na área social e econômica e o Parlamento passou a ser ainda mais inapto a editar legislação sobre as matérias que exigiam uma rápida e constantemente mutável disciplina e que, por sua própria natureza, envolviam uma maior zona de disputa política.

Dessa forma, o crescimento da importância da Administração Pública refletiu-se naturalmente também no exercício de competências normativas. É que, além da necessidade de organizar o exercício de suas próprias atividades (que cresceram sobremaneira), a Administração Pública, para atingir os novos objetivos que lhe foram impostos, necessitava da edição de atos normativos que não poderiam ser produzidos, de forma célere, adequada e eficaz, pelo Poder Legislativo²⁸.

²⁶ FARIA, José Eduardo. **Sociologia jurídica: direito e conjuntura**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 15.

²⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da economia: conceito e características contemporâneas. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (org.). **Curso de direito administrativo econômico, vol. III**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 447.

²⁸ "É notório que os Parlamentos não dão conta das "necessidades" legislativas dos Estados contemporâneos; não conseguem a tempo e a hora, gerar as leis que os governos reclamam, que os grupos de pressão solicitam. As normas que tradicionalmente pautam o seu trabalho dão - é certo - ensejo a delongas, oportunidade a manobras e retardamentos. Com isso, os projetos se acumulam e atrasam. E esse atraso, na palavra do governo, no murmúrio da opinião pública, é a única e exclusiva razão por que os males de que sofre o povo não são aliviados.

Nem estão os Parlamentos, por sua própria organização, em condições de desempenhar, lentamente mas a contento, a função legislativa. O modo de escolha de seus membros torna-os pouco freqüentados pela ponderação e pela cultura, mas extremamente sensíveis à demagogia e à advocacia em causa própria. Os interesses não têm dificuldade em encontrar porta-vozes eloqüentes, o bem comum nem sempre os acha. Por outro lado, o seu modo de trabalhar também é inadequado às decisões que deve tomar. Como, por exemplo, estabelecer um planejamento por meio do debate parlamentar?

Ora, a incapacidade dos Parlamentos conduz à sua abdicação. Cá e lá, a delegação do Poder Legislativo, ostensiva ou disfarçada, torna-se a regra comum, apesar das proibições constitucionais. A imaginação dos constitucionalistas desvela-se em encontrar caminhos para que o Executivo possa legislar enquanto os magistrados olham para outro lado a fim de não verem as violações à Constituição. Mais ainda, desistindo de remar contra a corrente, Constituições recentes, como a francesa de 1958, a brasileira de 1967, dão ao Executivo verdadeiro poder legislativo autônomo."

(FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 14/15)

Note-se, nesse passo, que o advento da sociedade de massa tornou imperiosa a necessidade do Estado de editar uma legislação de conjuntura, pouco adaptada, portanto, ao processo legislativo (naturalmente moroso).

Além disso, o desenvolvimento técnico fez com que a "legislação" tivesse que acompanhar situações rapidamente mutáveis, adaptáveis ao rápido avanço tecnológico.

Assim, passou-se a uma realidade em que as normas estatais deveriam ser editadas de forma célere, mutáveis facilmente e com profundo conteúdo técnico, exigindo, portanto, características pouco adaptadas ao processo legislativo clássico. Dessa forma, ainda que existam (e é recomendável que existam) formas de tornar o Parlamento mais habilitado a discutir e votar sobre assuntos com alto grau de complexidade técnica, as próprias forças políticas, por vezes, pretendem afastar a discussão de determinadas matérias da arena político-eleitoral de curto prazo, preferindo construir opções de discussão dessas matérias em um clima mais imparcial e de acordo com parâmetros técnicos mais refinados.

Ressalte-se, por oportuno, que a regulação de setores da economia é um campo legislativo em que essas características mostram-se fortemente presentes, demandando a edição rápida de atos normativos com conteúdo extremamente técnico e rapidamente mutáveis e adaptáveis às circunstâncias do mercado.

Ademais, para boa parte da doutrina, algumas das decisões de regulação da economia têm de ser tomadas antes que os agentes do mercado tenham conhecimento sob o seu conteúdo, sob pena de tais medidas não alcançarem o resultado almejado²⁹, o que, por óbvio, é incompatível com o processo legislativo.

Conclui-se, dessa forma, que as novas tarefas que devem ser cumpridas pelo Estado contemporâneo exigem que o Poder Executivo assuma novos papéis e tenha, para tanto, mais amplas funções (ou seja, poderes conferidos para o atingimento de determinadas finalidades públicas).

A atividade normativa encaixa-se nesse panorama, sendo uma função que, conquanto sempre existisse no rol das competências do Poder Executivo, teve o seu alcance ampliado com as grandes alterações no papel do Estado ocorridas principalmente a partir da primeira metade do século XX.

²⁹ O exemplo clássico dessa situação é o de aumento de juros, que, se conhecido previamente pelo mercado, poderia não atingir os resultados esperados. Essa necessidade de "sigilo" na atuação normativa do Estado, porém, é altamente questionável, pois (i) há crescente demanda por transparência e publicidade prévia também das decisões das autoridades administrativas e (ii) as situações que demandam sigilo estão mais próximas das atividades tipicamente administrativas do que propriamente "legislativas".

2.2. O papel do Chefe do Poder Executivo

O papel do Chefe do Poder Executivo não pode ser menosprezado na análise do crescimento das atividades de edição de atos normativos gerais e abstratos pela Administração Pública.

Com efeito, se a visão clássica expunha uma situação em que o Parlamento prestava-se a um papel de proteção da sociedade contra os abusos do Poder Executivo, a realidade é a de que o Chefe do Poder Executivo, nos dias atuais, em razão de a ocupação de seu posto decorrer de escolha popular (direta ou indiretamente), também possui forte papel representativo da sociedade, o que aumenta a sua força política³⁰.

Além disso, a organização da luta político-eleitoral em torno de partidos faz com que exista uma profunda mistura entre interesses dos ocupantes de cargos no Poder Executivo e Legislativo. Em outras palavras, as relações partidárias muitas vezes se sobrepõem às posições supostamente antagônicas entre os diferentes Poderes, sendo certo que o Presidente da República acaba por exercer o papel de liderança política de boa parte do próprio Parlamento.

Assim, além do expressivo crescimento da importância do Poder Executivo na regulação da economia, o Chefe do Poder Executivo também passou a ter força e papel ainda mais relevantes na organização política do Estado.

Anote-se, nesse passo, que o Chefe do Poder Executivo acaba por exercer a "alta condução" de todo o aparato administrativo, razão pela qual a regulação econômica realizada pelos entes administrativos estaria, em tese, submetida à sua orientação. Por essa razão, então, há quem sustente que as agências reguladoras seriam um ótimo contraponto ao fortalecimento do Poder Executivo e de seu Chefe.

É que as agências reguladoras, com sua relativa autonomia, tornar-se-iam centros editores de normas jurídicas não integralmente submetidos às orientações do Chefe do Poder Executivo, prestando-se a evitar a concentração desmesurada de poderes na mão do Chefe do Poder Executivo.

2.3. Necessidade de adaptação à nova realidade

Reconheça-se, por fim, que o fundamento material para o reconhecimento de competências normativas aos órgãos da Administração Pública é a imperiosa necessidade do

³⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 125.

exercício dessas competências. Em outras palavras, a justificativa material para a competência normativa de órgãos da Administração Pública é a impossibilidade de a sociedade contemporânea organizar-se satisfatoriamente sem que a Administração Pública tenha poderes normativos³¹.

Assim, ainda que o reconhecimento de competências normativas à Administração Pública represente, em uma visão clássica, risco à liberdade individual, o não reconhecimento de competências normativas a entes da Administração Pública é também um risco, pois a ineficiência de qualquer sistema político pode conduzir a soluções radicais e também comprometedoras das liberdades individuais³².

Importa, então, analisar quais as formas pelas quais a Administração Pública exerce competências normativas. É o que se passa a fazer no tópico seguinte.

3. Participação do Poder Executivo em atividades normativas

A concepção clássica e ideal da separação dos poderes prevê a distinção entre três funções estatais básicas (normativa, administrativa e de julgar) e a atribuição de cada uma delas a um órgão independente e especializado no exercício dessa função. Essa divisão não seria, mesmo na visão clássica, absoluta, existindo hipóteses excepcionais em que um órgão praticaria atos próprios do outro.

Tais hipóteses excepcionais, porém, seriam restritas, pois, de um lado, a previsão abundante de hipóteses constitucionais em que um Poder exercesse competências próprias de outro acabaria por, de fato, aniquilar a separação dos Poderes; e, de outro, não seria possível que atos infraconstitucionais transferissem funções entre os Poderes sob pena de violação ao princípio constitucional da indelegabilidade de funções e, por conseguinte, ao próprio princípio da separação dos Poderes.

Conclui-se, nesse contexto, que o princípio da separação dos Poderes, ao conferir a função normativa ao Poder Legislativo, atribui a esse mesmo Poder o papel fundamental do exercício da política como atividade de determinação do sentido para o qual se orienta a ação estatal³³. Nessa visão, cumpre ao Poder Legislativo um papel de

³¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2ª ed. São: Revista dos Tribunais, 2000, p. 274/275.

³² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 15/17.

³³ A preeminência do Legislativo está ligada ao fortalecimento histórico do pensamento liberal, sendo encontrada essa visão já em Locke, conforme aponta:

"Definida a forma de governo, cabe igualmente à maioria escolher o poder legislativo, que Locke, conferindo-lhe uma superioridade sobre os demais poderes, denomina de poder supremo. Ao legislativo

preeminência, enquanto ao Executivo cumpre "executar a lei de ofício" e ao Poder Judiciário ser mera "boca da lei"³⁴.

É difícil crer que essa visão idealizada da separação dos Poderes tenha se materializado em algum ordenamento jurídico concreto, pois a realidade fática sempre garantiu espaços políticos importantes ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário.

Com as mudanças sociais e econômicas e o consequente alargamento das atividades e deveres da Administração Pública, o distanciamento dessa visão ideal somente se exacerbou³⁵.

Atualmente, os órgãos do Poder Executivo possuem e exercem largamente funções normativas, sendo certo que o fundamento material para o exercício dessas funções normativas é a necessidade dessa disciplina para que a sociedade contemporânea seja razoavelmente regulada e para que o Estado cumpra minimamente os seus objetivos. Em outras palavras, se não se reconhecer ao Poder Executivo um papel importante no exercício de funções normativas, a própria sociedade sofrerá consequências negativas em decorrência da ausência da disciplina estabelecida pelo Poder Executivo (único apto a discipliná-las satisfatoriamente).

Esse fundamento material, porém, não se presta a justificar toda e qualquer ação do Poder Executivo na área legislativa, sendo de se investigar qual o fundamento formal, em cada ordenamento jurídico, para o exercício de tais competências e os seus limites.

se subordinam tanto o poder executivo, confiado ao príncipe, como o poder federativo, encarregado das relações exteriores (guerra, paz, alianças e tratados). Existe uma clara separação entre o poder legislativo, de um lado, e os poderes executivo e federativo, de outro lado, os dois últimos podendo, inclusive, ser exercidos pelo mesmo magistrado.

Em suma, o livre consentimento dos indivíduos para o estabelecimento da sociedade, o livre consentimento da comunidade para a formação do governo, a proteção dos direitos de propriedade pelo governo, o controle do executivo pelo legislativo e o controle do governo pela sociedade, são, para Locke, os principais fundamentos do estado civil."

(MELLO, Leonel Itaussu Almeida Mello. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco Correa (org.). **Os clássicos da política**. v. 1. 14ª ed. São Paulo: Ática, 2006, p. 87)

³⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 117.

³⁵ "Duas alterações típicas do novo padrão de intervenção estatal são dignas de destaque. A primeira delas, já mencionada, é o evidente crescimento do Executivo. As políticas intervencionistas, assim como as de promoção dos serviços públicos, dependem fundamentalmente da ação do Executivo, a quem incumbe dar as respostas imediatas às novas demandas sociais. É importante mencionar a adoção da ideia do planejamento, como forma de indução do desenvolvimento e da repartição mais justa do fundo público para promoção do bem-estar social, que em muito contribui para o fortalecimento do Executivo. Não é mais possível sustentar, como na época liberal, a centralidade do Poder Legislativo, que perde muito de seu espaço."

(DEL PICCHIA, Lucia. Poder normativo das agências reguladoras: sentido da retomada do debate na doutrina jurídica. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). **Direito econômico: direito econômico regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 333/334)

3.1. Fundamentos formais do exercício de funções normativas pelo Poder Executivo

Analisar o fundamento formal para a ação "legislativa" do Poder Executivo é apreciar o que a Constituição, instrumento básico de organização do poder estatal, estabelece a respeito do exercício dessas atividades.

Com efeito, o Poder Executivo, assim como os outros Poderes, tem as atribuições delimitadas pelo texto constitucional, razão pela qual sua atividade somente pode ser validamente realizada se se restringir ao quanto autorizado pela Constituição. Note-se, no que se refere às atividades normativas do Poder Executivo, que, além de estabelecer o que pode ser disciplinado pelo Poder Executivo (matérias e conteúdos possíveis), a Constituição estabelece os procedimentos que devem ser seguidos, existindo, por exemplo, matérias que somente podem ser disciplinadas pelo Poder Executivo se exercidas atribuições específicas conferidas constitucionalmente.

Assim, é possível imaginar hipótese em que determinada matéria poderia, eventualmente, ser disciplinada pelo Poder Executivo através de lei delegada, mas a disciplina dessa mesma matéria pelo mesmo Poder Executivo estaria vedada mediante mero regulamento³⁶. É que, nesse exemplo, as competências exercitáveis pelo Poder Executivo são diferentes e o regime jurídico de cada um dos atos normativos é também diferente.

³⁶ "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRELIMINAR. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO. PROCESSO LEGISLATIVO. MEDIDA PROVISÓRIA. COMPETÊNCIA DO GOVERNADOR PARA EDITÁ-LA. AUMENTO DE REMUNERAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS. INICIATIVA. DOAÇÃO DE BENS DO ESTADO. MAJORAÇÃO DO PERCENTUAL DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS NA ARRECADAÇÃO DO ICMS. EFICÁCIA LEGAL LIMITADA NO TEMPO. PREJUDICIALIDADE.

1. Podem os Estados-membros editar medidas provisórias em face do princípio da simetria, obedecidas as regras básicas do processo legislativo no âmbito da União (CF, artigo 62).

2. Constitui forma de restrição não prevista no vigente sistema constitucional pátrio (CF, § 1º do artigo 25) qualquer limitação imposta às unidades federadas para a edição de medidas provisórias. Legitimidade e facultatividade de sua adoção pelos Estados-membros, a exemplo da União Federal.

3. Lei 219/90. Reajuste de remuneração dos cargos de confiança exercidos por servidores do Estado. Iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo. Legitimidade. Inexistência de afronta ao princípio da moralidade. Pedido improcedente.

4. Lei 220/90. Autorização legislativa para venda e doação de lotes situados em área urbana específica. Política habitacional implantada na Capital de Estado em fase de consolidação. Ausência de violação à Carta Federal. Improcedência.

5. Lei 215/90. Ofensa ao princípio da separação dos Poderes por norma que atribui ao Governador autorização para dispor, segundo sua conveniência, de bens públicos do Estado, sem especificá-los. Instrumento anômalo de delegação de poderes. Inobservância do processo legislativo concernente às leis delegadas. Ação, no ponto, julgada procedente.

6. Lei 218/90. Elevação do percentual da arrecadação do ICMS a ser repassado aos Municípios por repartição das receitas tributárias, no período compreendido entre os anos de 1990 e 1995. Suspensão cautelar. Regra cuja

Há que se verificar, portanto, em cada ordenamento jurídico, se a Constituição autoriza a participação do Poder Executivo no processo legislativo ou a edição de atos normativos pelo Poder Executivo independentemente de intermediação legislativa ou com necessária intermediação legislativa, verificando, em cada uma dessas hipóteses, as potencialidades e limites do ato normativo a ser editado pelo Poder Executivo.

A participação do Poder Executivo no processo legislativo sempre existiu, sendo necessário apenas verificar quais os instrumentos previstos, em cada ordenamento, para tal participação.

Além disso, há hipóteses em que a Constituição autoriza a edição de atos normativos pelo Poder Executivo com a natureza de leis em sentido formal e sem a necessidade de intermediação legislativa. Assim, por exemplo, no sistema brasileiro, as hipóteses de cabimento e os limites que devem ser respeitados na edição de medidas provisórias são estabelecidas na própria Constituição³⁷, que autoriza o Poder Executivo a

eficácia exauriu-se pelo decurso do tempo de sua vigência. Pedido prejudicado por perda superveniente do objeto.

Ação direta julgada procedente em parte para declarar a inconstitucionalidade da Lei estadual 215/90." grifei (STF, Tribunal Pleno, ADI n. 425/TO, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 04.09.02, DJ 19.12.03, p. 19, por maioria)

³⁷ O art. 62 da Constituição estabelece:

"Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa a:

- a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;
- b) direito penal, processual penal e processual civil;
- c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
- d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

II - que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III - reservada a lei complementar;

IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

§ 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

§ 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.

§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

§ 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional.

editar tais atos normativos, com natureza de lei em sentido material e formal, sem a necessidade de intermediação legislativa.

Em outras hipóteses, conquanto prevista constitucionalmente, a atividade normativa do Poder Executivo é dependente de intermediação legislativa. Assim, por exemplo, a competência constitucional para a edição de regulamentos executivos somente poderá ser exercida, por óbvio, nas hipóteses em que houver uma lei a ser regulamentada. Tal afirmação não significa que a lei "autorize" a ação do Poder Executivo (que, ao contrário, possui autorização constitucional, ao menos no sistema brasileiro, para regulamentar as leis), e sim que o exercício de uma competência própria do Poder Executivo depende de um prévio ato de competência de outro Poder.

Essa distinção faz com que se separem atos primários e secundários, conforme sejam editados apenas com fundamento na Constituição ou que dependam de um outro ato, de natureza legal, para serem editados.

Normalmente, esse critério assimila-se à divisão entre atos que inovam a ordem jurídica e atos que não inovam na ordem jurídica. Assim, a lei, ato primário, poderia inovar na ordem jurídica e o regulamento, ato secundário, não poderia inovar na ordem jurídica, pois estaria limitado pelo previsto anteriormente pela lei.

Esses dois critérios, porém, não são idênticos, bastando para demonstrá-lo o exemplo da lei delegada. É que, nesse caso, a competência somente pode ser exercida mediante prévio ato legislativo autorizador (nesse sentido, a lei delegada seria ato secundário), mas o conteúdo normativo da lei delegada não estaria previsto na lei autorizativa (nesse sentido, a lei delegada poderia inovar na ordem jurídica).

Partindo dessas premissas, é possível elaborar uma primeira classificação das técnicas de "transferência" de funções normativas a órgãos da Administração Pública que as separe conforme elas (i) autorizem a participação do Poder Executivo no processo de elaboração de normas conduzido pelo Poder Legislativo, (ii) permitam, mediante intermediação legislativa, o exercício de função normativa em casos específicos pelo Poder

§ 8º As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados.

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

§ 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

§ 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto."

Executivo ou (iii) garantam o exercício de atividade normativa pelo Poder Executivo independentemente de intermediação legislativa e com fundamento exclusivo no texto constitucional.

3.2. Participação do Poder Executivo no processo legislativo

Na primeira situação, incluem-se as técnicas que garantem ao Poder Executivo um papel importante ou até mesmo poder de liderança no processo legislativo.

Note-se, por oportuno, que o Poder Executivo, em razão de sua força política junto ao eleitorado e da própria organização partidária nas disputas eleitorais, possui naturalmente um papel de liderança política. Esses fatores sociais, de qualquer forma, são reforçados por elementos jurídicos que instrumentalizam o exercício dessa liderança política.

Assim, mesmo na concepção clássica da separação dos Poderes, Montesquieu considerava indispensável a previsão de poder de veto dos atos legislativos ao Poder Executivo, pois considerava que a ausência do poder de veto conduziria à aniquilação do Poder Executivo pelo Poder Legislativo³⁸.

Da mesma forma, é comum a previsão de matérias cuja discussão legislativa depende de iniciativa do Poder Executivo, como é exemplo, no ordenamento brasileiro, da previsão contida no art. 61, § 1º, da Constituição de 1988³⁹, que, apesar de se referir expressamente apenas ao Presidente da República, é aplicável também, em razão da extensão

³⁸ O poder de veto era originalmente visto como um mecanismo de defesa do Poder Executivo contra eventuais tentativas ilícitas de interferência do Poder Legislativo sobre as atividades próprias do Poder Executivo. Atualmente, porém, funciona como precioso mecanismo de participação do Poder Executivo no processo legislativo, pois a derrubada do veto é politicamente difícil e custosa (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 154/155).

³⁹ "Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º. São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;

f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

(...)"

dada ao princípio da simetria pelo Supremo Tribunal Federal, aos demais entes da Federação⁴⁰.

Há também variadas formas de influência do Poder Executivo sobre a fixação da agenda de debate e votações do Poder Legislativo, podendo, por exemplo, encaminhar mensagem com forte apelo político indicando as matérias que considera devam ser apreciadas pelo Parlamento⁴¹ ou até mesmo fixar a ordem do dia dos órgãos do Poder Legislativo⁴².

Existem, por fim, inúmeros mecanismos formais e informais de pressão política que acabam por permitir que o Presidente da República participe do processo legislativo e, muitas vezes, por meio desses mecanismos dificulte a entrada em vigor de atos legislativos que sejam contrários a suas posições políticas ou facilite a aprovação de projetos de lei que são de seu interesse.

Esses mecanismos, porém, são utilizáveis no processo legislativo, sendo certo que há inúmeras situações em que, conforme se apontou acima, o processo legislativo é insuficiente para disciplinar satisfatoriamente as matérias. Assim, é indispensável analisar as outras formas de participação do Poder Executivo na edição de atos normativos.

3.3. Funções normativas do Poder Executivo exercidas com fundamento exclusivo na Constituição

A previsão de funções normativas do Poder Executivo no texto constitucional não representa, em regra, grande dificuldade para o constitucionalista. É que o princípio da separação dos Poderes não corresponde a uma fórmula pré-existente e fixa de distribuição de funções entre os órgãos estatais⁴³.

⁴⁰ (STF, Tribunal Pleno, ADIn n. 3176, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 30.06.11, DJe 05.08.11, v.u.)

⁴¹ É o que ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos da América, em que, conquanto não tenha poder formal de iniciativa, o Presidente da República possui o papel de "legislative leader" (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2ª ed. São: Revista dos Tribunais, 2000, p. 122/123)

⁴² "Menos berrante, porém, com finalidade idêntica, é a Constituição francesa de 1958, que, sem fixar prazos para a deliberação parlamentar, atribui ao governo o poder de estabelecer a ordem do dia das câmaras. De fato, o art. 48 dessa Constituição dispõe que "a ordem do dia das assembléias comporta, prioritariamente e na ordem fixada pelo Governo, a discussão dos projetos apresentados ou aceitos por ele"."

(FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 150.)

⁴³ Consta da ementa do v. acórdão proferido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 183:

"I. Separação e independência dos Poderes: critério de identificação do modelo positivo brasileiro. O princípio da separação e independência dos Poderes não possui uma fórmula universal apriorística e completa: por isso, quando erigido, no ordenamento brasileiro, em dogma constitucional de observância compulsória pelos Estados-membros, o que a estes se há de impor como padrão não são concepções abstratas ou experiências concretas de outros países, mas sim o modelo brasileiro vigente de separação e independência dos Poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República. I. Separação e independência dos Poderes: critério de identificação do modelo positivo brasileiro. O princípio da separação e independência dos Poderes não possui uma fórmula universal apriorística e completa: por isso, quando erigido, no ordenamento brasileiro, em dogma constitucional

O princípio da separação dos Poderes possui assim, em cada Estado e em cada época, o contorno que lhe é dado pelo Constituinte. Não há óbice, portanto, a que o Constituinte estabeleça formas excepcionais de exercício de atividade normativa pelo Poder Executivo.

No caso brasileiro, o texto constitucional é expresso ao conferir ao Poder Executivo, por exemplo, a competência para a edição de medidas provisórias, leis delegadas e regulamentos, não se admitindo que tais disposições constitucionais constituam alguma hipótese de violação ao princípio da separação dos Poderes.

Isso não impede, é claro, que o princípio da separação dos Poderes seja invocado para, mediante interpretação do texto constitucional, esclarecer o alcance de determinada competência do Poder Executivo.

Assim, por exemplo, as limitações às medidas provisórias, antes da edição da Emenda Constitucional n. 32/2001, que facilitou o trabalho do intérprete, eram obtidas a partir da análise dessa competência normativa constitucional do Poder Executivo à luz do princípio da separação dos Poderes e de uma comparação com as limitações impostas às leis delegadas.

Dessa forma, ainda que se reconheça que compete ao Constituinte originário estabelecer qual a forma de distribuição das competências entre os diversos órgãos estatais e ao Constituinte derivado elaborar alterações relevantes a respeito do assunto, a compreensão do exato alcance do princípio da separação dos Poderes é importante para a interpretação dos textos constitucionais e para verificação, até mesmo, sobre se o Constituinte derivado manteve-se fiel aos limites do poder de revisão constitucional.

Ressalte-se, por oportuno, que o texto constitucional brasileiro garante ao Poder Executivo a função regulamentar, ou seja, o Poder Executivo possui a função regulamentar independentemente de "autorização" do Poder Legislativo. Isso não significa, contudo, que o Poder Executivo tenha a atribuição para estabelecer, mediante regulamentos, disposições que criem direitos ou estabeleçam deveres independentemente de lei.

A solução sobre essa questão depende, na verdade, da análise do ordenamento de cada Estado, que pode, ou não, conferir essa atribuição aos regulamentos editados pelo Poder Executivo.

de observância compulsória pelos Estados-membros, o que a estes se há de impor como padrão não são concepções abstratas ou experiências concretas de outros países, mas sim o modelo brasileiro vigente de separação e independência dos Poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República.

(...)"

(STF, Tribunal Pleno, ADI n. 183/MT, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 07.08.97, DJ 31.10.97, v.u.)

No caso brasileiro, afirma-se que, em regra, o regulamento depende da existência de uma lei a ser "minudenciada, tornada operativa" mediante ato normativo geral e abstrato a ser editado pelo Chefe do Poder Executivo.

Ocorre, porém, que, em hipóteses excepcionais, o regulamento, mesmo no Direito brasileiro, pode ser considerado autônomo (art. 84, VI, da Constituição de 1988, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 32/2001), ou seja, independe de prévia lei a ser disciplinada por esse instrumento normativo.

Além disso, são encontradíssimos exemplos de regulamentos que "regulamentam" dispositivos constitucionais. Vale dizer, sendo as normas constitucionais imediatamente aplicáveis, mas dependendo sua aplicação de ação administrativa, é possível, em tese, que o Poder Executivo edite regulamento para disciplinar a aplicação de disposição normativa constitucional.

Nesse caso, conquanto o conteúdo do regulamento esteja limitado pelo texto constitucional, é possível afirmar que, ao menos em determinado sentido, o regulamento é ato normativo primário, pois busca sua fundamentação exclusivamente no texto constitucional.

3.4. Funções normativas do Poder Executivo dependentes de intermediação legislativa

Há hipóteses em que o exercício de atividade normativa pelo Poder Executivo não está fundado na imediata aplicação e execução da Constituição e depende de algum ato legislativo que, expressa ou implicitamente, confira alguma margem de manobra para a ação normativa do Poder Executivo. Nessas situações, há a necessidade de verificar se (i) era possível a concessão desse espaço de liberdade e (ii) se o ato normativo editado pelo Poder Executivo respeitou os limites estabelecidos na previsão legal.

Quanto ao segundo aspecto, há pouco a afirmar, pois se trata do exame cotidiano de legalidade dos atos editados pelo Poder Executivo.

O primeiro aspecto, por sua vez, corresponde a matéria própria do Direito Constitucional e deve, neste momento, ser aprofundado.

As leis, por vezes, deixam expressamente aos regulamentos a tarefa de disciplinarem determinados aspectos da matéria regradada. Victor Nunes Leal, tratando do tema à luz da Constituição de 1937, assevera que essa autorização legislativa deveria ser diferentemente apreciada conforme se tratasse de autorização genérica ou restrita.

O controle, segundo Victor Nunes Leal, tratando-se de autorização legal genérica, deveria ser rígido, pois essa autorização equivaleria apenas a uma inócu

reprodução da competência constitucional estabelecida ao Chefe do Poder Executivo para editar regulamentos e, por isso, o regulamento editado deveria ser de mera execução da Lei. Se, porém, a autorização fosse restrita, conferindo apenas um âmbito de discricionariedade ao Poder Executivo em ponto específico da matéria, o controle que se exercesse sobre esse ato deveria ser menos rígido, pois essa autorização equivaleria a uma delegação legislativa e as delegações legislativas eram admitidas no sistema da Constituição de 1937⁴⁴.

Essa orientação geral, conquanto estabelecida em um contexto constitucional em que se aceitava expressamente a delegação legislativa, parece continuar a ser aceita pela doutrina nacional.

Com efeito, conquanto se afirme, de forma geral, que os regulamentos, no ordenamento brasileiro, são, em regra, de mera execução da lei e não se admita uma delegação pura e simples da atividade legislativa para o nível regulamentar, a doutrina aceita majoritariamente que o regulamento traga algo de novo à disciplina da matéria por ele abrangida, desde que essa "inovação" se dê em termos restritos e definidos legalmente⁴⁵.

Os limites do regulamento remetem à discussão sobre qual o efetivo papel desse instrumento normativo e os meios jurídicos para habilitar a disciplina de determinada matéria mediante mero regulamento.

Para tanto, há dois caminhos teóricos possíveis e, em tese, totalmente distintos⁴⁶, embora, na prática, tenham efeitos práticos similares. O primeiro é delegar ao regulamento a disciplina de determinada matéria que, em tese, seria estabelecida por lei, admitindo no ordenamento a figura do regulamento delegado. Nessa hipótese, "eleva-se" o regulamento para que ele possa disciplinar matéria que, a princípio, não lhe era possível.

⁴⁴ LEAL, Victor Nunes. **Problemas de direito público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 81.

⁴⁵ "O exercício do poder regulamentar do Executivo situa-se dentro da principiologia constitucional da Separação de Poderes (CF, arts. 2º, 60, § 4º, III), pois, salvo em situações de relevância e urgência (medidas provisórias), o Presidente da República não pode estabelecer normas gerais criadoras de direitos ou obrigações, por ser função do Poder Legislativo. Assim, o regulamento não poderá alterar disposição legal, tampouco criar obrigações diversas das previstas em disposição legislativa.

Essa vedação não significa que o regulamento deva reproduzir literalmente o texto da lei, pois seria de flagrante inutilidade. O poder regulamentar somente será exercido quando alguns aspectos da aplicabilidade da lei são conferidos ao Poder Executivo, que deverá evidenciar e explicitar todas as previsões legais, decidindo a melhor forma de executá-la e, eventualmente, inclusive, suprimindo suas lacunas de ordem prática ou técnica." (MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24ª ed. 2ª reimpressão. São Paulo: Atlas, 2009, p. 476/477)

⁴⁶ "O art. 112º, nº 5, não veda, no entanto, o fenômeno, só aparentemente similar ao dos regulamentos delegados, da deslegalização.

São fenômenos inconfundíveis, e até inversos. No regulamento delegado, é o regulamento que é elevado à função e força de lei; na deslegalização, é a matéria de lei que é degradada à matéria de regulamento. No regulamento delegado, alarga-se a área dos tipos de actos (e, por conseguinte, dos órgãos) que podem confluir legislativamente em certa matéria; na deslegalização, restringe-se, passando a matéria da lei a regulamento e de órgão legislativo a órgão regulamentário."

(MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. t. 5. 2ªed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 211)

O segundo corresponde, ao contrário, em "rebaixar" a matéria, para que ela possa ser disciplinada por meio de regulamento. Em outras palavras, não é o regulamento que possui força de lei, e sim a matéria que pode ser disciplinada por ato normativo que não tem força de lei.

É possível a escolha livre, em determinados ordenamentos jurídicos, sobre qual a técnica a se utilizar, admitindo-se tanto os regulamentos delegados, quanto a deslegalização.

No sistema brasileiro, porém, há forte oposição doutrinária e jurisprudencial aos regulamentos delegados (ou autônomos), sendo de se perquirir, então, quais os limites admissíveis da deslegalização.

Essa técnica foi uma das implementadas para permitir que as disposições normativas fossem alteradas de forma célere e técnica como exigem as relações sociais. Consiste, basicamente, em retirar do plano legal as disposições (revogação da disciplina legal anterior) e deixar para os atos infralegais (normalmente, regulamentos editados pelo Chefe do Poder Executivo) a disciplina da matéria.

Note-se, nesse passo, que os ordenamentos jurídicos, em regra, não conferem contornos claros ao papel da lei e limites de matérias que poderiam ser por ela disciplinados. Afirma-se, em regra, que cumpre à lei disciplinar todas as matérias, ou seja, não haveria matéria que não pudesse ser regulada por leis.

Essa afirmação parece (i) extremamente ligada a uma visão liberal clássica do Estado e (ii) exagerada, pois, existindo normas constitucionais, as leis estariam também sujeitas às limitações impostas pelo Poder Constituinte.

Assim, por exemplo, no acórdão n. 214/2011, o Tribunal Constitucional português, conquanto tenha afirmado, em sua maioria⁴⁷, a inexistência de uma "reserva de regulamento" e, portanto, firmado o entendimento que a lei poderia, em tese, disciplinar quaisquer matérias em seus mínimos detalhes, firmou o entendimento de que a lei não poderia

⁴⁷ A Conselheira Maria Lúcia Amaral dissentiu da opinião majoritária, defendendo que existe uma área mínima do Poder Executivo que não pode ser invadida pela lei. Constatou de seu voto:

"A Assembleia, por lei, decidiu vanificar uma *política* que o Governo prosseguira (através de um procedimento complexo que, como já disse, não incluiu apenas actos normativos) sem nada colocar em seu lugar. E ordenou-lhe que adoptasse uma outra. Entendo que a decisão parlamentar violou o princípio da separação dos poderes – nessa sua dimensão positiva a que alude o Acórdão, e que inclui ainda a co-responsabilidade dos diferentes poderes do Estado no cumprimento de tarefas constitucionalmente definidas – porque invadiu o núcleo essencial do poder do executivo enquanto *poder governativo*, tornando-o *nessa sua dimensão* incapaz de responder por uma política que (não) escolheu. E entendo, ainda, que, ao considerar o estatuto constitucional do executivo apenas na sua dimensão de “órgão superior da administração pública”, o Acórdão acaba por fundir numa mesma argumentação duas questões distintas, a que a Constituição respondeu de diferente forma: uma, relativa aos limites da actuação do Parlamento face ao Governo em contexto de separação de poderes; a outra, relativa aos limites da lei face à administração, mormente ao seu poder regulamentar, em contexto de distinção substancial das funções do Estado. Não era a segunda questão que agora estava em causa."

simplesmente ocupar o espaço do regulamento e pretender exercer o papel e função do Poder Executivo. Dessa forma, se existe um espaço para regulamentar a "execução" da lei, o Poder Executivo é o único habilitado a tanto.

Mais importante do que a conclusão do acórdão, entretanto, é a percepção que resta clara pela manifestação de alguns Conselheiros⁴⁸ e pelo resultado do julgamento de que a lei "não pode tudo", pois, atualmente, confere-se aos demais órgãos do Estado (notadamente, ao Poder Executivo) a tarefa de, conjuntamente com o Poder Legislativo, governar o Estado.

De qualquer forma, excluídas situações excepcionais, a lei pode disciplinar qualquer matéria, cumprindo verificar se ela, em todas as matérias, pode simplesmente limitar-se a conferir uma habilitação para que o Poder Executivo discipline o conteúdo dessas matérias.

Afirma-se, de um lado, que cumpre à legislação estabelecer as hipóteses em que a melhor solução a ser adotada pelo órgão administrativo somente pode ser apreciada de

⁴⁸ "Neste Acórdão o Tribunal pronunciou-se pela inconstitucionalidade da norma do art. 3.º por considerar que «no espaço não ocupado por acto legislativo, cabe ao Governo determinar qual o conteúdo do acto regulamentar exigido para a boa execução da lei», e que «um acto legislativo do Parlamento que, mantendo intocados os parâmetros legais em função dos quais determinada actividade administrativa há-de ser desenvolvida, se limita a revogar a regulamentação produzida ao abrigo dessa mesma legislação que o Governo continua a ter de executar, priva este órgão de soberania dos instrumentos que a Constituição lhe reserva para prosseguir as tarefas que neste domínio lhe estão constitucionalmente cometidas»

Concordo que no espaço não ocupado por Lei e que o Governo preencheu definindo legislativamente aspectos essenciais concretizadores de políticas públicas (aqui, em matéria de sistema de ensino), que depois regulamentou, a Assembleia da República não pode aprovar uma Lei que revogue a regulamentação respectiva, ordene a sua modificação e imponha que sejam encetadas negociações, de modo calendarizado.

Mas não sustentaria, sem mais, como faz o Acórdão, que a Assembleia da República pode sempre modificar as opções fundamentais do Governo em matéria de políticas públicas, também elas materialmente caracterizadoras da orientação da actividade estadual. Tenho, além do mais, para mim, que a situação em apreço não obrigava a que se esgrimissem este argumento, facto que pesou decisivamente para que não acompanhasse a fundamentação do Acórdão na sua totalidade.

Mantenho dúvidas que se deva afirmar que sempre, e em qualquer circunstância – e, reforço, nem creio que fosse exigível ir tão longe, encontrada que estava a fundamentação –, a Assembleia da República poderá legislar contra um programa do Governo, e, ainda que através de Lei, contrariar sempre quaisquer opções já tomadas de modo firmado, opções nucleares e estruturantes à orientação da actividade daquele órgão, e que se encontram em plena execução (o que se tem demonstrado acontecer algumas vezes com governos minoritários, em situação de maiorias negativas do Parlamento). Defendo que não se deve fechar a porta a uma discussão (quando, e se, tal questão de constitucionalidade for levantada) que verse sobre o modo e o momento da modificação das opções do Governo, potenciadas por uma maioria negativa, sobretudo quando esta intervenção possa ser encarada como uma súbita, não estruturada, e forte inflexão num caminho pensado, programado, negociado, percorrido e estabilizado.

Creio dever ser possível deixar o caminho aberto à possibilidade de se ponderar – ponderação que aqui não era já exigível – se em casos excepcionais um certo modo e momento escolhido para algumas soluções normativas traduz ou não uma **subalternização, numa menorização do Governo**, naquilo que deveria também ser a sua afirmação, condução e execução de opções em matéria de políticas públicas, e que possa ser entendida como uma violação da separação e interdependência de órgãos de soberania, ao ser subtraído ao Governo o exercício de funções que não podem deixar de configurar um seu espaço mínimo e essencial na ordenação constitucional de funções. Era uma discussão que não cabia aqui, por não se revelar necessária à decisão, mas que não pode ser afastada, e muito menos, liminarmente decidida. Foi o que se fez ao afirmar-se no Acórdão que a Assembleia da República pode sempre, por lei, contrariar o programa e opções políticas do Governo, sem mais se discutir."

acordo com os dados concretos da situação, razão pela qual seria possível dar à Administração essa margem de liberdade.

Por outro lado, há a impossibilidade de mera delegação da atividade legislativa, razão pela qual se mostra despropositada uma legislação que apenas confira competência para o Poder Executivo "legislar" em seu lugar.

As respostas a essa questão dos limites serão buscadas, com maior profundidade, no capítulo destinado à análise das relações entre atos normativos editados pelas agências reguladoras e lei. Importa, no presente momento, porém, fixar que a busca por um critério único para identificação dos limites da deslegalização não é frutífera.

Com efeito, o exame da doutrina e da jurisprudência esclarece que a avaliação sobre a validade da deslegalização depende, entre outros elementos, da apreciação quanto à matéria que será disciplinada, aos parâmetros legalmente estabelecidos para a disciplina infralegal, à possibilidade fática, ou não, de determinada questão ser satisfatoriamente disciplinada pela lei (e seu processo naturalmente lento e de profundos debates de criação) e às questões específicas que serão disciplinadas nas matérias.

Conclui-se, assim, que o fenômeno da deslegalização não pode ser objeto de opções radicais, nem de explicações simplistas. A verificação sobre a validade da decisão legislativa de "rebaixar" determinada disciplina normativa para o plano dos regulamentos deve levar em conta diversos elementos, não se podendo afirmar, com base em um único critério, se a opção pela deslegalização não podia ser aceita naquela questão.

4. Regulação econômica

O conceito de regulação é equívoco⁴⁹. Com efeito, não se tratando de um conceito constitucional ou legal, é natural que a doutrina divirja sobre o seu alcance.

Importa, portanto, mais do que fixar um conceito "correto" (que, aliás, não existe) de regulação, esclarecer qual o sentido que se lhe emprestará neste trabalho.

⁴⁹ Fernando Dias Menezes de Almeida consigna:

"Em primeiro lugar, como adiante se pretende ilustrar, ainda não existe na doutrina pátria amadurecimento suficiente para que se configure univocidade de sentido para o conceito de regulação aplicado ao direito administrativo.

Em segundo lugar, bastante cautela há que se impor para que teorizar sobre regulação não ganhe características de modismo efêmero, com tendência a exagerar as virtudes "revolucionárias" e "inovadoras" do objeto estudado, em detrimento de sólidas conquistas da doutrina administrativista, nesses aproximadamente dois séculos de existência."

(ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Teoria da regulação. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (org.). **Curso de direito administrativo econômico, vol. III**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 120)

"Regulação econômica", em um sentido bastante amplo, consiste em todas as formas de interferência do Estado sobre setores da economia em que, mediante intervenção, direção, coordenação ou indução, o Estado procura amoldar a ação dos particulares aos objetivos e interesses públicos.

Tais interesses e objetivos públicos são, em regra, ligados a tentativas (i) de correção de falhas de mercado e de tornar mais eficientes os mercados, (ii) de distribuir melhor a riqueza ou (iii) promover valores constitucional e socialmente desejáveis⁵⁰.

A regulação, para tanto, vale-se dos mais diversos instrumentos, e compreende, entre outras, três funções básicas, a saber: (i) a edição de normas gerais e abstratas, (ii) a aplicação e o controle sobre a aplicação dessas normas e (iii) a repressão a eventuais infrações a essas normas⁵¹.

Note-se que a "regulação econômica", quando tratamos de agências reguladoras, é associada a essas funções de edição de normas gerais e sua aplicação na direção estatal sobre a atividade econômica em sentido amplo.

No desenvolvimento dessas funções, a regulação pode utilizar técnicas flexíveis e consensuais ou rígidas e impositivas. Normalmente, porém, há espaço para a utilização dos dois gêneros de técnicas.

A função regulatória mais importante, para o presente trabalho, é a de edição de normas gerais e abstratas, pois é ela que se liga mais fortemente com o tema em estudo (função normativa das agências reguladoras). Ressalte-se, nesse passo, que a edição dessas normas não é atividade exclusiva de órgãos do Poder Executivo, sendo, ao contrário, estabelecida primariamente pelo próprio Poder Legislativo.

Em outras palavras, a regulação não é matéria afeta apenas ao Poder Executivo, sendo, normalmente, complementada por ações do Poder Executivo, Legislativo e até mesmo Judiciário.

Ressalte-se, ainda, que a orientação estatal ao mercado pode ser feita tanto por meio de edição de atos normativos gerais e abstratos, que é a forma estudada no presente trabalho, como por meio de decisões pontuais a respeito de situações concretas que acabam

⁵⁰ PEREZ, Marcos Augusto. As vicissitudes da regulação econômica estatal. CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (org.). **Curso de direito administrativo econômico, vol. III**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 153.

⁵¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da economia: conceito e características contemporâneas. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (org.). **Curso de direito administrativo econômico, vol. III**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 418.

por serem compreendidas pelo mercado como orientação para seu comportamento futuro⁵². Em outras palavras, conquanto seja extremamente importante a edição de normas gerais e abstratas, não é essa a única forma de direção estatal de comportamentos dos entes regulados.

É de se observar, por oportuno, que o Estado ocupou-se sempre com a disciplina do funcionamento dos mercados de forma a propiciar o controle do poder econômico, a viabilização de políticas setoriais e o acesso suficiente e em valores razoáveis dos cidadãos às diferentes utilidades materiais necessárias para o seu adequado desenvolvimento.

Nesse sentido, a atividade regulatória sempre foi desempenhada pelo Estado, não se justificando tratá-la como se fora uma novidade teórica ou nova forma de ação prática estatal⁵³.

É inegável, porém, que os instrumentos utilizados na regulação se modificaram e a importância da atividade regulatória estatal cresceu nas últimas décadas.

Tal crescimento deve-se, segundo a doutrina, aos mais variados fatores, mas, em uma forma resumida, todos ligados, de um lado, à saída da exploração direta da atividade econômica em sentido amplo pelo Estado (aí insertos, portanto, os fenômenos de "privatização") e, de outro, à crescente preocupação do Estado de disciplinar áreas que, outrora totalmente entregues à ação dos particulares, passam a ser consideradas de especial importância social a justificar sua disciplina estatal de forma mais encorpada⁵⁴.

Como se vê, a regulação ganha espaço em setores inicialmente completamente distintos e o seu propósito em cada um deles é, a princípio, diferente. No primeiro, a

⁵² Há quem sustente, por exemplo, que a ANEEL produz regulamentação em excesso e que a orientação do mercado poderia ser feita com a construção da jurisprudência daquela agência reguladora, o que permitiria que a agência agisse com maior atenção às peculiaridades de cada situação concreta (SANTIAGO JUNIOR, Fernando Antonio. **A regulação do setor elétrico brasileiro**. Forum: Belo Horizonte, 2010, p.186).

⁵³ Essa afirmação, porém, não impede que se identifiquem mudanças no modo de exercício das competências regulatórias e que, eventualmente, se critiquem modelos anteriores de regulação. Gaspar Ariño Ortiz, por exemplo, é crítico contumaz da "regulação tradicional" (ORTIZ, Gaspar Ariño. **Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público**. Madrid: Marcial Pons, 1993, p. 270/271).

⁵⁴ A inclusão, no conceito de regulação, da disciplina de todas as atividades econômicas, em sentido amplo, é comum na doutrina. Nesse sentido:

"Pelas razões expostas acima, a acepção que se pretende atribuir ao termo "regulação", a fim de estudar as concepções a seu respeito que têm influenciado o sistema brasileiro, é bastante e propositadamente ampla. Engloba toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício de poder de polícia. A concepção ampla justifica-se pelas mesmas razões invocadas acima. Na verdade, o Estado está ordenando ou regulando a atividade econômica tanto quando concede ao particular a prestação de serviços públicos e regula sua utilização - impondo preços, quantidade produzida etc. - como quando edita regras no exercício do poder de polícia administrativo. É, assim, incorreto formular uma teoria que não analise ou abarque ambas formas de regulação."

(SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 15)

regulação seria, sob o aspecto da participação estatal, um *minus* em relação à situação precedente, pois o Estado abriria espaço para a atuação privada em substituição à pública, apenas condicionando os termos em que essa ação dos particulares ocorreria.

A segunda hipótese seria, ao contrário, um *plus* em relação à situação anterior, pois campos outrora deixados ao livre arbítrio dos particulares passariam a sofrer forte influência de disposições estatais.

Esse movimento, aliás, leva parte da doutrina a relativizar a distância entre tais campos de atuação estatal, sustentando que, de modo geral, a ação estatal nas duas áreas está sujeita aos mesmos limites e controles. Não haveria sentido, então, em se propugnar por sistemas completamente distintos e sujeitos a lógicas completamente contraditórias nesses dois campos.

De qualquer forma, relativizada ou não essa distância entre as duas áreas, a regulação econômica abrange a atividade econômica em sentido amplo, compreendendo a regulação dos serviços públicos e da atividade econômica em sentido estrito.

Note-se, nesse passo, que, enquanto a intervenção estatal sempre foi admitida tranquilamente na regulação dos serviços públicos, a interferência do Estado sobre as atividades econômicas em sentido estrito sempre foi admitida com reservas. Essa a razão, aliás, porque a doutrina administrativista repudia uma noção de poder de polícia que procure submeter a ação particular a genéricos e indefinidos interesses públicos estabelecidos "discricionariamente" por autoridades administrativas.

Entretanto, quase que paradoxalmente, a doutrina mais moderna justifica a regulação da atividade econômica em sentido estrito a um novo poder de polícia, que, de um lado, não admite imposições discricionárias sem fundamento legal e baseadas em alegações vagas de violação a interesses públicos por parte das autoridades administrativas, mas que, de outro, reconhece a competência da Administração Pública para dirigir a atividade particular na direção da consecução de interesses públicos concreta e juridicamente definidos.

Conclui-se, assim, que a regulação econômica é atividade antiga do Estado, não sendo exercida exclusivamente por qualquer dos Poderes estatais e tendo ganhado especial importância a partir do século XX. Seus instrumentos e técnicas de ação são variados, assim como os fins que com ela se pretendem atingir, sendo claro, porém, que se trata de uma atividade sujeita, como qualquer outra atividade estatal, a limitações pelo ordenamento jurídico como um todo e, especialmente, pela Constituição.

5. Agências reguladoras

5.1. Agências reguladoras: ente administrativo peculiar

As agências reguladoras representam uma forma peculiar de exercício das atividades administrativas, sendo uma tentativa de (i) criar órgãos administrativos especializados capazes de disciplinar campos extremamente técnicos e dinâmicos da sociedade, (ii) tornar maior e melhor a participação da sociedade na Administração Pública e (iii) garantir disciplina administrativa, nas áreas em que atuam as agências reguladoras, isenta dos interesses partidário-eleitorais dos detentores momentâneos do poder⁵⁵.

Para tanto, é necessário que as agências reguladoras possuam relativa autonomia, garantindo que seus dirigentes sejam capazes de suportar eventuais pressões de órgãos públicos ou privados de que sejam vítimas. Essa relativa autonomia é obtida, entre outros fatores, mediante a previsão de mandato para seus dirigentes e eventualmente personalidade jurídica própria⁵⁶.

Ressalte-se que essa outra forma de organização da Administração Pública pressupõe uma descentralização dos órgãos de decisão administrativos e uma relativa impotência dos agentes políticos democraticamente eleitos quanto à definição concreta das disposições administrativas, em uma orientação contrária à tradição administrativista francesa, da qual o Brasil é herdeiro, de estrutura administrativa profundamente hierarquizada.

Por essa razão, talvez, a jurisprudência brasileira tenha demorado a admitir a possibilidade de criação por lei de centros de decisão administrativa que pudessem não estar sujeitos imediatamente à autoridade do chefe do Poder Executivo. De fato, na vigência da Constituição de 1946, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a vedação, prevista em lei, à livre exoneração dos dirigentes de órgãos estatais, considerando que tal previsão violava o princípio da separação dos Poderes⁵⁷.

A matéria, inclusive, estava sumulada, tanto no que se refere à regra geral (Súmula 25 do Supremo Tribunal Federal⁵⁸), que estabelecia a inconstitucionalidade de disposição legal que impedisse o Chefe do Poder Executivo de destituir dirigente de entidade

⁵⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2ª ed., 5ª tir. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 202.

⁵⁶ O mero arcabouço jurídico, por óbvio, não é suficiente para garantir a desejada "independência" das agências reguladoras, sendo conhecidas formas indiretas de se restringir a "autonomia" das agências reguladoras (por exemplo, comprometimento do exercício de suas atividades em razão de limitações orçamentárias criadas pelos órgão de alta direção política do Estado).

⁵⁷ STF, Pleno, MS n. 8.651, Rel. Min. Ary Franco, j. 22.11.61, DJ 20.09.62, por maioria.

⁵⁸ Súmula 25. A nomeação a termo não impede a livre demissão pelo Presidente da República, de ocupante de cargo dirigente de autarquia.

da Administração Indireta, quanto no que se refere à exceção existente nos cargos de direção de universidades (Súmula 47 do Supremo Tribunal Federal⁵⁹).

Posteriormente, na vigência do atual texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal modificou sua anterior orientação jurisprudencial e considerou válidas disposições de igual teor, fundamentando-se, inclusive, na diferente organização do Estado e da sociedade nos dias atuais⁶⁰ e, assim, demonstrando, mais uma vez, que o princípio da separação dos Poderes possui conteúdo mutável durante o tempo.

É de se observar ainda que, no Brasil, as agências reguladoras foram organizadas como autarquias sujeitas a regime jurídico especial, ou seja, com algumas disposições específicas próprias que as diferenciam, em alguns pontos, das demais autarquias. Esse modelo brasileiro, porém, não é o único, nem, por si só, garante maior autonomia às agências reguladoras.

De fato, o modelo das autoridades administrativas independentes europeias não prevê, em regra, personalidade jurídica própria à autoridade reguladora, sem prejuízo(,) porém, de se reconhecer que, na prática, tais autoridades administrativas independentes possuem muito maior autonomia que as agências reguladoras brasileiras.

O ponto fundamental das agências reguladoras, portanto, parece estar não em sua organização jurídica formal, e sim em suas funções desempenhadas e na circunstância dessas funções serem exercidas por órgãos do Poder Executivo. Essa constatação faz com que não se adote a postura de que as agências reguladoras surgiram no Brasil apenas a partir da década de 1990 e consiga se ver em autoridades administrativas reguladoras precedentes já figuras importantes para a compreensão do ordenamento jurídico e jurisprudência nacional na parte em que disciplinam o exercício de atividade normativa por órgãos do Poder Executivo⁶¹.

Importante notar ainda que, conquanto no Brasil as agências reguladoras tenham sido criadas para atuar precipuamente na regulação econômica de determinados

⁵⁹ Súmula 47. Reitor de Universidade não é livremente demissível pelo Presidente da República durante o prazo de sua investidura.

⁶⁰ STF, Pleno, ADI n. 1949/MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 18.11.99, DJ 25.11.05, p. 5, por maioria.

⁶¹ "Além do próprio vocábulo, certamente o que mais atrai nas agências são, de um lado, a sua maior independência em relação ao Poder Executivo e, de outro, a sua função regulatória. No entanto, mesmo sob esses aspectos, a inovação é muito menor do que possa parecer à primeira vista, porque já existem, no direito brasileiro, muitas entidades, especialmente autárquicas, com maior dose de independência em relação ao Poder Executivo, tal como ocorre com as Universidades Públicas, a Ordem dos Advogados do Brasil e outras entidades em que os dirigentes dispõem de mandato fixo, não podendo ser livremente exonerados pelo Poder Executivo, como também existem inúmeras entidades que exercem função reguladora, ainda que de constitucionalidade mais do que duvidosa; é o caso do CADE, Banco Central, Conselho Monetário nacional, Conselho de Seguros Privados e tantas outras. Algumas das agências que estão sendo criadas nada mais são do que autarquias de regime especial, tal como tantas outras que já existem no direito brasileiro."

(DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 400)

setores, esse não é o único modelo de agências reguladoras existente. Com efeito, há, especialmente no continente europeu, entes administrativos criados no formato de agências reguladoras com o propósito de regular o exercício de determinados direitos fundamentais⁶².

A vantagem da utilização do modelo das agências para essa função é justamente a de conferir a um órgão mais permeável à sociedade e mais afastado de interesses político-partidários imediatos o controle sobre atividades que não devem estar tão diretamente submetidas à autoridade dos governantes da ocasião.

5.2. Dúvidas sobre a compatibilidade das agências reguladoras com o princípio da separação dos Poderes

As agências reguladoras, desde a sua origem, suscitam discussões a respeito da compatibilidade de seu regime jurídico ao princípio da separação dos Poderes.

As principais questões debatidas relativas ao princípio da separação dos Poderes foram (i) sobre se o fato de as agências reguladoras reunirem características próprias do Poder Executivo (executarem determinada política pública), Legislativo (editarem normas gerais e abstratas) e Judiciário (decidirem conflitos entre os entes regulados) importaria violação ao princípio da separação dos Poderes e (ii) sobre se o exercício de função normativa importaria em indevido exercício de atividade típica do Poder Legislativo.

A primeira questão acima referida encontra-se inteiramente superada, pois as atividades das agências reguladoras que materialmente aproximam-se das funções próprias do Poder Legislativo e do Poder Judiciário estão sujeitas a regimes jurídicos completamente diferenciados, não existindo dúvidas sobre a inserção das agências reguladoras e dos atos que são por ela editados ao regime jurídico aplicável à Administração Pública.

⁶² Gustavo Binenbojm assevera:

"De parte o exposto, há ainda uma peculiaridade a ser mencionada relativamente ao contexto europeu continental. Trata-se da institucionalização de autoridades administrativas independentes para a garantia de direitos fundamentais. É dizer: além da ordenação da política econômica e dos serviços sociais privatizados, é expressiva a quantidade de agências implementadas para a proteção de direitos fundamentais. Proteção, ressalte-se, contra agressões advindas de particulares, mas também contra ingerências nocivas dos próprios poderes públicos (os quais, muitas vezes, apresentam potencial ofensivo deveras maior).

(...) Como se disse logo no intróito, o modelo de autoridades administrativas independentes vem se difundindo mundo afora para a regulação dos diversos setores sensíveis da vida econômica e social, aí incluídos os direitos fundamentais. É fenômeno que, apesar de já ostentar tom universal, não pode ser reputado totalmente homogêneo. Qualquer análise deverá levar em conta, necessariamente, o contexto nacional e regional de sua implementação."

(BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 252/253)

Assim, por exemplo, as decisões proferidas pelas agências reguladoras na solução de conflitos envolvendo entes regulados não alcançam a qualidade de coisa julgada e, por óbvio, podem ser impugnadas e discutidas judicialmente⁶³. Além disso, as decisões das agências reguladoras não são pautadas pelos mesmos critérios das decisões judiciais, existindo maior espaço, nas decisões das agências reguladoras, para a apreciação de aspectos de conveniência e oportunidade na conformação do mercado.

Além disso, sem ingressar na discussão sobre a possibilidade de os atos normativos editados pelas agências reguladoras inovarem a ordem jurídica, é possível afirmar, com segurança, que os atos normativos editados pelas agências reguladoras estão sujeitos a um controle jurídico mais severo do que o aplicável às disposições legais.

Com efeito, ainda que se considere possível a inovação na ordem jurídica pelos atos normativos editados pelas agências reguladoras, não há dúvida de que o âmbito de liberdade do legislador é mais amplo do que o das agências reguladoras, que, como todas as autoridades administrativas, sempre sofreu um controle judicial mais severo sobre a utilização de competências normativas⁶⁴.

A segunda questão, por sua vez, confunde-se com alguns dos principais temas do presente trabalho e necessita de um aprofundamento, razão pela qual será examinada a seguir em separado.

5.3. Agências reguladoras e atividades típicas do Poder Legislativo

⁶³ "Depois, destinando-se a regular relações que mantenham com as concessionárias (também permissionárias ou autorizadas) de serviços públicos de suas respectivas áreas, exercem, de certa forma, poder normativo (não regulamentar, no sentido estrito, reservado à regulamentação de leis formais, competências privativas dos Chefes de Poder Executivo), para reger os serviços objeto dos contratos ou atos de delegação, licitar a respectiva escolha dos concessionários/permissionários e celebrar os contratos correspondentes, ou outorgar unilateralmente autorização, definir tarifas e sua revisão, controlar a execução dos serviços etc., que normalmente são atribuições do "Poder concedente", o que lhes confere, ao lado de certas autonomias em licitações e na área financeira, certa "independência" em relação ao Poder Legislativo (pelo poder normativo), ao Poder Executivo (mandato dos dirigentes e não revisão de normas ou decisões por outros órgãos ou entidades da Administração) e ao próprio Poder Judiciário, pela função "quase judicial" de solução de litígios entre elas e os delegados de serviços público ou entre estes, como instância administrativa definitiva.

Não obstante, não escapam do monopólio judicial do Poder Judiciário em suas decisões (art. 5º, XXXV, da CF), que a esse Poder não podem se subtrair, nem às regras de controle finalístico ou de resultados (tutela administrativa e/ou intervenção), das entidades descentralizadas."

(ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 194/195)

⁶⁴ No sistema inglês, sempre houve certa resistência ao controle sobre os atos do Parlamento, mas houve farto desenvolvimento do controle sobre atos administrativos mediante os princípios do devido processo legal e da boa-fé. Na França, por sua vez, decisão do Conselho de Estado de 1959 (CE Sect. 26 juin 1959, SYNDICAT GÉNÉRAL DES INGÉNIEURS-CONSEILS, Rec. 394), muito antes, portanto, da consolidação do controle constitucional das leis, já se estabelecia a submissão dos atos regulamentares àquilo que o Conselho de Estado definia como princípios gerais do Direito, revelando que o regime jurídico dos atos normativos editados pelas autoridades administrativas era diferente do aplicável às leis.

O exercício de atividades típicas do Poder Legislativo pelas agências reguladoras pode, em tese, significar ofensa ao princípio da separação dos Poderes.

É necessário, então, como premissa da discussão definir o que seja atividade típica do Poder Legislativo e o que seja atividade típica do Poder Executivo.

Costuma-se afirmar que a atividade legislativa corresponde, em termos gerais, à edição de atos normativos gerais e abstratos. Se aceita essa afirmação, o exercício de atividade regulamentar seria também atividade legislativa.

Ocorre, porém, que a doutrina e a jurisprudência tem sustentado que a edição de atos normativos gerais e abstratos corresponde ao exercício de função "normativa", que se subdividiria em função legislativa (própria do Poder Legislativo), função regulamentar (própria do Poder Executivo) e função regimental (própria do Poder Judiciário)⁶⁵.

Normalmente, associada a essa subdivisão, sustenta-se que a atividade legislativa seria aquela que se qualificaria pela edição de normas gerais e abstratas com força de lei, ou seja, que tivessem autoridade, conferida constitucionalmente, para inovar a ordem jurídica. A função regulamentar, por seu turno, corresponderia à edição de atos infralegais.

Nesse sentido, Victor Nunes Leal, por exemplo, afirma que "regulamento com força de lei é um ilogismo"⁶⁶.

Não parece razoável pretender distinguir regulamentos e leis pela possibilidade, ou não, de inovarem na ordem jurídica, pois a possibilidade de os regulamentos inovarem na ordem jurídica é matéria polêmica e que não encontra, na prática, uma solução uniforme nos ordenamentos jurídicos, na doutrina ou na jurisprudência.

Na França, por exemplo, os artigos 34 e 37 da Constituição de 1958 fazem uma divisão de matérias que estão sujeitas à disciplina da lei (art. 34) ou de regulamento (art. 37). Ressalte-se que o regulamento previsto no art. 37 da Constituição francesa não se confunde com o regulamento de mera execução, previsto pelo art. 21 do mesmo diploma constitucional.

Esses regulamentos vêm já da tradição francesa e é curioso observar que a Constituição francesa de 1946 previa expressamente a impossibilidade de delegação do poder

⁶⁵ "Retomando, porém, as verificações até este passo enunciadas, teremos que, materialmente, classificamos as funções estatais em normativa, administrativa e jurisdicional. Procedida a classificação desde a perspectiva organizacional, todavia, teremos as funções legislativa, executiva e jurisdicional.

Daí, em uma tentativa de conciliação de critérios, teremos que a função normativa (material) compreende a função legislativa e a função regulamentar (institucionais) - mais a função regimental, se considerarmos a normatividade emanada do Poder Judiciário."

(GRAU, Eros Roberto. Crítica da "separação dos poderes". In: **O direito posto e o direito pressuposto**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 181)

⁶⁶ LEAL, Victor Nunes. **Problemas de direito público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 70.

legislativo, mas uma lei de 1948 permitia já que fossem editados regulamentos autônomos em matérias definidas legalmente como de caráter regulamentar.

Os regulamentos, segundo o sentido literal do art. 37 da Constituição francesa, poderiam dispor sobre as matérias ali previstas, podendo, inclusive, alterar a legislação que tratar do tema. Em outras palavras, não se trataria apenas de uma previsão para que, em determinadas matérias e, na ausência de lei, pudessem ser editados regulamentos que inovassem na ordem jurídica. Haveria autorização para a disciplina da matéria mesmo em hipóteses em que a lei tratara do assunto. Não existiria, portanto, a preeminência da lei nessas matérias.

Os doutrinadores franceses entenderam, em um primeiro momento, que os arts. 34 e 37 da Constituição francesa de 1958 teriam separado claramente um campo material próprio para o regulamento e um âmbito material próprio para a lei (e, talvez, tenha sido esse mesmo o propósito do Constituinte). Entretanto, a orientação do Conselho Constitucional francês foi a de que não existe matéria que não possa ser conhecida pela lei, ou seja, a lei pode dispor sobre qualquer matéria, não significando o art. 37 da Constituição francesa de 1958 um obstáculo a que a lei disponha sobre as matérias ali previstas.

Nessas matérias, porém, é possível que uma lei seja alterada por um decreto. Nesse caso, porém, se a lei for posterior à Constituição de 1958, a edição de regulamento alterando as disposições legais depende de prévia manifestação favorável do Conselho Constitucional francês.

Assim, reconhecer a impossibilidade de inovar na ordem jurídica como uma característica da função regulamentar seria fazer uma escolha prévia sobre qual seria o alcance dos regulamentos, e não uma investigação sobre o seu real alcance. Esse alcance, reitere-se, varia no espaço e no tempo, não se podendo afirmar que exista uma única forma de regulamento.

No que interessa ao presente trabalho, é importante reconhecer que a edição de atos normativos gerais e abstratos é matéria também tipicamente administrativa, pois a edição de disposições gerais e abstratas que orientem a ação dos próprios entes da Administração é prática comum, antiga e indispensável do Poder Executivo (ou de qualquer outro Poder do Estado no exercício de função administrativa)⁶⁷.

⁶⁷ "O fundamento do poder regulamentar, pois, está nesta atribuição de poder normativo - e não no poder discricionário da Administração (como, equivocadamente, apregoam nossos publicistas). Assim, o fundamento da potestade normativa material decorre de uma atribuição de potestade normativa material, de parte do Legislativo, ao Executivo. E conclui Alessi (1978/458): "attribuizione da tenersi naturalmente ben distinta dalla

Não há dúvida, porém, de que os regulamentos e as leis possuem, a princípio, âmbitos de atuação distintos. De fato, a tripartição de Poderes clássica pressupõe que caiba ao Parlamento a edição de atos normativos gerais e abstratos que disciplinem aspectos fundamentais da vida do indivíduo e que, de uma forma geral, correspondam às grandes decisões políticas da sociedade.

O exercício do poder regulamentar, por sua vez, pressupõe a utilização de competências mais restritas, que não interfiram tão fortemente com a propriedade e liberdade dos indivíduos e que se sujeitem, em alguma medida, às decisões fundamentais do Parlamento.

delega di potestà legislativa formale". Tal atribuição - completa - não há de ser necessariamente explícita, surgindo, por vezes, de modo implícito.

O que importa reter, neste passo, é o fato de que o exercício da função regulamentar, pelo Executivo, não decorre de uma delegação de função legislativa.”
(GRAU, Eros Roberto. Crítica da "separação dos poderes". In: **O direito posto e o direito pressuposto**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 181)

II - FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E LEI

A função normativa das agências reguladoras está, no ordenamento jurídico brasileiro, ligada indissociavelmente à lei, pois é a lei que cria as agências reguladoras e lhes confere todas as suas atribuições. Do mesmo modo, pode a lei, a qualquer momento, decidir pela extinção das agências reguladoras, pela alteração radical de seu perfil institucional ou, eventualmente, pela supressão de qualquer de suas competências⁶⁸.

Assim, em certo sentido, a função normativa das agências reguladoras está submetida à lei, mas a exigência de lei prévia conferindo competência normativa às agências reguladoras não esclarece se o conteúdo dos dispositivos normativos editados pelas agências reguladoras deve estar totalmente compreendido, em potência, nas disposições legais ou se são admissíveis leis que apenas confirmam competência para que as agências reguladoras regulem, da forma que considerarem mais conveniente, o setor econômico por elas abrangido. Em outras palavras, a exigência de autorização legislativa para que as agências reguladoras exerçam competência normativa não esclarece qual o grau de liberdade que elas terão na disciplina do setor econômico que devem regular.

Para responder a essa pergunta, é necessário compreender as relações entre leis e disposições normativas editadas pelas agências reguladoras e, especialmente, quais os limites para que a lei "transfira" ao Poder Executivo a competência para decidir quanto à questão de fundo a ser regulada. É o que se passa a fazer nos tópicos seguintes.

1. "Delegação" de poderes normativos às agências reguladoras

⁶⁸ "A autonomia das agências reguladoras frente ao Poder Legislativo é bastante diminuta, mantendo-se sempre a possibilidade de interferência do Legislador, seja para alterar o regime jurídico da agência reguladora, ou mesmo para extingui-la. Também não podem ser desprezadas as competências do Poder Legislativo de fiscalizar todos os aspectos da atuação das agências reguladoras (art. 49, X, CF), bem como a atribuição de sustar os seus atos normativos que não atenderem aos parâmetros e objetivos estabelecidos em lei (art. 49, V, CF).

Em um Estado Democrático a conformação de entidades da Administração Pública não pode ficar fora da ação do Poder Legislativo, ainda que a estas entidades tenha sido originariamente conferida - também pelo próprio Legislador - independência."

(ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2ª ed., 5ª tir. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 334)

As agências reguladoras, no perfil que as conhecemos, surgiram no sistema anglo-saxão, sendo os Estados Unidos da América os precursores na discussão jurídica a respeito da relação entre lei e competência normativa de agências reguladoras⁶⁹.

É importante frisar que a Constituição estadunidense é expressa ao dispor que todas as competências legislativas serão exercidas exclusivamente pelo Poder Legislativo⁷⁰. Assim, seria difícil justificar uma competência normativa de um órgão vinculado ao Poder Executivo.

Note-se, por outro lado, que a separação dos Poderes pressupõe, em certa medida, a indelegabilidade das funções, pois, pelo ângulo jurídico, a distribuição das funções estatais é estabelecida por um poder soberano (Poder Constituinte) e o poder constituído não tem competência para alterar essa distribuição; e, pelo ângulo político, a possibilidade de delegação abriria caminho para o retorno ao absolutismo⁷¹.

É de se ressaltar, contudo, que, conforme já assinalava Victor Nunes Leal, a delegação legislativa não é o fator que determina a instauração de um regime autoritário, e sim, no máximo, uma figura encontrada nessa espécie de regime⁷². Ademais, a pretensão de evitar as delegações legislativas, além de não impedir o estabelecimento de um regime autoritário se as condições políticas conduzem a tal regime, presta-se a fins conservadores, evitando que a sociedade, de forma célere e eficaz, seja disciplinada pelos atos normativos hábeis a realizar as mudanças sociais e econômicas necessárias⁷³.

⁶⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2ª ed., 5ª tir. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 226/227.

⁷⁰ O artigo I da Constituição estadunidense estabelece: "All legislative powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States which shall consist of a Senate and House of Representatives".

⁷¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 115/117.

⁷² "Não é nosso propósito aprofundar esse exame. Lembraremos apenas que o principal obstáculo de ordem política às delegações legislativas é o receio da hipertrofia do poder executivo, beneficiário de tais autorizações. O parlamento acabaria por abdicar de sua prerrogativa fundamental, que é fazer as leis. 4 Nem seria por outra razão que os regimes autoritários sempre tiveram o cuidado de permitir as delegações legislativas.

O raciocínio não é, porém, completamente verdadeiro, porque consiste em tomar a parte pelo todo, o acidental pelo essencial. As delegações legislativas, sobretudo as delegações amplas, nunca foram causa ou fundamento da hipertrofia do executivo. Ou são efeito dessa hipertrofia, ou não passam de um dos muitos meios através dos quais se manifestam os fatores sociais e políticos que conduzem aos regimes autoritários. Quando um parlamento se serve da delegação legislativa para agigantar o executivo, renunciando simultaneamente às suas próprias prerrogativas, é que as condições gerais da vida política chegaram a um ponto deplorável. Com ou sem a possibilidade das delegações, não faltarão, em tal hipótese, os meios adequados a favorecer as ambições absolutistas do executivo."

(LEAL, Victor Nunes. **Problemas de direito público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 94/95)

⁷³ "Restaria ainda uma explicação final, que talvez ajudasse a esclarecer a verdadeira posição da Assembléia: a inclinação conservadora. Nos Estados Unidos e na Inglaterra, o uso amplo da legislação delegada tem tido por motivo principal a necessidade de acelerar a elaboração legislativa, ou seja, apressar as reformas que as circunstâncias impõem. É claro que essa faculdade também pode acelerar as reformas de sentido reacionário. Mas, se o parlamento está vigilante, pode a qualquer tempo revogar as leis promulgadas mediante delegação e

Por fim, a realidade demonstra que o Poder Legislativo não consegue (e nem seria razoável exigir-se-lhe isso) disciplinar todas as matérias em toda a sua extensão, não existindo condições práticas de se evitar que algumas decisões sobre a melhor forma de atuação estatal fiquem a cargo do Poder Executivo.

Observe-se ainda que, na prática, além de ser necessária a edição de atos normativos pelo Poder Executivo, é extremamente difícil e custoso traçar as linhas divisórias entre a regulamentação de uma lei sem ou com inovação na ordem jurídica⁷⁴. Em outras palavras, considerando que a mera reprodução da lei pelo regulamento seria inútil e insuficiente, é difícil estabelecer, de modo claro e objetivo, os limites entre "inovação" lícita e "inovação" ilícita promovida pelos regulamentos.

Nesse contexto, a jurisprudência e a doutrina norteamericanas construíram a ideia de que as agências reguladoras, órgãos do Poder Executivo (e que, por conseguinte, não teriam, no sistema norteamericano, qualquer competência normativa) receberiam uma delegação de poderes para exercer atividades normativas, sendo esse o fundamento formal para o exercício de competências normativas por órgãos da Administração Pública⁷⁵.

que tenham êsse caráter; mais que isso, ao parlamento é que compete, no próprio ato de delegação, fixar os princípios e a orientação das leis que o executivo estará habilitado a decretar.

Quaisquer que sejam os móveis verdadeiros que justifiquem a hostilidade da Assembléia às delegações legislativas, estamos convencidos de que sua atitude não é a mais acertada. É bem provável que o obstáculo da proibição venha a favorecer precisamente as forças conservadoras, impedindo no domínio econômico, medidas legislativas rápidas que lhes contrariem os interesses. Seremos os primeiros a aplaudir a não confirmação dos nossos prognósticos."

(LEAL, Victor Nunes. **Problemas de direito público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 98/99)

⁷⁴ Victor Nunes Leal percebeu a inevitabilidade da existência de algum espaço normativo para os órgãos do Poder Executivo, tendo consignado:

"O primeiro problema que surge é o do conceito de regulamento. Embora a nova Constituição venha a vedar as delegações legislativas, não pode haver dúvida de que conservará nas mãos do Chefe de Estado a Faculdade de expedir regulamentos para a fiel execução das leis. Entre o Regulamento e a lei, como acertadamente observou Duguit, não há diferença substancial, mas formal, não há diferença de natureza, mas de grau ou hierarquia. O regulamento, exatamente como a lei, é um ato de natureza normativa; a distinção reside na subordinação do regulamento à lei.

Mas o regulamento não é mera reprodução da lei. É um texto mais minucioso, mais detalhado, que completa a lei, a fim de garantir a sua exata e fiel execução. É fundamental, entretanto, que nesta sua função de complementar a lei, não a infrinja.

Ora, se o regulamento completa a lei (e sem êsse papel seria êle perfeitamente desnecessário), é evidente que a lei sempre deixa alguma coisa para o regulamento. Em outras palavras, toda lei passível de regulamentação contém em si mesma certa margem, por pequena que seja, de delegação ao poder executivo, ao qual compete expedir os regulamentos.

É claro que não nos referimos aqui à delegação, no sentido técnico, porque esta pressupõe um ato expresso e intencional da autoridade competente, transferindo a outra certa parcela da sua competência. Referimo-nos ao aspecto prático, ao resultado concreto: se o Congresso pode regular um assunto nos seus mínimos detalhes e não o faz, deixando margem para o regulamento, temos praticamente, uma situação que se assemelha à delegação, embora sem os requisitos técnicos que esta apresenta."

(LEAL, Victor Nunes. **Problemas de direito público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 99/100)

⁷⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 275.

A partir dessa premissa, a doutrina e a jurisprudência norteamericanas tentam realizar uma diferenciação entre delegação e abdicação de funções normativas.

No primeiro caso (delegação), não haveria qualquer inconstitucionalidade, pois o legislador, conquanto delegasse poderes normativos às agências reguladoras, fixaria os parâmetros e objetivos para os quais tal competência delegada seria exercida.

No segundo caso, porém, existiria uma inconstitucionalidade, pois a mera transferência de poderes para órgãos do Poder Executivo sem a fixação dos limites em que essa competência seria exercida faria com que o Poder Legislativo deixasse de interferir no estabelecimento das disposições normativas, o que seria proscrito pelo sistema jurídico estadunidense.

Essa orientação geral foi fixada a partir da década de 30 do século passado, mas é contestada pela própria doutrina americana, que aponta que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América não exerce o controle sobre as competências das agências reguladoras de acordo com esses parâmetros fixados por ela própria⁷⁶ e pela doutrina⁷⁷.

Apesar disso, a doutrina brasileira passou, desde Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, a sustentar que esses critérios deveriam ser empregados, também no sistema brasileiro, para a valoração da validade das disposições normativas editadas por órgãos do Poder Executivo⁷⁸. Essa orientação, frise-se, é considerada até os dias atuais pela jurisprudência nacional⁷⁹ e, portanto, não pode ser desprezada no Brasil, conquanto não pareça ter em seu território de origem a mesma força.

⁷⁶ TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. v. 1. 3ª ed. New York: Foundation Press, 2000, p. 978.

⁷⁷ Curiosamente, as cortes estaduais norte-americanas utilizam com maior frequência a "nondelegation doctrine" do que a própria Suprema Corte dos Estados Unidos da América (STRAUSS, Peter L.; RAKOFF, Todd D.; FARINA, Cynthia R. **Administrative Law. Cases and comments**. New York: Foundation Press, 2003, p. 84).

⁷⁸ Luís Roberto Barroso, nesse sentido, consigna:

"Tantas e tão freqüentes eram estas delegações legislativas – efetuadas em aparente confronto com a vedação constitucional – que a doutrina, embora esparsamente, passou a dedicar-se ao problema. Importaram-se, assim – *et pour cause* –, as formulações da doutrina e da jurisprudência norte-americanas que em alguma medida procuravam validar certos casos de delegação. Duas linhas de fundamento foram desenvolvidas. Pela primeira, a teoria do *filling up details* (preenchimento de detalhes), seriam legítimas as delegações de competência legislativa ao Executivo quando a esse coubesse tão-somente minudenciar a aplicação da norma geral já editada. Algo, assim, em tudo e por tudo, análogo ao nosso poder regulamentar.

A segunda teoria fundava-se em que a delegação legislativa não era vedada, desde que o ato emanado do órgão legislativo transferindo atribuições fixasse parâmetros, standards adequados e satisfatórios para pautarem a atuação legiferante do órgão delegado, limitando-a. A teoria do *delegation with standards* fez carreira na jurisprudência da Suprema Corte americana, que, no entanto, vez por outra, coibiu abusos." (BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre o princípio da legalidade (delegações legislativas, poder regulamentar e repartição de constitucional das competências legislativas). In: **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª ed., 2002, p. 172/173)

⁷⁹ No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.568, o Ministro Luiz Fux fez expressa referência a esse entendimento doutrinário e jurisprudencial estadunidense:

"Se, por certo, não se pode mais ignorar a possibilidade de que o Legislador *habilite* formalmente o

De qualquer forma, a análise da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos permite identificar o reconhecimento de duas situações teóricas em que aquela corte admite a delegação de funções normativas a órgãos do Poder Executivo, identificando-se, portanto, duas técnicas distintas para validamente "transferir" poder normativo para órgãos do Poder Executivo.

A primeira corresponde à teoria do *contingent legislation*, ou seja, a lei estabelece uma disciplina básica fundada em parâmetros que, para serem operacionais, dependem da análise de circunstâncias de fato que devem ser apreciadas pela Administração Pública. Vale dizer, a lei, considerando que a conveniente fixação dos limites de aplicação de seus dispositivos depende do exame que se faça a respeito de circunstâncias de fato, transfere ao Poder Executivo a atribuição de concretizar as linhas gerais estabelecidas na lei.

Nesse sentido, é de se notar que o próprio Pontes de Miranda, que era contrário aos regulamentos delegados no ordenamento brasileiro, já apontava que não existia qualquer inconstitucionalidade na legislação brasileira que conferia ao Poder Executivo o poder de fixar cotas mínimas de moagem do trigo brasileiro anuais com o propósito de implantar plano econômico com o propósito de extinguir a importação do trigo.

Ressalte-se, por oportuno, que o preenchimento de “vazios” legislativos com base em elementos de fato sempre foi percebido como uma atividade administrativa. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello cita ainda outros exemplos, como a legislação sobre zoneamento urbano, em que a lei disciplina as restrições a que estão sujeitas as zonas, mas cabe ao Poder Executivo definir se dada rua deve ser qualificada como zona 1 ou 2.

A segunda técnica identificada corresponde à doutrina da *interstitial administrative action*, ou seja, o Congresso pode delegar a um órgão do Poder Executivo (normalmente, uma agência) poder para editar regras em uma matéria para a qual ele só fixa

Executivo a desenvolver o conteúdo normativo da Lei, nem por isso deve-se rejeitar qualquer perspectiva crítica do fenômeno à luz do princípio democrático. É que, como ressalta a doutrina, a habilitação do Executivo não pode configurar uma *renúncia* do Poder Legislativo quanto à sua competência para expressar a vontade geral do povo, devendo, ao contrário, ser fixada invariavelmente acompanhada de *standards* de conteúdo, de diretrizes políticas que limitem a atuação da Administração Pública a fim de que a norma habilitante não corresponda a um “*cheque em branco*”. Nesse sentido é que a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana já estabeleceu a denominada “*intelligible principle doctrine*”, considerando inconstitucionais as delegações operadas por Lei sem a previsão de parâmetros claros que direcionem a atuação normativa do Executivo, conforme destacam MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 946 e segs.; BARROSO, Luís Roberto. *Regime jurídico da Petrobrás, delegação legislativa e poder regulamentar: validade constitucional do procedimento licitatório simplificado instituído pelo decreto no 2.745/98*, In: *Temas de direito constitucional*, Tomo IV, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2009, p. 310; e, por fim, ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p. 330-1, que, sobre o ponto, afirma:
(...)”

regras gerais. Nesse caso, a doutrina tem sustentado que o Congresso deve fixar os fins que devem ser buscados pelo órgão/agência, mas não há inconstitucionalidade pela fixação apenas de regras bastante gerais sobre como esses fins serão buscados.

Assim, por exemplo, a Suprema Corte considerou válida uma delegação de poder do Congresso à própria Suprema Corte para regular determinados procedimentos observados por cortes federais, afastando a aplicabilidade de legislação estadual nessas cortes⁸⁰.

Ressalte-se, por óbvio, que essas duas técnicas de delegação de competências normativas para órgãos do Poder Executivo admitidas como lícitas pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América não são mutuamente excludentes, não existindo óbice a que elas sejam utilizadas de forma conjunta⁸¹.

Aliás, em muitos casos concretos, será até mesmo difícil fazer a distinção precisa entre as duas técnicas, como, por exemplo, no caso *FEA v. Algonquin SNG, INC*⁸², em que o Congresso estadunidense concedeu autorização ao Presidente para que ele fixasse a

⁸⁰ *Wayman v. Southard*, 23 U.S. (10 Wheat.) 1 (1826).

⁸¹ "As delegações admissíveis tomaram a forma de "contingent legislation" ou de "interstitial administrative action". Dessa forma, o Congresso pode condicionar a aplicação da legislação à determinação de certos fatos pelas agências administrativas. Em *The Brig Aurora*, por exemplo, a Suprema Corte manteve lei aprovada pelo Congresso que conferia ao Presidente a atribuição de deliberar sobre embargo comercial de acordo com determinados fatos a serem por ele aferidos a respeito da conduta das nações estrangeiras. Além disso, o Congresso pode garantir autoridade a um outro Poder para especificar regras em áreas nas quais o Congresso apenas declara princípios gerais. No antigo caso *Wayman v. Southard*, por exemplo, a Corte manteve delegação congressual de poder à Suprema Corte para modificar, "de acordo com a sua discricção", certas regras procedimentais seguidas pelas cortes federais: "[Uma] estipulação geral pode ser feita e poder pode ser dado para aqueles que forem atuar de acordo com tais previsões gerais para preencher os detalhes." Os poderes conferidos pelo Congresso podem ser bastante amplos: em *Mistretta*, a Corte manteve a deliberação congressual de conferir a uma comissão independente a responsabilidade de estabelecer guias para a formulação de sentenças que seriam vinculantes para todas as cortes federais. Estas formas de delegação congressual não são mutuamente excludentes: a maioria das modernas hipóteses de delegação pelo Congresso envolvem tanto "contingent legislation", quanto "interstitial administrative action".

("Permissible delegations have taken the form of contingent legislation or of interstitial administrative action. Thus, Congress may condition the operation of legislation upon an administrative agency official's determination of certain facts. In *The Brig Aurora*, for example, the Supreme Court upheld congressional legislation keying the suspension of a trade embargo to the President's finding and proclamation of certain facts concerning the conduct of foreign nations. Alternatively, Congress may grant authority to another branch to specify rules in areas where Congress itself has declared only general principles. In the early case of *Wayman v. Southard*, for example, the Court upheld a congressional delegation of power to the Supreme Court to modify "in their discretion" certain procedural rules followed by the federal courts: "[A] general provision may be made, and power given to those who are to act under such general provisions to fill up the details." The powers conferred by Congress may be quite broad: in *Mistretta*, the Court upheld Congress' assignment to an independent sentencing commission of the responsibility to devise sentencing guidelines that would be binding on all federal courts. These forms of congressional delegation are not mutually exclusive: most modern instances of delegation by Congress involve both contingent legislation and interstitial administrative action.)

(TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. v. 1. 3ª ed. New York: Foundation Press, 2000, p. 979/980).

⁸² 426 U.S. 548 (1976).

necessidade de licenças especiais para a importação de produtos em quantidades ou circunstâncias que pudessem representar risco à segurança nacional.

Como se vê, o tratamento estadunidense é o de exigência de lei para a edição de atos normativos pelo Poder Executivo, mas esses atos normativos não precisam estar virtualmente compreendidos na legislação (ao menos não nos termos sustentados pela doutrina brasileira majoritária), bastando que a legislação indique claramente quais os fins que devem ser perseguidos por esses atos normativos a serem adotados pelo Poder Executivo.

Como se vê, o modelo teórico construído pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América e pela doutrina norteamericana oferece alguns elementos para orientar o exame das competências normativas das agências reguladoras no ordenamento brasileiro.

Entretanto, considerando a herança cultural nacional que liga nosso regime administrativo ao sistema francês, é necessário também examinar a questão da competência normativa das agências reguladoras à luz do princípio da reserva legal.

2. Princípio da reserva legal

O princípio da reserva legal possui diversas acepções, mas há relativo consenso na doutrina brasileira no sentido de que ele produziria efeitos distintos nas esferas pública e privada⁸³.

No âmbito privado, os particulares estariam livres para agir, podendo seu comportamento ser restringido apenas nas hipóteses previstas legalmente. No campo público, por seu turno, o Estado somente estaria autorizado a agir nos casos expressamente autorizados pela lei⁸⁴.

Para o que interessa ao presente estudo, o princípio da reserva legal seria a exigência de que determinadas matérias que interferem com os administrados/particulares somente possam ser disciplinadas por lei ou por ato normativo com força de lei outorgada pela própria Constituição. Assim, não poderiam atos comuns editados por autoridades administrativas, no exercício de competências administrativas, disciplinar tais matérias.

⁸³ Existem, por óbvio, importantes autores que sustentam a necessidade de revisão dessa concepção (e.g., FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 94/99).

⁸⁴ Hely Lopes Meirelles sintetiza esse entendimento da seguinte forma:

“Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”.”

(MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30ª ed, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 88)

O princípio da reserva legal possui origem liberal e tem como fundamento a noção de que os indivíduos deveriam ser originariamente obrigados apenas a partir de atos normativos editados por órgãos que representassem a população. Assim, o Parlamento seria o órgão por excelência para a edição desse tipo de disposição⁸⁵.

Ocorre, porém, que o Parlamento deixou de ser o único órgão de representação popular e, conforme assinalado na introdução, o processo legislativo empregado classicamente pelos Parlamentos parece pouco adaptado à disciplina de determinadas matérias e às necessidades do mundo contemporâneo.

Dessa forma, os próprios textos constitucionais passaram a prever atos normativos editados pelo Chefe do Poder Executivo e que teriam "força de lei", fazendo com que a "força de lei" não fosse justificada pela origem do ato normativo (antes, eram apenas os atos originários do Poder Legislativo), e sim pela natureza da competência a ser exercida pelo Poder Legislativo ou Executivo.

Além disso, a realidade tornou necessária a edição de atos normativos por órgãos do Poder Executivo, forçando a doutrina e a jurisprudência a traçarem limites da participação lícita do Poder Executivo na elaboração de atos normativos. Em outras palavras, a doutrina e a jurisprudência, considerando a impossibilidade do Parlamento produzir todas as normas necessárias para a boa condução da sociedade e a consequente necessidade de edição de atos normativos pelos órgãos do Poder Executivo, passaram a reconhecer a licitude da disciplina de algumas matérias, em determinadas circunstâncias, por atos normativos oriundos de órgãos da Administração Pública.

Observe-se, nesse contexto, que afirmar que os atos do Poder Executivo podem "regulamentar" uma lei, mas não criar direitos, não resolve todos os problemas. É que, ao "concretizar" as disposições legais, uma norma "regulamentar" sempre acrescentará algo de "novo" ao disposto na lei (até mesmo porque a mera reprodução da lei nada acrescentaria de útil para a sua aplicação e, portanto, seria desnecessária e inútil).

Assim, até mesmo a doutrina mais restritiva a respeito da possibilidade de edição de atos normativos por órgãos do Poder Executivo reconhece a possibilidade de que os

⁸⁵ O seguinte trecho doutrinário é ilustrativo dessa forma de pensar:

"Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto - o administrativo - a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmando. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo - que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social -, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja se não a concretização dessa vontade geral."

(MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 97)

regulamentos, por exemplo, disciplinem os procedimentos que serão seguidos pelo particular, em suas relações com o Poder Executivo, para a consecução de eventuais direitos consagrados legalmente.

Costuma-se afirmar, nessas ocasiões, que essa matéria ("procedimento") é passível de disciplina por regulamento, contrapondo-a a outras matérias que não seriam passíveis de tratamento por regulamento.

Identifica-se, então, que a doutrina e a jurisprudência não se valem apenas de uma distinção puramente objetiva entre "criação" de direito (que não poderia ser objeto de disciplina pelo administrador) e "não-criação" de direito (que poderia ser objeto de disciplina por órgão do Poder Executivo) ou de "profundidade" da regulamentação (apenas as disposições menos profundas poderiam ser objeto de regulamentação por atos editados pelo Poder Executivo).

Ao contrário, doutrina e jurisprudência tentam apontar espécies de matérias que, por sua natureza, poderiam ser objeto de disciplina pelo Poder Executivo. Vale dizer, haveria matérias que, por sua natureza, poderiam ser disciplinadas pelo Poder Executivo e outras que, interferindo de forma mais sensível em interesses dos sujeitos de direito, somente poderiam ser disciplinadas por lei.

Assim, por exemplo, mesmo em matéria tributária, em que, normalmente, afirma-se que vigora o princípio da legalidade estrita, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já está pacificada no sentido de que o prazo de recolhimento dos tributos pode ser disciplinado por atos infralegais do Poder Executivo⁸⁶. Em outras palavras, a jurisprudência firmou-se no sentido de que, conquanto eventual exigência tributária dependa de lei, pode a lei não fixar o prazo de recolhimento dos tributos por ela instituídos, deixando ao Poder Executivo a atribuição de fixar esse aspecto da atividade tributária.

As matérias em que doutrina e jurisprudência consideram admissível a atuação normativa dos órgãos administrativos seriam justamente aquelas em que o Poder Executivo estivesse regulando atividades "naturalmente" administrativas. Assim, a regulação de procedimentos que tivessem de ser seguidos pelos administrados em sua relação com a Administração Pública e a definição de parâmetros fixados com base na apreciação de elementos de fato, por exemplo, são matérias que são consideradas próprias do Poder Executivo e, por essa razão, não são apontados óbices a que a Administração Pública regule tais matérias.

⁸⁶ STF, 2ª Turma, Agravo Regimental no RE n. 546.316, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 18.10.11, DJe 08.11.11, v.u.

A identificação das matérias normalmente associadas à atividade administrativa é realizada em tópico constante deste mesmo capítulo.

3. Semelhanças entre os modelos

A análise, realizada acima, dos dois modelos de "julgamento" dos atos de "transferência" de função normativa ao Poder Executivo permite verificar que, por fundamentos diversos, há uma grande semelhança entre as hipóteses em que, nos diferentes sistemas, são consideradas formas legítimas, ou não, de "transferência" de funções normativas a órgãos do Poder Executivo.

Tal circunstância não deve causar estranheza, pois, conquanto se trate de dois modelos de ordenação jurídica distintos, eles são aplicáveis a sociedades relativamente parecidas (sociedade ocidental capitalista contemporânea), prestando-se a conferir respostas a problemas econômicos e sociais comuns. Assim, é natural que as soluções encontradas sejam semelhantes, ainda que possam estar fundamentadas de forma diferente.

Ressalte-se, por oportuno, que a análise acima realizada revela que os sistemas jurídicos examinados tendem a considerar válidas "transferências" de funções normativas a órgãos do Poder Executivo naquelas situações em que:

a) a correta aplicação das normas legais depende de uma apreciação quanto a circunstâncias fáticas, que poderão, então, ser examinadas com maior propriedade pelo Poder Executivo; ou,

b) a regulação da matéria deve ser minudente, mostrando-se inconveniente a disciplina puramente legal, deixando o Poder Legislativo ao Poder Executivo a tarefa de disciplinar os detalhes de acordo com parâmetros estabelecidos legalmente.

Além disso, foi possível verificar que a jurisprudência atua de forma mais severa ou mais "frouxa" de acordo com a matéria objeto da "transferência" de poder normativo. Em outras palavras, a jurisprudência mais facilmente considera válidas algumas espécies de "transferência" de função normativa ao Poder Executivo em determinadas matérias em que tradicionalmente há maior participação e envolvimento do Poder Executivo.

Passemos a examinar, então, cada uma dessas situações acima apontadas.

4. Apreciação de fatos

A separação tradicional dos Poderes prevê que cabe ao Poder Legislativo estabelecer normas gerais e abstratas, cuja aplicação compete, em grande parte, ao Poder Executivo.

No exercício de sua atividade típica de aplicação da lei, o Poder Executivo é obrigado a apreciar os fatos ocorrentes no mundo real e verificar se tais fatos subsumem-se às hipóteses legais. Assim, é atividade tipicamente administrativa aplicar as leis de acordo com a apreciação que é feita a respeito dos fatos.

A desapropriação, por exemplo, é um dos modos de interferência estatal de maior gravidade na esfera jurídica dos indivíduos e sua utilização pelo Estado é dependente de (i) norma legal que estabeleça os contornos do instituto em acordo com os parâmetros constitucionais e (ii) norma administrativa concreta e individual que indique especificamente quais os bens que estarão sujeitos à ação expropriatória do Estado⁸⁷.

Constata-se, dessa forma, que a concreta invasão do patrimônio do expropriado é feita em função, em última análise, de um ato da Administração Pública que decreta a existência, em relação a um bem específico, do interesse público na sua expropriação e utilização em determinada finalidade pública.

Não se poderia pretender, por óbvio, que esse decreto fosse previsto sempre por lei, pois a verificação fática sobre qual concreto bem servirá ao interesse público é tarefa tipicamente administrativa, concreta, de mera "aplicação" da lei.

O exemplo presta-se a demonstrar que, mesmo em uma visão tradicional, há muito espaço para a atuação do Poder Executivo que atinja, de forma lícita, a esfera jurídica dos indivíduos, cabendo ao Poder Executivo uma ampla margem de liberdade na definição política da ação estatal. Mostra-se, portanto, ilusória a ideia de que apenas atos antecipadamente previstos pelo Poder Legislativo poderiam atingir lícitamente os indivíduos.

⁸⁷ Trata-se da declaração expropriatória, que é assim explicada pela doutrina:

"A declaração expropriatória, também denominada ato expropriatório, é um ato administrativo anunciador da desapropriação de um bem; em geral vem acompanhado de planta indicativa do bem a ser expropriado, quando imóvel. A declaração expropriatória menciona o preceito legal em que se enquadra a desapropriação anunciada e deve ser publicada no jornal oficial.

Sendo ato administrativo, todos os elementos para sua formação e validade hão de ser observados (v. Capítulo 8). Além dos aspectos de legalidade, o ato expropriatório contém aspectos de mérito, referentes à conveniência e oportunidade de expropriar o bem para realizar determinada atividade, também objeto de escolha. Tratando-se de obra pública, a autoridade faz opções quanto à localização, extensão, traçado etc. Os aspectos de legalidade são suscetíveis de apreciação jurisdicional em ação que objetive anular o ato expropriatório; os aspectos de mérito fogem a esta apreciação."

(MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 366/367)

Ressalte-se que essa característica do Poder Executivo poder apreciar os fatos e aplicar as normas legais de acordo com sua análise sobre tais fatos faz com que se encare como tipicamente administrativa a constatação e valoração sobre fatos.

A ideia subjacente a esse posicionamento é a de que o Poder Legislativo, no exercício de juízos políticos, estabelece regras abstratas, cabendo ao Poder Executivo, no exercício de atividade administrativa, aferir se os fatos amoldam-se às hipóteses legais e ao Poder Judiciário verificar se o Poder Executivo moveu-se dentro dos limites legais. Se cabe ao Poder Executivo apenas aferir fatos, não teria ele qualquer liberdade, razão pela qual ele não estaria ocupando ilicitamente o âmbito institucional do Poder Legislativo.

Nesse sentido, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.568, vários Ministros acolheram o entendimento de que não havia qualquer inconstitucionalidade na fixação do valor do salário mínimo mediante decreto presidencial em razão de os critérios objetivos para a fixação do salário mínimo já estarem previamente fixados na lei, o que permitiria, inclusive, o completo controle judicial sobre a atividade do Chefe do Poder Executivo⁸⁸.

A orientação sugerida nesses casos, portanto, é o da validade dos atos do Poder Executivo, pois a atividade administrativa, nessas hipóteses, seria "apolítica", apenas técnica, de mero cumprimento das decisões tomadas pelo Parlamento.

Note-se que, no julgamento acima referido, diversos Ministros chegaram a definir a atividade do Presidente da República como "vinculada", razão pela qual não identificavam problemas na "delegação" conferida ao Presidente da República. Ressaltaram, naquela oportunidade, que, se o Presidente da República fizesse incorreta qualificação dos fatos (não aplicando, por exemplo, os critérios legais ou indicando índices de correção

⁸⁸ A Ministra Cármen Lúcia consignou:

"Assim, o Congresso Nacional, no exercício de sua competência típica (legislativa) estabeleceu que o valor do salário mínimo, a prevalecer nos anos de 2012 a 2015, seria o de 2011 com reajuste para a preservação do seu poder aquisitivo, para tanto havendo de guardar correspondência com a variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, calculado e divulgado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, acumulada nos doze meses anteriores ao mês do reajuste (§ 1º do art. 2º da Lei n. 12.382/11).

Fixou, ainda, o legislador que, não havendo divulgação do INPC referente a um ou mais meses compreendidos no período do cálculo até o último dia útil imediatamente anterior à vigência do reajuste, tais índices seriam estimados pelo Poder Executivo quanto aos meses não disponíveis.

De se enfatizar, no ponto, que a estimativa também não é arbitrária, mas segundo o critério adotado, pelo que pode ser questionado em sua apuração.

Estabeleceu, ainda, o legislador, que se sobrevier aquela situação prevista no § 2º, "os índices estimados permanecerão válidos para os fins desta Lei, sem qualquer revisão, sendo os eventuais resíduos compensados no reajuste subsequente, sem retroatividade".

Com tal estatuição, o legislador retirou do Presidente da República qualquer discricionariedade quanto à fórmula para apuração do quantum a ser adotado segundo o valor legalmente fixado ou sequer quanto à possibilidade de revisão ou forma de compensação de eventuais resíduos"

completamente dissociados da realidade), o Judiciário poderia invalidar esses atos, pois se trataria de uma hipótese de eventual ilícita qualificação dos fatos.

A edição de regulamentos que estabeleçam um padrão uniforme de aplicação pelo Poder Executivo das leis, evitando que os fatos sejam apreciados de forma distinta por diferentes órgãos administrativos, constitui, nesse contexto, atividade que a doutrina aceita naturalmente como mera "execução" da lei, ou seja, os regulamentos assim editados seriam regulamentos de execução⁸⁹.

Ocorre, porém, que a edição de atos normativos por órgãos do Poder Executivo com o propósito de aplicar as normas legais aos fatos aferidos pela Administração Pública pode possuir diferentes características e naturezas, não sendo possível reduzir todas as hipóteses possíveis ao modelo do exemplo acima referido. Passemos, então, a aprofundar o exame dessa questão.

4.1. Critérios diferentes de apreciação de fatos pelo Poder Executivo

A análise dos fatos pelo Poder Executivo pode ser "estática" ou "dinâmica".

Em uma visão "estática", importa a apreciação sobre determinadas características de fatos já ocorridos e identificados e sua subsunção a determinados tipos legais. Assim, a análise sobre se determinada atividade profissional é de risco baixo, médio ou alto para os empregados da empresa de dado ramo econômico importa um exame de estatísticas de acidentes, anterior evolução tecnológica nessa área e circunstâncias fáticas pretéritas em que se identifiquem, por exemplo, os índices de acidente e eventuais alterações da tecnologia que permitam o controle desses riscos⁹⁰.

⁸⁹ "Ditos regulamentos cumprem a imprescindível função de, balizando o comportamento dos múltiplos órgãos e agentes aos quais incumbe fazer observar a lei, *de um lado, oferecer segurança jurídica aos administrados sobre o que deve ser considerado proibido ou exigido pela lei* (e, *ipso facto*, excluído do campo da livre autonomia da vontade), e, de outro lado, *garantir aplicação isonômica da lei*, pois, se não existisse essa normação infralegal, alguns servidores públicos, em um dado caso, entenderiam perigosa, insalubre ou insegura dada situação, ao passo que outros, em casos iguais, dispensariam soluções diferentes.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, referindo-se a situações do gênero, adverte que não há, nisto, configuração de regulamento autorizado ou delegado, mas regulamento de execução de lei ao se exercitar o "poder conferido pelo Legislativo ao Executivo para determinar fatos e condições objeto de textos legislativos, que no Direito americano se enfeixa nos chamados regulamentos contingentes". (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 345)

⁹⁰ Esse foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 343.446, que foi o *leading case* na apreciação da constitucionalidade da contribuição para o SAT.

Naquela oportunidade, apreciava-se se seria possível deixar ao regulamento precisar os conceitos de atividade preponderante e de riscos leve, médio ou grave de acidentes, tendo o Supremo Tribunal Federal acolhido, por unanimidade, o voto-condutor, da lavra do Min. Carlos Velloso, que adotava o seguinte entendimento:

Essa situação é a clássica em que o Parlamento realiza prévias escolhas políticas, mas, reconhecendo que a melhor execução dessas escolhas depende da aferição de circunstâncias concretas e variáveis, deixa ao Poder Executivo a missão de adaptar a execução da lei aos fatos que forem identificados. Essa atividade é tipicamente administrativa, não significando, porém, que seja necessariamente vinculada ou que o controle judicial que se faça sobre ela seja sempre de igual extensão.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.568, já acima referida, em que se discutia se lei poderia conferir ao decreto a tarefa de corrigir os valores do salário mínimo, acolheu a tese de que não existiria aí qualquer infração ao princípio da separação dos Poderes, pois o Poder Executivo deveria seguir os parâmetros indicados pela lei, sendo necessário apenas a aferição de dados fáticos objetivamente mensuráveis para a definição do valor do salário mínimo (e, por conseguinte, para definição do conteúdo do decreto). Assim, qualquer mínimo desvio do Poder Executivo poderia (e deveria) ser corrigido pelo Poder Judiciário.

No que se refere às alíquotas de contribuição para o Seguro de Acidentes do Trabalho - SAT, hipótese também acima referida, o controle judicial teve alcance diferente, não sendo tão amplo. Com efeito, o Poder Judiciário, nessa hipótese, teve maior deferência às decisões do Poder Executivo, acolhendo, por exemplo, majoração realizada na alíquota do tributo em relação a toda a Administração Pública, em todas as esferas federativas⁹¹.

As decisões que admitiram essa majoração da alíquota do tributo reconheceram que existia alguma liberdade ao Poder Executivo para fixar essa alíquota, não existindo um critério único e objetivo que devesse ser seguido e que permitisse ao Poder Judiciário rever a decisão administrativa.

Isso não significa, entretanto, que a atividade do Poder Executivo estivesse fora de controle, pois o Poder Judiciário, conquanto não tenha simplesmente revalorado os fatos de

"Em certos casos, entretanto, a aplicação da lei, no caso concreto, exige a aferição de dados e elementos. Nesses casos, a lei, fixando parâmetros e padrões, comete ao regulamento essa aferição. Não há falar, em casos assim, em delegação pura, que é ofensiva ao princípio da legalidade genérica (C.F., art. 5º, II) e da legalidade tributária (C.F., art. 150, I).

No julgamento do RE 290.079/SC, decidimos questão semelhante. Lá, a norma primária, D.L. 1.422/75, art. 1º, § 2º, estabeleceu que a alíquota seria fixada pelo Poder Executivo, observados os parâmetros e padrões postos na norma primária. No meu voto, fiz a distinção da delegação pura, que a Constituição não permite, da atribuição que a lei comete ao regulamento para a aferição de dados, em concreto, justamente para a boa aplicação concreta da lei."

⁹¹ Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, REsp n. 1.338.611, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.09.13, DJ 24.09.13, v.u.

forma distinta, reconheceu eventual nulidade do ato administrativo que fixou as alíquotas de acordo com critérios que estariam proscritos pela lei⁹².

Em outras palavras, a decisão administrativa possui certa margem de manobra, de liberdade, mas, para tanto, não pode se afastar dos critérios legais. Assim, por exemplo, o Poder Executivo pode fazer valoração dos fatos distinta da realizada pelo Judiciário, mas não pode utilizar para a sua decisão a valoração sobre fatos que não sejam aqueles definidos na lei como os autorizadores da ação administrativa.

Por outro lado, em uma visão "dinâmica", o Administrador utiliza o exame dos fatos para elaborar um prognóstico a respeito da melhor forma de aplicação da norma legal. Nesse caso, não importam tanto os fatos pretéritos, mas sim a projeção que se faz a partir deles, sendo evidente que as características do exame que se faz nessa situação são completamente distintas.

Ressalte-se, por óbvio, que a edição de qualquer disposição normativa geral e abstrata importa uma tentativa do Estado em (i) disciplinar atividade futura dos indivíduos e (ii) atingir uma finalidade (que, em termos jurídicos, seja consentânea com o interesse público). No caso dos regulamentos acima referidos, porém, não é essa a característica a que se fez referência.

Com efeito, a característica a que se fez referência não é a de projetar efeitos para o futuro, e sim o de o Poder Executivo escolher a melhor opção de acordo com uma projeção (em certo sentido, um "palpite") sobre o que ocorrerá. À evidência, esse "palpite" deve ser motivado, fundamentado e realizado dentro dos limites legalmente estabelecidos, razão pela qual não se pode afirmar que, nessa hipótese, o Poder Executivo goze de total liberdade para decidir da forma que melhor lhe aprouver.

O exemplo mais evidente dessa diferente forma de apreciação dos fatos é o da situação em que a autoridade administrativa que, por obrigação legal, deve disciplinar a utilização crescente de produtos produzidos no território nacional em determinada cadeia de produção, deve apreciar os fatos para formular um panorama futuro que indique qual a medida certa de exigências que devem ser feitas sem comprometimento a outros objetivos públicos (por exemplo, evitar desabastecimento de determinados produtos, aumento excessivo de seu custo etc.)

⁹² No julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.134.164, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, de forma unânime, decidiu que a alíquota da contribuição para o SAT não poderia ser aferida com desconsideração do risco de acidente dos trabalhadores de atividade-meio do estabelecimento, pois isso não estaria contido na lei autorizadora da fixação das alíquotas pelo Poder Executivo (Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, AgR no AI n. 1.134.164, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 25.08.09, DJe 24.09.09, v.u.).

Resta claro, nessa situação, que o legislador conferiu ao Poder Executivo um componente importante de decisão política, diferenciando-a totalmente daquela situação de mera aplicação de índices econômicos na correção do valor do salário mínimo.

O controle jurisdicional que se faça sobre essa segunda modalidade de edição de regulamentos, por óbvio, está sujeito a parâmetros distintos daquele que se processa em relação ao mero julgamento a respeito de fatos já ocorridos.

Com efeito, a análise de fatos pretéritos é objeto de ampla revisão pelo Poder Judiciário⁹³. Tal revisão pode fundar-se (i) na efetiva correspondência entre os critérios legais e a apreciação dos fatos feita pela autoridade administrativa⁹⁴ (ou seja, se a autoridade administrativa apreciou os fatos estabelecidos legalmente como critérios orientadores da sua ação) ou (ii) na correta, ou não, apreciação dos fatos.

Ressalte-se, ademais, que essa revisibilidade ampla das decisões administrativas pode justificar a alteração do ato normativo editado pelo ente regulador ou a responsabilização do Estado pelos danos causados. Com efeito, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 422.941, o Supremo Tribunal Federal acolheu o entendimento de que o Estado deveria ser responsabilizado, de acordo com os parâmetros da responsabilidade objetiva, pelos prejuízos causados pela intervenção no mercado de açúcar e álcool em razão da fixação de preços abaixo de seu custo, o que teria gerado prejuízos aos entes regulados.

⁹³ O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 648.245, após reiterar a orientação jurisprudencial no sentido de que é possível a majoração por decreto da base de cálculo do IPTU mediante a aplicação de índices que reflitam a inflação nos doze meses anteriores, considerou inconstitucional majoração de IPTU levada a efeito pelo Município de Belo Horizonte em razão de o índice aplicado ser bastante superior ao aferido por órgão de estatística.

O Ministro Gilmar Mendes, em trecho de seu voto divulgado no Informativo n. 714 do Supremo Tribunal Federal, consignou:

"Vê-se, assim, que a orientação assentada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o valor cobrado a título de imposto sobre propriedade predial e territorial urbana (**IPTU**) pode ser atualizado, anualmente, independentemente da edição da lei, desde que o percentual empregado não exceda a inflação acumulada nos doze meses anteriores. No caso em tela, todavia, assentou a decisão recorrida que o incremento no valor cobrado, a título de imposto predial, excede consideravelmente o percentual cabível, em termos de atualização monetária. Em vez de aplicar o percentual de 5,88%, correspondente à variação do IPCA/IBGE entre os meses de janeiro a dezembro de 2006, a Fazenda Municipal de Belo Horizonte, por meio do Decreto 12.262/2005, majorou o valor venal dos imóveis em questão em mais de 58%, no ano de 2006. A cobrança assim majorada representa, por via oblíqua, aumento de imposto sem amparo legal, o que justifica a revisão do lançamento tributário, como se procedeu na instância a qua. O acórdão, portanto, não destoa da jurisprudência desta Corte, razão pela qual não merece reforma. Diante desses argumentos, concluo que é inconstitucional a majoração do **IPTU** sem edição de lei em sentido formal, tal como decidiu o acórdão recorrido. Ante o exposto, nego provimento ao recurso extraordinário"

⁹⁴ O Supremo Tribunal Federal, em 1979, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 75.521, ao apreciar a Resolução n. 1.853/64, expedida pelo Instituto do Açúcar e do Alcool - IAA, considerou que os preços fixados pelo IAA, nos termos do Decreto-lei n. 3.855/41 e da Lei n. 4.071/62, estavam incorretos, pois, enquanto a lei determinava que os preços fossem fixados por Estado de acordo com seu rendimento industrial médio, o IAA teria fixado os preços de acordo com o rendimento industrial médio por regiões do país.

Existia, portanto, uma inconsistência entre o critério legal estabelecido para a fixação dos preços e o critério efetivamente utilizado pela autoridade administrativa habilitada a proceder ao exame dos fatos.

Naquela oportunidade, o Supremo Tribunal Federal considerou que os atos normativos editados pelo Instituto do Açúcar e do Alcool - IAA teriam adotado critérios distintos dos estabelecidos legalmente, mas, de qualquer forma, o Supremo Tribunal Federal acolheu o entendimento, em *obiter dictum*, de que a responsabilização poderia ocorrer, em tese, diante, até mesmo, de eventual ato normativo produzido de acordo com as regras legais (pois o Estado poderia, em tese, responder por atos lícitos causadores de prejuízos aos entes regulados; e, a observância dos critérios legais poderia conduzir a violações a princípios constitucionais que teriam, por óbvio, prevalência)⁹⁵.

À evidência, em diversas hipóteses, tal análise esbarrará em questões técnicas de difícil apreensão pelo Poder Judiciário e de solução não absolutamente objetiva (ou seja, não será possível aferir, com critérios estritamente objetivos, qual a correta qualificação a ser dada aos fatos), hipóteses em que eventualmente a decisão do órgão regulador será mantida sem que o Poder Judiciário possa, objetivamente, proferir uma decisão que, no fundo da questão de mérito, analise os fatos apreciados pelo órgão administrativo.

É que se o ordenamento não aponta, com objetividade, uma solução para o caso concreto e a legislação confere propositadamente ao Poder Executivo a atribuição de, com um caráter político, valorar os fatos, não pode o Poder Judiciário imiscuir-se nessa decisão.

No que se refere ao exame dos fatos para a realização de prognósticos, por sua vez, o reexame pelo Poder Judiciário será ainda mais restrito. É que tal exame pressupõe uma escolha política sobre a "melhor" opção para o atingimento de objetivos públicos estabelecidos legalmente, sendo, em regra, os Poderes Executivo e Legislativo os responsáveis por tais escolhas e também os Poderes estatais mais bem estruturados e vocacionados para exercer essa espécie de opção.

Assim, por exemplo, na vigência do anterior Código Florestal (Lei n. 4.771/65), havia disposição proibindo as queimadas e expressa exceção legal no sentido de que a autoridade administrativa poderia conceder autorizações especiais para queimadas eventuais⁹⁶. Com base nessa previsão legal, o Poder Executivo editou extenso regramento sobre o tema (Decreto n. 2.661/98), uniformizando a aplicação da previsão legal, disciplinando a forma como os órgãos administrativos deveriam exercer a sua margem de

⁹⁵ STF, 2ª Turma, RE 422.941, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 06.12.05, DJ 24.03.06, por maioria.

⁹⁶ O art. 27 do anterior Código Florestal estabelecia:

"Art. 27. É proibido o uso de fogo nas florestas e demais formas de vegetação.

Parágrafo único. Se peculiaridades locais ou regionais justificarem o emprego do fogo em práticas agropastoris ou florestais, a permissão será estabelecida em ato do Poder Público, circunscrevendo as áreas e estabelecendo normas de precaução."

liberdade para conceder, ou não, as autorizações e, especialmente no que se refere às queimadas de cana-de-açúcar, estabelecendo, a partir da análise dos dados, uma redução gradual de queimadas.

Nessa tarefa, o Poder Executivo estabeleceu até mesmo uma periodicidade (a cada cinco anos) para rever as medidas e avaliar, com base nos dados fáticos, se a solução adotada no regulamento era a mais adequada⁹⁷. Como se vê, houve uma apreciação dos fatos ligada ao exame do provável atingimento de uma finalidade pública e a uma avaliação sobre qual seria a medida adequada para atingir esse objetivo.

Nesse caso, o Poder Judiciário poderia até mesmo examinar a questão e concluir que o art. 27 do anterior Código Florestal não conferia uma margem de liberdade para que o Poder Executivo estabelecesse a redução gradual das queimadas, pois as queimadas teriam sido proibidas de forma geral. Não caberia ao Poder Judiciário, porém, valorar os fatos e alterar o regramento do Poder Executivo, modificando, por exemplo, as áreas que teriam as queimadas proibidas em cada ano.

A impossibilidade de decisão do Poder Judiciário a respeito dessa questão está ligada a sua função e vocação. Com efeito, compete ao Poder Judiciário conferir segurança jurídica e garantir que o ordenamento jurídico seja respeitado, não possuindo o Judiciário atribuição, ou vocação, para liderar a formulação das políticas públicas. Atua o Judiciário no controle dos Poderes formuladores das políticas públicas e verifica sua compatibilidade com a Constituição, não se confundindo essa tarefa com a própria formulação das políticas públicas.

Constata-se, de qualquer forma, que o exame que a Administração Pública faça sobre os fatos para exercer sua atividade normativa está associado, muitas vezes, ao

⁹⁷ Os arts. 16 e 17 do Decreto n. 2.661/98 dispunham:

"Art 16. O emprego do fogo, como método despalhador e facilitador do corte de cana-de-açúcar em áreas passíveis de mecanização da colheita, será eliminado de forma gradativa, não podendo a redução ser inferior a um quarto da área mecanizável de cada unidade agroindustrial ou propriedade não vinculada à unidade agroindustrial, a cada período de cinco anos, contados da data de publicação deste Decreto.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, considera-se mecanizável a área na qual está situada a lavoura de cana-de-açúcar, cuja declividade seja inferior a doze por cento.

§ 2º O conceito de que trata o parágrafo anterior deverá ser revisto periodicamente para adequar-se à evolução tecnológica na colheita de cana-de-açúcar, oportunidade em que serão ponderados os efeitos sócio-econômicos decorrentes da incorporação de novas áreas ao processo de colheita mecanizada.

§ 3º As novas áreas incorporadas ao processo de colheita mecanizada, nos termos do parágrafo anterior, terão a redução gradativa do emprego do fogo como método despalhador e facilitador do corte da cana-de-açúcar conforme o caput deste artigo, contada a partir da publicação do novo conceito de área mecanizável.

§ 4º As lavouras de até cento e cinquenta hectares, fundadas em cada propriedade, não estarão sujeitas à redução gradativa do emprego do fogo de que trata este artigo.

Art 17. A cada cinco anos, contados da data de publicação deste Decreto, será realizada, pelos órgãos competentes, avaliação das consequências sócio-econômicas decorrentes da proibição do emprego do fogo para promover os ajustes necessários nas medidas impostas."

detalhamento, por ato normativo do Poder Executivo, de objetivos e princípios legais, tema que será examinado a seguir.

5. Detalhamento de objetivos e princípios legais

É função do Poder Executivo cumprir as leis, existindo sempre um espaço de concretização a ser preenchido pelo Poder Executivo no espaço entre a previsão abstrata da lei e a concretude de sua execução.

Ocorre, porém, que, além da natural e inafastável distância entre previsão legal abstrata e execução concreta da norma, os textos legais, com frequência em matérias econômicas, de forma proposital, estabelecem apenas objetivos e princípios amplos e gerais, conferindo ao Poder Executivo um espaço de relativa liberdade para sua ação.

Nesse âmbito, a jurisprudência, antiga e atual, tem reconhecido a validade das disposições normativas editadas pelos órgãos do Poder Executivo. Assim, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal considerou válido tratamento diferenciado conferido pelo Instituto Brasileiro do Café (IBC), no início da década de 1980, às cooperativas de cafeicultores exportadores, justificando sua decisão na competência que o referido ente regulador teria para disciplinar a matéria de acordo com um objetivo legal que previa "o fomento do cooperativismo de produção, do crédito e da distribuição entre os cafeicultores"⁹⁸.

Note-se que a regulamentação feita pelo IBC previa o número de sacas que poderiam ser comercializadas anualmente por cada espécie de exportador, tratando-se de exemplo claro de ato normativo que seria incompatível com o processo legislativo e que se mostra adaptado à função típica do Poder Executivo de exame prudencial dos fatos.

Afirma-se que esse regramento seria incompatível com o processo legislativo porque (i) a previsão de detalhes, como o número de sacas que poderiam ser comercializadas por cada espécie de exportador, não é exigível e nem esperável das leis e (ii) esse tipo de decisão somente pode ser feita de forma eficiente se observadas as circunstâncias concretas do mercado, a sua demanda e a capacidade de cada espécie de exportador, sendo certo que tais circunstâncias são rapidamente mutáveis e somente podem ser identificadas com o seu exame cotidiano e rápido (totalmente incompatível com o processo legislativo naturalmente demorado de discussão e deliberação).

⁹⁸ Tribunal Pleno, Ação Rescisória n. 1.204, Rel. Min. Célio Borja, Rel. p/ acórdão Min. Sydney Sanches, j. 23.02.89, DJ 11.09.92, p. 14.714, por maioria.

De qualquer forma, retomando o tema do presente subtópico, é importante notar que os principais instrumentos utilizados para conferir ao Poder Executivo essa margem de relativa liberdade são a utilização de conceitos técnicos, que devem ser apreciados de acordo com o avanço tecnológico, e dos chamados conceitos jurídicos indeterminados.

Afirmou-se anteriormente que o crescimento da função normativa do Poder Executivo está relacionado com a necessidade de edição de uma disciplina normativa constante e rapidamente mutável, de acordo com o avanço tecnológico e com as necessidades voláteis da economia.

Essas mudanças transformaram também o caráter da lei. Anteriormente, buscava-se o conteúdo "justo" da lei, que, em certo sentido, tenderia a ser imutável. Atualmente, há crescente importância das normas que são editadas apenas por questões de utilidade momentânea, sendo naturalmente voláteis (o que hoje é útil pode atrapalhar no futuro próximo, sendo importante que tais disposições sejam facilmente modificáveis).

O caráter de utilidade faz com que se aprofunde a "especialização" das normas em matéria econômica. De fato, pode ser que as disposições aplicáveis ao mercado de energia elétrica tenham de atender a necessidades e desafios distintos dos mercados, por exemplo, de exploração de portos, sendo necessária a edição de normas específicas para cada um dos setores.

Nesse contexto, as disposições normativas editadas pelas agências reguladoras devem ser apreciadas de acordo com o contexto normativo, com o chamado "bloco de normas" ou "bloco de legalidade" que é criado para o setor que elas pretendem atingir. Em outras palavras, não é possível, no conflito entre atos normativos editados em matéria de regulação de atividade econômica, realizar apenas o exame entre as normas concretas supostamente em conflito, devendo-se examinar toda a "corrente" de atos normativos editados e escalonados hierarquicamente no ordenamento jurídico.

Assim, não se pode prever que sempre uma lei terá prevalência sobre um ato normativo editado por agência reguladora, pois, em tese, é possível que o ato normativo da agência reguladora esteja fundado em disposição legal que confira à agência alguma competência normativa e que acabe, dessa forma, por justificar, no caso concreto a prevalência da disposição editada pela agência reguladora.

Note-se que, conforme acima salientado, é possível, em tese, que a lei que discipline o setor de portos tenha conteúdo completamente distinto do que é estabelecido por uma disposição normativa estabelecida no setor de energia elétrica.

Essa afirmação não causa qualquer surpresa ou dificuldade argumentativa, pois é evidente que as disposições setoriais têm seu limite de aplicação na sua área específica. Assim, não há possibilidade de conflito entre lei aplicável a um setor e disposição normativa de agência reguladora voltada a outro setor porque as matérias disciplinadas são distintas.

A questão, entretanto, possui bastante relevância se pensamos em uma lei geral que é excepcionada por uma disposição normativa editada por agência reguladora setorial. Nesse caso, existiria, em tese, um conflito entre normas de segundo grau, ou seja, envolvendo ao menos dois critérios de solução de conflitos de normas.

De fato, tratar-se-ia, nessa hipótese, de conflito entre uma norma geral e hierarquicamente superior (lei geral) e uma norma especial e hierarquicamente inferior (disposição normativa de agência reguladora).

Nesses casos, conforme a doutrina, não existe uma regra prévia que permita identificar qual a solução a ser adotada em todos os casos. Entretanto, a jurisprudência tem se orientado, em regra, pela prevalência da disposição hierarquicamente inferior e especial.

A fundamentação de tais decisões é a de que a lei geral e superior hierarquicamente seria excepcionada pela própria lei que confere poder normativo ao órgão do Poder Executivo, pois a disposição infralegal seria estabelecida com base na competência assim conferida.

Essa solução, frise-se, foi adotada já há muito tempo pelo Supremo Tribunal Federal, que, por exemplo, editou a sua Súmula n. 596⁹⁹. Tal súmula previa a prevalência de decisões do Conselho Monetário Nacional no específico campo por ele regulado, pois a disposição legal geral (Lei da Usura) teria a sua aplicação afastada por conta da concessão de competência ao Conselho Monetário Nacional pela Lei n. 4.595/64.

Ressalte-se que os fundamentos invocados para tanto são os mesmos aplicáveis às atuais agências reguladoras, pois se referem (i) à necessidade de regulação específica de determinado setor de acordo com situações fáticas concretas a serem apreciadas pelo órgão administrativo, (ii) à conferência de competência normativa ao órgão administrativo por lei e (iii) à vinculação do exercício de tal competência ao atingimento de objetivos e finalidades públicos¹⁰⁰.

⁹⁹ O teor da Súmula é o seguinte: "As disposições do Decreto 22.626/1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional."

¹⁰⁰ O Ministro Oswaldo Trigueiro, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 78.953 (um dos precedentes invocados para a edição da Súmula), consignou:

"A jurisprudência do Supremo Tribunal tem afirmado, repetidamente, que a cobrança de juros acima da taxa legal é vedada pela chamada lei da usura (Dec. 22.626, de 7.4.33).

Passemos a analisar, então, as duas principais técnicas empregadas para conferir certa margem de liberdade para o órgão do Poder Executivo disciplinar determinada matéria vinculada ao detalhamento de finalidades e objetivos públicos, a saber: discricionariedade técnica e conceitos jurídicos indeterminados.

6. Discricionariedade técnica

Se as mudanças técnicas exigem disciplina normativa mutável de acordo com o avanço tecnológico, mostra-se natural que a lei deixe à Administração espaços de liberdade para que possa disciplinar as matérias de acordo com parâmetros técnicos mutáveis. Afirma-se, então, nessas situações que o exercício da função normativa está amparado em uma discricionariedade técnica.

Esses parâmetros técnicos acima referidos podem ser elementos fáticos a serem aferidos ou objetivos legais a serem alcançados de acordo com critérios técnicos. Nas duas situações afirma-se que se está diante de discricionariedade técnica porque, nessas hipóteses, a Administração Pública não estaria submetida a critérios absolutamente objetivos e a decisão a ser tomada demandaria conhecimento sobre áreas técnicas diferentes do Direito.

Há grande discussão doutrinária sobre o que seja "discricionariedade técnica" e se ela constitui efetivamente hipótese de exercício de competência discricionária. As polêmicas são justificáveis, pois a utilização da expressão "discricionariedade" é, em regra,

No caso, porém, trata-se de taxa livremente pactuada e de contrato firmado na vigência da Lei 4.595, de 31.12.64, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias e cria o Conselho Monetário Nacional.

O art. 2º desse diploma dá ao Conselho a incumbência de formular a política da moeda e do crédito, objetivando o progresso econômico e social do país.

O art. 3º, II, diz que essa política objetiva regular o valor interno da moeda, para tanto prevenindo ou corrigindo os surtos inflacionários ou deflacionários. No item IV prevê o modo de orientar aplicação dos recursos das instituições financeiras, quer públicas, quer privadas.

O art. 4º, no item VI, dá competência ao Conselho para disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas. No item IX, dá-lhe o encargo de limitar as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros. No item XVII, confere-lhe a atribuição de regulamentar, fixando limites, prazos e outras condições, as operações de redescontos e empréstimos. No item XXII, atribui-lhe a competência de estatuir normas para as operações das instituições financeiras públicas, para preservar sua solidez e adequar seu funcionamento aos objetivos da lei.

Que o Conselho Monetário e seu agente executivo, o Banco Central, estejam desempenhando essa tarefa com a amplitude prevista na Lei 4.595, é fato que dispensa qualquer esforço de demonstração. Que, na época inflacionária em que vivemos, aquela tarefa estaria de todo frustrada se condicionada à remota proibição da lei da usura, é inferência que, a meu ver, paira acima de qualquer dúvida razoável.

Penso que o art. 1º do Decreto 22.626 está revogado, não pelo desuso ou pela inflação, mas pela Lei 4.595, pelo menos no pertinente às operações com as instituições de crédito, públicos ou privados, que funcionam sob o estreito controle do Conselho Monetário Nacional."

associada a uma pretensão de ausência de controle jurídico sobre determinada atividade estatal ou, ao menos, a um controle mais frágil¹⁰¹.

Observe-se, por oportuno, que o controle jurisdicional sobre os atos da Administração Pública é matéria em constante mudança, percebendo-se uma tendência (sujeita, é claro, a retrocessos eventuais) de crescente controle sobre os atos administrativos¹⁰².

Assim, identifica-se uma linha de evolução em que se parte de uma situação em que o Estado e as autoridades estatais não respondiam pelos seus atos para uma situação

¹⁰¹ Rui Barbosa, ao examinar a doutrina estadunidense sobre questões políticas, faz expressamente a relação entre discricionariedade e ausência de controle jurisdicional:

"Nestes três lances ressaí várias vezes a noção de que os tribunais só não podem conhecer da inconstitucionalidade, imputada aos atos do Poder Executivo, quando esses atos se abrangem na categoria daqueles, que são confiados à sua discricionariedade, e não interessam garantias individuais. Se entendem com essas garantias, e não se compreendem na ação constitucionalmente discricionária do poder, esses atos constituem matéria judicial. No caso contrário, são propriamente políticos."

(BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. 3ª ed. Campinas: Russell Editores, 2010, p. 106)

¹⁰² Odete Medauar, tratando especificamente da evolução do controle sobre o exercício da discricionariedade administrativa, consigna:

"A partir de fins do século XIX surgiram várias teorias para caracterizar o poder discricionário, registrando-se evolução no sentido de apontar-lhe parâmetros.

Em concepções iniciais sobressai a idéia de escolha livre, subtraída no seu conteúdo a toda disciplina legal, baseada somente em apreciações subjetivas da autoridade.

Na França, até os primórdios do século XX, os atos discricionários ou atos de pura administração conceituavam-se como aqueles insuscetíveis de apreciação pelo juiz. Em 1908, o mais alto tribunal administrativo francês deixou de admitir a existência de atos totalmente livres, exigindo observância de regras de competência e de forma.

Para outra corrente, o conceito de poder discricionário se resolvia levando-se em conta a situação de ausência de lei ou imprecisão de lei, de um lado, e, de outro, a liberdade conferida à Administração para interpretar tais leis ou criar novas normas. No primeiro caso, o exercício do poder discricionário era equiparado ao trabalho do juiz; no segundo, à atuação do Legislativo.

Posteriormente desenvolveu-se entendimento de que o poder discricionário consistia na liberdade de apreciação, mas em vista do atendimento do interesse público. Na França buscou-se traduzir em fórmula jurídica a obrigação de observância do fim, criando-se a figura do vício do ato administrativo por desvio de poder ou desvio de finalidade. Admitiu-se, então, a apreciação jurisdicional da conformidade ao fim.

Essa orientação evoluiu e veio a exigência de nexo entre a decisão administrativa e seus antecedentes (circunstâncias de fato), isso como reflexo da necessidade de que a decisão fosse determinada por razões objetivas de interesse público. Com o motivo inseriu-se um vínculo a mais no exercício do poder discricionário.

A partir da segunda metade do século XX, com a dinâmica estatal intervencionista, ampliam-se as atividades administrativas - um número crescente de medidas e decisões afeta direitos e interesses de indivíduos e grupos. O contexto político-institucional das décadas de 70, 80 e 90 apresenta-se muito diferente do contexto do início do século. A realidade atual registra a existência de inúmeros centros de interesses na sociedade e a ampliação dos direitos de indivíduos, de grupos e de direitos difusos. É notória a heterogeneidade de interesses, acarretando pressões de indivíduos e grupos sobre a Administração para atendimento de suas reivindicações. Outros fatores presentes: impacto do avanço tecnológico e conseqüente tecnicização no tratamento de matérias a cargo da Administração; uso de práticas consensuais, conciliatórias; medidas de estímulo e incentivo. Ante esse contexto, surge, num setor da doutrina, a preocupação com a atuação discricionária, formulando-se ressalvas às concepções clássicas e buscando-se nova disciplina, para que se torne o mais objetiva possível, imparcial e, em certa medida, controlável. Um dos resultados dessa preocupação situa-se no tratamento doutrinário e jurisprudencial que circunscreve e direciona o exercício do poder discricionário com base em diversos parâmetros."

(MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 112/113)

atual em que não se aceita mais a distinção entre atos discricionários e vinculados, e sim apenas em aspectos do ato estatal que seriam discricionários.

É fácil compreender, identificada essa tendência de crescimento do controle jurisdicional sobre os atos estatais, a suspeita criada por um novo "instrumento" que poderia afastar o controle jurisdicional sobre as atividades regulatórias do Estado. Antes de enfrentar a questão sobre a "discricionariedade técnica" como instrumento de ação das agências reguladoras, é necessário fazer, então, uma breve análise sobre a discricionariedade.

A discricionariedade pode ser compreendida em, ao menos, três diferentes sentidos, a saber: (i) ausência de órgão capaz de realizar o controle jurídico sobre determinado ato, (ii) ausência de um critério prévio para a adoção de uma decisão (e, portanto, para o seu controle) ou (iii) existência de um critério não preciso, exato, mecânico, para a adoção de uma decisão (e, portanto, para o seu controle)¹⁰³.

Não se costuma considerar, na doutrina nacional, a primeira forma (ausência de órgão controlador) referida como hipótese de discricionariedade. Com efeito, não é comum considerar que as decisões do Supremo Tribunal Federal, porque não sujeitas ao controle de qualquer outra corte judiciária, seriam discricionárias. Assim, ainda que não exista um órgão jurisdicional que controle o Supremo Tribunal Federal, as decisões deste tribunal são, eventualmente, fortemente criticadas pela doutrina por terem supostamente se afastado das melhores soluções determinadas pelo ordenamento jurídico, não sendo comum aceitar quaisquer decisões do Supremo Tribunal Federal por conta de suposto exercício de competência discricionária.

¹⁰³ "Algumas vezes empregamos "poder discricionário" em um sentido fraco, apenas para dizer que, por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar. (...)

Às vezes usamos a expressão em um segundo sentido fraco, apenas para dizer que algum funcionário público tem a autoridade para tomar uma decisão em última instância e que esta não pode ser revista e cancelada por nenhum outro funcionário. (...)

Chamo esses dois sentidos de fracos para diferenciá-los de um sentido mais forte. Às vezes usamos "poder discricionário" não apenas para dizer que um funcionário público deve usar seu discernimento na aplicação dos padrões que foram estabelecidos para ele pela autoridade ou para afirmar que ninguém irá rever aquele exercício de juízo, mas para dizer que, em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão. Nesse sentido, podemos dizer que um sargento tem um poder discricionário quando lhe for dito para escolher quaisquer cinco homens para uma patrulha ou que um juiz de uma exposição de cães tem o poder discricionário de avaliar os airdales antes dos boxers, caso as regras não estipulem uma ordem para esses eventos. Empregamos a expressão nesse sentido não para comentar a respeito da dificuldade ou do caráter vago dos padrões ou sobre quem tem a palavra final na aplicação deles, mas para comentar sobre seu âmbito de aplicação e sobre as decisões que pretendem controlar. Se o sargento recebe uma ordem para escolher os cinco homens mais experientes, ele não possui o poder discricionário nesse sentido forte, pois a ordem pretende dirigir a sua decisão. Pela mesma razão, o árbitro de uma luta de boxe, que deve decidir qual lutador foi mais agressivo, não possui poder discricionário no sentido forte da expressão."

(DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução feita por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 51/52)

Quanto às duas outras hipóteses, há controvérsia.

De fato, a inexistência de um critério jurídico prévio para pré-determinar a decisão que deverá ser tomada pelo órgão estatal é uma hipótese de discricionariedade, afirmando-se, em regra, que a inexistência de critério tornaria totalmente livre a opção por qualquer das alternativas existentes. Nesse sentido, a discricionariedade seria um espaço de liberdade conferido pela lei para que o agente estatal pudesse escolher entre "indiferentes" jurídicos, ou seja, não haveria a mínima predileção do ordenamento jurídico a qualquer das opções dadas ao agente estatal, que, por essa razão, poderia escolher qualquer delas sem que houvesse a possibilidade de controle jurídico sobre sua opção¹⁰⁴.

Quanto à inexistência de um critério exato, preciso, que oriente a decisão administrativa, a doutrina divide-se, pois há quem sustente que a hipótese confunde-se com um caso qualquer de interpretação e, assim, caberia ao Poder Judiciário revisar as decisões administrativas (pois é o Poder Judiciário o competente para decidir o que "diz o Direito"); e, por outro lado, há quem argumente que, inexistindo um critério jurídico seguro para decidir, o Poder Judiciário não deveria imiscuir-se nessa seara e teria de respeitar a decisão do Poder Executivo.

Um fator que deve ser levado em conta nessa discussão é que, com o agigantamento do papel da Constituição na sociedade contemporânea, há muito pouco espaço no ordenamento jurídico a "indiferentes jurídicos". É que a existência de princípios constitucionais obrigatórios orientadores da ação estatal inibe o reconhecimento de opções totalmente livres ao agente estatal, que teria, ao menos, de respeitar tais princípios.

Assim, conquanto pareça teoricamente existente uma diferença entre as duas situações referidas, a distinção prática é bastante nebulosa e duvidosa, existindo sempre, ainda que em um plano elevado de abstração, princípios jurídicos que devem orientar a ação dos agentes estatais e, assim, permitem o controle jurisdicional sobre qualquer ação estatal.

Importa ao presente estudo, de qualquer forma, apenas apreciar se a "discricionariedade técnica" a que se refere nas hipóteses em que se trata da função normativa do Poder Executivo corresponde a uma situação que justifique o exercício de competência

¹⁰⁴ "A discricionariedade, vimos, expressa-se na formulação de juízos de oportunidade, importando eleição entre indiferentes jurídicos, à margem, pois, da legalidade.

Logo, no Estado de Direito, qualquer agente público somente deterá competência para a prática de atos discricionários - isto é, exercitando as margens de liberdade de atuação fora dos quadrantes da legalidade - quando norma jurídica válida a ele atribuir a formulação de juízos de oportunidade. Fora dessa hipótese, qualquer agente público estará jungido, subordinado à legalidade. Inclusive quando lhe incumba o dever-poder de interpretar/aplicar texto ou textos normativos que veiculem "conceitos jurídicos indeterminados". (GRAU, Eros Roberto. Crítica da "separação dos poderes". In: **O direito posto e o direito pressuposto**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 152/153)

normativa por órgãos do Poder Executivo e, em caso de resposta positiva à questão, qual a espécie de controle jurisdicional que se pode fazer sobre o exercício dessa competência.

É interessante, nesse ponto, tentar compreender como a discricionariedade técnica é manejada pela jurisprudência. Para tanto, parece útil identificar uma situação que a doutrina, classicamente, definiu como de discricionariedade técnica.

Assim, por exemplo, a jurisprudência de nossos tribunais tem considerado como de discricionariedade técnica a elaboração de provas de concursos públicos e a fixação de seus gabaritos, ainda que se trate de provas para provimento de cargos jurídicos. Vale dizer, os tribunais têm acentuado a inexistência de competência do Poder Judiciário para rever as provas dos concursos públicos, mesmo que se trate de hipótese em que o tribunal tem conhecimento técnico para tanto (prova jurídica), ressaltando que a questão não é de conhecimento técnico, e sim de competência para o reexame da matéria¹⁰⁵.

Ora, se a questão é de competência para decidir, resta claro que a "discricionariedade técnica" não é uma decorrência de uma impossibilidade fática de se estabelecer um regramento jurídico sobre a matéria (se fosse isso, nem mesmo o Poder Executivo poderia disciplinar a matéria), e sim de conveniência de se estabelecer ao órgão do Poder Executivo, que, por definição, executará concretamente a norma abstrata, uma margem de apreciação para o caso concreto. Os critérios para decidir perante o caso concreto, porém, não são inteiramente livres, devendo se amoldar a parâmetros "técnicos".

Frise-se, por oportuno, que o que ocorre em tais situações é que o legislador está impossibilitado de prever as soluções mais adequadas para as hipóteses concretas, pois a escolha da melhor opção somente será possível com consideração, a cada momento, das circunstâncias técnicas que circundarem o caso.

A escolha da melhor solução para o caso concreto, então, poderá ser feita com maior precisão pelo Poder Executivo, tanto pela maior proficiência desse Poder no trato de

¹⁰⁵ No julgamento do Recurso em Mandado de Segurança n. 20.200, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, de forma unânime, nos termos do voto-condutor do Ministro Arnaldo Esteves Lima, reconheceu a inviabilidade de reforma jurisdicional da decisão sobre correção de prova de concurso público para o provimento de cargo de juiz. Constatou do voto:

"No caso, a banca examinadora, nos limites estritos de sua competência, avaliou todos os candidatos, conforme planilha juntada aos autos (fl. 20), quanto aos quesitos relatório e identificação do processo na prova subjetiva para ingresso na magistratura do Estado do Pará. Ao assim agir, não contrariou o edital, tampouco a legislação de regência, não obstante a inexistência de comando específico a respeito, porquanto não há vedação legal nesse sentido. Com efeito, o Código de Processo Civil traz uma faculdade, e não um comando cogente, de necessária observância.

Como se verifica acima, não se trata de erro material, considerado aquele perceptível de plano, sem maiores indagações. Conclusão a respeito do direito líquido e certo invocado demandaria análise pormenorizada da resposta dada pelo recorrente à questão, não apenas em confronto com a legislação processual, mas também com a orientação doutrinária a respeito do tema, o que não se insere, como referido acima, no âmbito de atuação do Poder Judiciário."

questões técnicas, quanto pela impossibilidade natural do Poder Legislativo realizar rapidamente as mutações normativas que seriam necessárias para acompanhar o avanço tecnológico.

As decisões então proferidas pelo Poder Executivo devem receber algum respeito pelo Poder Judiciário, tendo sido consagrado pela jurisprudência estadunidense o princípio da deferência à decisão administrativa. Vale dizer, a decisão administrativa proferida no exercício de uma competência estabelecida legalmente e sem que se possa extrair da lei a única solução correta é, a princípio, reputada válida e, em caso de impossibilidade de se demonstrar sua inadequação (pois a opção se mostra razoável), deve prevalecer, mesmo existindo outras soluções que seriam justificáveis¹⁰⁶.

¹⁰⁶ "Um resultado que se seguiu à proliferação de delegações foi a decisão da Suprema Corte em *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, que estabeleceu uma regra de dois passos para o controle jurisdicional sobre a edição de um ato normativo por uma agência reguladora federal: "Primeiramente, sempre, há questão sobre se o Congresso tratou diretamente da questão exata em discussão... Se a corte, empregando regras tradicionais de hermenêutica, conclui que o Congresso tinha a intenção de decidir concretamente a questão em debate, a norma corresponde à intenção e lhe deve ser dado efeito". Em segundo lugar, "se a corte decide que o Congresso não deliberou diretamente sobre a questão em debate", ou seja, "se a disposição legal é silente ou ambígua sobre o tema específico", o problema para a corte se transforma em saber "se a resposta da agência reguladora está baseada em uma construção admissível do ato normativo", ou seja, se a interpretação da agência reguladora é "razoável" ou "racional e consistente com o ato normativo". *Chevron* não é uma regra de Direito Constitucional, per se, mas, apesar disso, está fundada em importantes princípios decorrentes da separação dos Poderes. Como a Suprema Corte explicou:

Juizes não são especialistas na matéria e não fazem parte de qualquer ramo político do governo. Cortes precisam, em alguns casos, conciliar interesses políticos concorrentes, mas não com base em preferências políticas pessoais dos juizes. Em contrário, uma agência reguladora a que o Congresso tenha delegado responsabilidades para formular políticas públicas pode, dentro dos limites de tal delegação, efetuar suas decisões de acordo com a visão do governo atual sobre qual seria a mais sábia política a ser adotada. Embora as agências não devam diretamente prestação de contas ao povo, o Chefe do Poder Executivo, e é inteiramente apropriado para este ramo político do governo fazer tais opções políticas, está incumbido de arbitrar os interesses conflitante que o Congresso tenha inadvertidamente deixado de solucionar ou intencionalmente deixado para ser decidido pela agência reguladora encarregada de aplicação dos atos normativos legais à luz da realidade cotidiana.

Assim, a deferência judicial a uma interpretação da agência sobre o estatuto que é aplicável a seu setor é apropriada nas hipóteses em que o Congresso tenha expressamente delegado a elaboração de atos normativos ou outras atribuições de formulação de políticas públicas a uma agência reguladora."

("One result of ensuing proliferation of delegations was the Court's decision in *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, which announced a two-step rule for judicial review of a federal agency's construction of a statute it administers: "First, always, is the question whether Congress has spoken directly to the precise question at issue.... If a court, employing traditional rules of statutory construction, ascertains that Congress had an intention on the precise question at issue, that intention is the law and must be given effect." Second, "if the court determines that Congress has not directly addressed the precise question at issue" - that is, "if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue" - the question for the court becomes "whether the agency's answer is based on a permissible construction of the statute," that is, whether the agency's interpretation is "reasonable," or "rational and consistent with the statute." *Chevron* is not a rule of constitutional law per se, but it is nonetheless premised on important separation-of-powers principles. As the Court has explained:

Judges are not experts in the field, and are not part of either political branch of the government. Courts must, in some cases, reconcile competing political interests, but not on the basis of the judges' personal policy preferences. In contrast, an agency to which Congress has delegated policymaking responsibilities may, within the limits of that delegation, properly rely upon the incumbent administration's view of wise policy to inform its judgments. While agencies are not directly accountable to the people, the Chief

A deferência à escolha técnica, de qualquer forma, encontra limites, que foram, aos poucos, sendo revelados pela jurisprudência.

Assim, por exemplo, no julgamento do Recurso Especial n. 1.171.688, o Superior Tribunal de Justiça considerou inviável a manutenção de ato de agência reguladora que tratava de forma distinta situações idênticas envolvendo entes regulados diferentes. Vale dizer, conquanto o Superior Tribunal de Justiça tenha considerado que a agência reguladora pudesse optar pela solução "a" e "b", acolheu o entendimento de que seria inviável adotar, para a mesma situação, a solução "a" para o ente regulado "C" e a solução "b" para o ente regulado "D"¹⁰⁷.

Executive is, and it is entirely appropriate for this political branch of the Government to make such policy choices - resolving the competing interests which Congress itself either inadvertently did not resolve, or intentionally left to be resolved by the agency charged with the administration of the statute in light of everyday realities.

Thus, judicial deference to an agency interpretation of its governing statute is appropriate where Congress has expressly delegated rulemaking or other overtly policymaking authority to an agency.")

(TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. v. 1. 3ª ed. New York: Foundation Press, 2000, p. 993/995)

¹⁰⁷ O seguinte trecho do voto do Ministro Mauro Campbell Marques é elucidativo quanto à situação examinada e solução adotada pelo Superior Tribunal de Justiça:

"Na espécie, a GVT alega que os valores pagos à TIM são desarrazoados. Por isto, houve provocação da Anatel (e, aqui, pontue-se que a GVT instaurou diversos processos de arbitragem e judiciais contra diversas operadoras, tais como a Claro e a Vivo, por exemplo).

A Anatel, então, diante dos problemas nesta parcela do setor, constituiu uma Comissão de Arbitragem em Interconexão - CAI, que, ato contínuo, determinou que as operadoras interessadas contratassem conjuntamente e às suas expensas, serviço de consultoria para analisar as relações travadas no âmbito da interconexão, bem como para discutir o preço pago a título de VU-M.

Após alguma celeuma acerca da escolha da empresa de consultoria (voltar-se-á ao ponto mais adiante), a Anatel lançou a Resolução n. 480, de 11.8.2007, que deslocou para 2010 o marco regulatório referente à fixação do VU-M, valor que virá a servir de referência para a solução dos conflitos entre as prestadoras de serviço de telecomunicação.

Entretanto, paralelamente a esta decisão de "atraso" do marco regulatório, as arbitragens administrativas instauradas continuaram seguindo, por escolha da própria Anatel neste sentido.

Pois bem. Em 18.2.2008, a Anatel liberou o Despacho n. 3/2007, da CAI, resolvendo o dissenso existente entre a GVT e a **Vivo** no que tange à correta fixação do VU-M. É este o ponto que merece, a meu ver, maiores digressões.

Conforme destacado antes, foram inúmeras as arbitragens instauradas com o mesmo objeto, envolvendo a GVT e diversas operadoras de telefonia móvel.

Por isso, é possível dizer que tratam de arbitragens *idênticas*, ressalvadas as diferenças entre os ocupantes do "pólo passivo" da arbitragem e, em maior ou menor grau, a desarrazoabilidade do preço cobrado a título de VU-M.

O art. 153, § 2o, da Lei n. 9.742/97 é claro ao afirmar que é a Anatel o ente responsável por resolver eventuais condições para interconexão quando for impossível a solução pelos próprios interessados (v. tb. Resolução Anatel n. 410/05). Trata-se de dispositivo quase óbvio, à luz da extrema especificidade e sensibilidade técnica que cerca o tema.

Exercendo sua competência, a Anatel exarou o Despacho n. 3/2007, da CAI, que, frise-se desde já, *regulava tão-só o dissenso acerca do VU-M entre a parte recorrida e a Vivo (outra operadora, portanto)*. Este é um fato narrado no acórdão recorrido pela instância ordinária (fls. 2.405, 2.414/2.415 e 2.423), soberana para avaliar o conjunto fático-probatório carreado aos autos.

Há, nesta esteira, fato superveniente de singular relevância.

Parece que, *tendo em conta o alto grau de discricionariedade técnica que permeia o assunto e também os princípios da deferência técnico-administrativa, da isonomia e da eficiência*, não se pode ignorar que, embora em sede de contenda instaurada entre a GVT e a Vivo, **a lógica do sistema de**

Como se vê, no caso acima referido, o Poder Judiciário brasileiro, conquanto reconhecesse à agência alguma liberdade no exercício de suas atribuições, reconheceu que essa liberdade deveria ser exercida com observância de determinada coerência nas decisões da agência reguladora. Essa postura também é adotada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Assim, por exemplo, a Suprema Corte americana considera que a autoridade administrativa está vinculada a seus precedentes e regras anteriores¹⁰⁸, devendo respeitá-las até que sejam alterados¹⁰⁹ e compreendendo como arbitrária a atitude da agência reguladora de ignorar as regras por ela própria instituídas¹¹⁰.

telecomunicações impõe que o valor de referência aí fixado seja estendido a todos os demais participantes de arbitragens similares (englobando, pois, a arbitragem entre a GVT e a TIM - parte recorrente).

Isto porque reza o art. 152 da Lei n. 9.472/97 que "[o] provimento da interconexão será realizado em **termos não discriminatórios**, sob condições técnicas adequadas, garantindo **preços isonômicos e justos**, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço" (negritos acrescentados).
(...)

Mantendo a incidência da principiologia acima já declinada (princípios da isonomia, da eficiência e da deferência técnico-administrativa), parece incongruente, a esta altura, manter a liminar nos termos em que deferida quando a agência reguladora do setor de telecomunicações já fixou o VU-M que entende cabível - ainda que no âmbito da arbitragem "GVT vs. Vivo"."

¹⁰⁸ No caso *Atchison, Topeka & Santa Fe Railway Co. v. Wichita Board of Trade* [412 U.S. 800 (1973)], a Suprema Corte acolheu o seguinte entendimento:

"É verdade, é claro, que o "Board" é livre para adotar novas regras de decisão e que às novas regras jurídicas pode ser dada aplicação retroativa. Entretanto, o "Board" não pode, sob silêncio, afastar-se de suas habituais regras de decisão para alcançar um diferente e não explicado resultado em um caso particular."

("It is, of course, true that the Board is free to adopt new rules of decision and that the new rules of law can be given retroactive application. Nevertheless the Board may not depart sub silentio from its usual rules of decision to reach a different, unexplained result in a single case.")

¹⁰⁹ "Distinto da exigível consistência com anteriores julgamentos das agências, mas certamente relacionado com ela, é o princípio que uma agência reguladora deve seguir as regras por ela própria estabelecidas até que elas sejam válidamente alteradas ou revogadas. A agência reguladora tem essa obrigação mesmo que não tenha o dever de previamente estabelecer regras particulares que serão seguidas. Este princípio é normalmente chamado de "Accardi doctrine" em razão do caso em que pela primeira vez teve um papel importante. Suas mais dramáticas aplicações vieram do escândalo "Watergate". Quando o *Attorney General* Robert Bork, sob ordem do Presidente Richard Nixon, demitiu Archibald Cox de seu posto de promotor especial do caso "Watergate", o juiz Gerhard Gesell considerou ilegal tal ação. Apesar do *Attorney General* possuir, em regra, o poder de demitir livremente um promotor federal, ele limitou sua própria autoridade promulgando uma disciplina pela qual o promotor especial do caso "Watergate" seria demitido apenas "por extraordinárias impropriedades". Como Cox não teria incorrido em tal comportamento, o *Attorney General* não teria poder para demiti-lo. *Nader v. Bork*, 366 F. Supp. 104 (D.D.C. 1973). Quando o sucessor de Cox, Leon Jaworski, obteve uma ordem para que o Presidente Nixon apresentasse algumas fitas gravadas, Nixon se recusou a cumprir a ordem sob a alegação de prerrogativa do Poder Executivo e de que o Poder Judiciário não poderia interferir em uma "disputa interna do Executivo". A Suprema Corte, de forma unânime, manteve a ordem, pois o *Attorney General* delegou explicitamente ao promotor especial o poder de impugnar qualquer invocação de prerrogativa do Executivo em conexão com suas investigações e "o Poder Executivo estaria vinculado por" tal disciplina. *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974)".

("Distinct from, though surely related to, consistency with prior adjudicatory decisions, is the principle that an agency must follow its own regulations until they are validly amended or rescinded. The agency has this obligation even if it had no duty to adopt the particular rules in the first place. This principle is often called the "Accardi doctrine" from the case in which it first played a prominent role; its most dramatic applications come from the Watergate scandal. When Attorney General Robert Bork, on Richard Nixon's order, fired Archibald

Em suma, a discricionariedade técnica é uma das técnicas utilizadas para conferir a órgãos do Poder Executivo a função de editarem atos normativos gerais e abstratos que regulem determinadas matérias de acordo com parâmetros técnicos. A discricionariedade somente existirá nas hipóteses em que se identificar o propósito legal de conferir alguma liberdade de ação ao administrador, e não pelo conteúdo técnico da matéria.

Essa liberdade, conquanto deva ser respeitada, a princípio, pelo Poder Judiciário, não pode representar margem para arbitrariedade do Poder Executivo. Assim, o exercício dessa competência deve ser realizado de acordo com o procedimento estabelecido para tanto e não permite que o Poder Executivo adote soluções contraditórias e desarrazoadas.

7. Conceitos jurídicos indeterminados

A linguagem jurídica não é passível de objetivação absoluta¹¹¹.

Além disso, a doutrina atual não titubeia em distinguir o texto normativo e a norma criada a partir do processo de interpretação, revelando que cabe ao intérprete sempre,

Cox as Watergate Special Prosecutor, Judge Gerhardt Gesell held the action unlawful. Although the Attorney General generally had the power to fire a federal prosecutor at will, he had limited his own authority by promulgating a regulation that the Watergate Special Prosecutor would be fired only "for extraordinary improprieties." As Cox had not engaged in such behavior, the Attorney General had no power to fire him. *Nader v. Bork*, 366 F. Supp. 104 (D.D.C. 1973). When Cox's successor, Leon Jaworski, obtained a subpoena ordering President Nixon to produce certain tape recordings, and Nixon refused to comply on grounds of executive privilege, the Presidente argued that the judiciary could not intervene in an "intra-executive dispute." The Supreme Court unanimously held that, because the Attorney General had explicitly delegated to the Special Prosecutor the power to contest any invocation of executive privilege in connection with his investigations, "the Executive Branch is bound by" that regulation. *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974).") (STRAUSS, Peter L.; RAKOFF, Todd D.; FARINA, Cynthia R. **Administrative Law. Cases and comments**. New York: Foundation Press, 2003, p. 913)

¹¹⁰ No caso *INS v. Yang*, 519 U.S. 26 (1996), a Suprema Corte acolheu o seguinte entendimento:

"Apesar da discricionariedade da agência ser ampla no início, se a agência anuncia e segue - por regra geral ou pelo conteúdo contido em um julgamento administrativo - uma política geral pela qual o exercício de sua discricionariedade será seguida, um irracional afastamento de tal política (ao contrário de uma alteração declarada dela) constitui uma ação que deve ser afastada."

("Though the agency's discretion is unfettered at the outset, if it announces and follows - by rule or settled course of adjudication - a general policy by which its exercise of discretion will be governed, an irrational departure from that policy (as opposed to an avowed alteration of it) could constitute action that must be overturned")

¹¹¹ "Por conceito indeterminado entendemos um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos. Os conceitos absolutamente determinados são muito raros no Direito. Em todo o caso, devemos considerar como tais os conceitos numéricos (especialmente em combinação com os conceitos de medida e os valores monetários: 50 km, prazo de 24 horas, 100 marcos). Os conceitos jurídicos são predominantemente indeterminados, pelo menos em parte. É o que pode afirmar-se, por exemplo, a respeito daqueles conceitos naturalísticos que são recebidos pelo Direito, como os de "escuridão", "sossego noturno", "ruído", "perigo", "coisa". E com mais razão se pode dizer o mesmo dos conceitos propriamente jurídicos, como os de "assassinato" ("homicídio qualificado"), "crime", "acto administrativo", "negócio jurídico", etc." (ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8ª ed. Tradução feita por J. Baptista Machado da 8ª edição alemã. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 208/209)

de alguma forma, colaborar para conferir conteúdo à norma que será concretamente aplicada. Por essas razões, todo conceito jurídico teria um certo grau de "indeterminação".

Tais considerações, porém, não são capazes de afastar a constatação de que existem determinados conceitos jurídicos que se diferenciam pelo proposital elevado grau de fluidez. Afirma-se ser proposital esse grau de fluidez porque a sua vaguidade não é uma "falha" de tais conceitos, e sim sua "força".

Com efeito, os chamados conceitos jurídicos indeterminados constituem uma categoria de conceitos jurídicos utilizados propositalmente pelo responsável pela edição de textos normativos gerais e abstratos para conferir liberdade ao intérprete para aplicá-los de acordo com as situações concretas envolvidas.

Discute-se, então, se tais conceitos, quando utilizados para conferir competências à autoridade administrativa, conferem ao administrador espaço discricionário de ação ou se se trata de mera hipótese de interpretação de conceito jurídico que estará, portanto, sujeita às regras gerais de interpretação e aplicação de textos normativos e permitirá o completo e exauriente controle jurisdicional sobre a decisão administrativa tomada na "interpretação" desse conceito.

Tal discussão, na verdade, aparenta encobrir uma discussão política, pois, pela primeira corrente citada, a concessão de "poder discricionário" afastaria o controle jurisdicional sobre essa atividade e, pela segunda, o controle jurisdicional seria amplo (afinal, caberia ao Poder Judiciário dizer, em última instância, o que é o Direito).

Os parâmetros da discussão, entretanto, não precisam ser necessariamente estes. É que o fato de afirmar-se que não se trata de "poder discricionário" não importa necessariamente afirmar que a decisão jurisdicional tenha de ter a "última palavra" sobre o alcance do conceito jurídico indeterminado em todas as situações.

De fato, a experiência forense aponta situações em que se mostra natural a opção do Poder Judiciário de interpretar e impor a "melhor interpretação" de conceitos jurídicos indeterminados e outras em que é claramente recomendável que o Poder Judiciário não interfira com a "interpretação" dada pelo Poder Executivo a determinado conceito jurídico indeterminado.

Conclui-se, dessa forma, que a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados envolve um exame, mais uma vez, de competência para decidir, e não de impossibilidade técnica de decisão pelo Poder Judiciário. Em outras palavras, eventual margem de liberdade conferida ao órgão do Poder Executivo não decorre da "natureza" do

conceito jurídico indeterminado, e sim da atribuição de competência ao Poder Executivo para deliberar sobre determinado assunto.

Assim, a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados demanda a análise de todo o contexto normativo, para que se saiba a quem caberá, em última análise, concretizar o conceito jurídico indeterminado. Nesse exame, um dos elementos mais importantes é a matéria que está sendo disciplinada, pois, em algumas matérias, o Poder Judiciário atuará mais fortemente e, em outras, identificando-se uma natural proximidade da matéria com as atribuições do Poder Executivo, será respeitada maior liberdade para o Poder Executivo.

Passa-se abaixo a examinar a distinção de tratamento jurídico conforme a matéria a ser disciplinada.

8. Diferenciação por matéria

A doutrina procura estabelecer os limites à ação normativa dos órgãos do Poder Executivo com base em características formais da ação normativa dos entes da Administração Pública e em parâmetros uniformes supostamente aplicáveis a qualquer situação.

Essa preocupação é compreensível, pois é fundamental que se estabeleçam critérios uniformes e permanentes para a apreciação da validade dos atos normativos editados pelo Poder Executivo e, assim, evitem-se soluções de ocasião fundadas, de fato, apenas em avaliações de critérios extrajurídicos.

Ocorre, porém, que essa preocupação doutrinária não pode afastar o reconhecimento de que a matéria objeto do ato normativo do Poder Executivo influencia o exame que se faça a respeito da validade, ou não, da disciplina da matéria por ato normativo oriundo da Administração Pública. Em outras palavras, a aferição sobre se determinado ato normativo editado por órgão do Poder Executivo satisfaz o princípio da legalidade deve levar em conta a matéria que esse mesmo ato normativo disciplina, e não apenas a sua relação com a lei que confere competência ao órgão do Poder Executivo ou a profundidade com que o órgão do Poder Executivo disciplina a questão.

Com efeito, existem algumas áreas, como matéria tributária ou penal, em que o nível exigido de disciplina no plano legal é mais alto, enquanto em outros, como, por exemplo, as atividades de planejamento e fomento da economia, mais baixo¹¹². Assim, atos

¹¹² MARRARA, Thiago. A legalidade na relação entre ministérios e agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (org.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 399.

normativos de conteúdo similar editados pelo Poder Executivo podem ser considerados válidos se relativos a determinadas matérias e inválidos se se referirem a outras matérias.

Essa distinção, além de defendida doutrinariamente, é também aplicada jurisprudencialmente¹¹³. Assim, por exemplo, no julgamento da ADIn n. 3.340, proposta pelo Procurador-Geral da República contra ato do Poder Executivo que disciplinava o regulamento disciplinar do Exército, o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento de que não seria possível considerar inconstitucional, de forma completa e absoluta, a previsão de infrações disciplinares e suas sanções em ato normativo editado pelo Poder Executivo, ressaltando que a análise teria de ser feita, caso a caso, conforme a sanção imposta e a matéria concretamente disciplinada.

Dessa forma, eventuais sanções de privação de liberdade estariam sujeitas, segundo boa parte dos Ministros do Supremo Tribunal Federal que participaram do julgamento, a regime jurídico distinto das outras sanções, evidenciando o Supremo Tribunal Federal que a matéria conteúdo da disciplina pode influenciar o exame a respeito da validade de determinada previsão normativa editada pelo Poder Executivo.

A disciplina de aspectos formais, procedimentais, da relação entre os órgãos estatais e os particulares também é aceita como matéria sujeita a tratamento mediante atos normativos sem forma e força de lei. Assim, por exemplo, é aceita a disciplina por atos normativos de tribunais de matéria relativa ao uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais¹¹⁴.

Admite-se também com maior facilidade a "delegação" para a disciplina de aspectos das relações dos entes públicos com seus servidores públicos, aceitando-se, por exemplo, "delegações" para a disciplina de requisitos para a remoção de servidores públicos¹¹⁵.

¹¹³ No julgamento da ADIn n. 3.340, o Min. Eros Grau deixou clara a distinção na aplicação do princípio da legalidade conforme a matéria disciplinada. Constatou de seu voto:

"Note-se bem que o art. 5º, inciso II, da Constituição diz que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", ficando bem marcada aí a distinção entre as hipóteses de reserva de lei --- é o caso das matérias de Direito Penal, de Direito Tributário, inclusive desse preceito do art. 5º, LXI --- e outras situações, de legalidade não em sentido estrito, mas amplo, situações em que a lei estabelece como e em que condições deverão ser explicitadas determinadas obrigações; exatamente o que ocorre no caso do decreto nº 4.346. Então o regulamento dispõe em virtude de lei, como escrito no inciso II do artigo 5º".

¹¹⁴ STJ, 2ª Turma, REsp n. 1.374.048, Rel. Min. Humberto Martins, j. 21.05.13, DJe 28.05.13, v.u.

¹¹⁵ STJ, 6ª Turma, RMS n. 23. 428, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 16.12.10, DJe 01.02.11, v.u.

A autonomia das universidades públicas também é utilizada por nossos tribunais como fundamento para conferir maior âmbito de liberdade à disciplina de suas relações com aqueles que gozam de seus serviços¹¹⁶.

Uma outra matéria em que essa diferenciação é sentida é aquela relativa às autorizações editadas pelos órgãos administrativos. Com efeito, a doutrina administrativa aponta a existência de situações em que a atividade do Poder Executivo não se limita à concessão inicial de determinada autorização para o exercício de uma atividade pelo administrado.

Ao contrário, a Administração Pública concede determinada autorização e, após a concessão dessa autorização, fiscaliza e disciplina a atividade do administrado, estando ele sujeito a regras regulamentares editadas pela Administração de forma contínua¹¹⁷.

¹¹⁶ O Superior Tribunal de Justiça considera válidos os requisitos estabelecidos pelas universidades para revalidação de diplomas obtidos em instituições estrangeiras (*e.g.*, STJ, 1ª Seção, REsp 1.349.445, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 08.05.13, DJe 14.05.13, v.u.).

¹¹⁷ Juan Alfonso Santamaría Pastor apresenta a seguinte classificação das autorizações administrativas:

"A variedade de hipóteses de autorização levou a doutrina a formular uma série de distinções que tomam como ponto de referência os diferentes tipos de atividade que a autorização tende a controlar e os poderes que a autorização confere à Administração ao longo do tempo: assim, junto à terminologia utilizada como título neste item, fala-se em autorizações para operação e de funcionamento (GARCIA DE ENTERRIA); autorizações de trato instantâneo e de trato sucessivo (MORELL) e de autorizações em função de controle e em função de programação (GIANNINI). Em nosso entender, todas estas tipologias são reconduzíveis, com matizes, a uma única classificação dual.

1) O conceito de *autorizações simples* faz referência àquelas que

- têm como objeto uma conduta isolada (ou, como se diz agora, pontual) e concreta, que se realiza pelo sujeito autorizado e que, por isso, determina a extinção pelo exercício da própria autorização (por exemplo, a autorização de uma manifestação ou para celebrar uma prova ciclística em uma via pública);
- o controle que a Administração exerce sobre a atividade autorizada é meramente inicial e negativo, limitando-se à comprovação da legalidade ou compatibilidade com o interesse público da atividade referida, tal como projetada pelo sujeito autorizado, que, uma vez autorizado, a realiza livremente (com sujeição, é claro, aos termos declarados na própria autorização).

2) As *autorizações operativas* possuem significação e utilidade completamente distintas:

- referem-se a uma atividade privada que se desenvolve de modo continuado e tendencialmente permanente no tempo (por exemplo, uma indústria elétrica ou uma sociedade de seguros), de modo que a autorização (junto com a norma que a estabelece) integra um regime jurídico de realização de tal atividade, mantendo sua vigência durante o mesmo tempo que a atividade que sobre ela recai;
- a Administração, através da autorização, exerce um controle não apenas inicial, mas também sucessivo, sobre o exercício da atividade, que pode perseguir uma dupla finalidade:
- de uma parte, assegurar que as circunstâncias que concorriam na data da outorga da autorização mantêm-se ao longo do tempo de desenvolvimento da atividade, o que supõe o poder de revogar a autorização no caso da alteração de tais circunstâncias converterem a atividade em ilegal ou incompatível com o interesse público; e,
- de outro lado, dirigir ou orientar o desenvolvimento da atividade com o fim de obter um nível ótimo da atividade sob o ponto de vista de sua adequação aos interesses públicos ou da consecução dos objetivos de política econômica estabelecidos para o setor pela Administração Pública."

("La variedad de supuestos autorizatorios ha llevado a la doctrina a formular una serie de distinciones que toman como punto de referencia los diferentes tipos de actividad que la autorización tiende a controlar y los poderes que ésta confiere a la Administración a lo largo del tiempo: así, junto a la terminología que forma el rótulo de este epígrafe, se ha hablado de autorizaciones por operación y de funcionamiento (GARCIA DE ENTERRIA); autorizaciones de trato instantáneo y de trato sucesivo (MORELL) y de autorizaciones en función de control y en función de programación (GIANNINI). A nuestro entender, todas estas tipologías son reconducibles, con matices, a una sola clasificación dual.

Nessa hipótese, os atos normativos editados pelos órgãos do Poder Executivo são, em regra, considerados válidos, reconhecendo-se a competência da Administração para disciplinar essas especiais relações de sujeição. Ocorre, porém, que, conforme é evidente, não são quaisquer relações mantidas pela Administração Pública que podem estar sujeitas a esse especial regime jurídico.

Assim, essa especial relação de sujeição somente é admitida naquelas situações em que existe uma especial e concreta relação entre Administração e administrado, na qual o administrado ingressa por sua vontade própria e para a satisfação de algum seu interesse, existindo sempre a necessidade prática de que as questões sejam disciplinadas de forma contínua (ou seja, não é possível que todas as questões sejam previamente decididas em razão de a própria peculiaridade da relação mantida com a Administração Pública ser contínua).

Conclui-se, de todo o exposto, que a admissão pelo ordenamento jurídico de atos normativos editados pelas agências reguladoras depende do exame da matéria disciplinada, sendo necessário verificar, na Constituição, legislação e jurisprudência de cada Estado, quais matérias terão um tratamento mais rígido ou mais flexível sobre a possibilidade de disciplina normativa administrativa sobre as matérias.

Esse rol de matérias será constantemente mutável, conforme se modifiquem os papéis do Poder Executivo e Legislativo na sociedade, progrida a tecnologia e evolua a legislação, em sentido lato, e a jurisprudência.

1) El concepto de *autorizaciones simples* hace referencia a aquellas que

- tienen como objeto una conducta aislada (o, como ahora se dice, puntual) y concreta, que se realiza por el sujeto autorizado y que, por lo mismo, determina la extinción por consunción de la autorización misma (p. ej., la autorización de una manifestación, o para celebrar una carrera ciclista por una vía pública);
- el control que la Administración ejerce sobre la actividad autorizada es meramente inicial y negativo, limitándose a la comprobación de la legalidad o compatibilidad con el interés público de dicha actividad, tal como se proyecta por el sujeto autorizado, que, una vez autorizada, la realiza libremente (con sujeción, claro está, a los términos de lo declarado por la autorización).

2) Las *autorizaciones operativas* poseen una significación y utilidad completamente diversa:

- se refieren a una actividad privada que se desarrolla de modo continuado y tendencialmente permanente en el tiempo (p. ej., una planta eléctrica, o una sociedad de seguros), de manera que la autorización (junto con la norma que la establece) integra el régimen jurídico de realización de dicha actividad, manteniendo su vigencia el mismo tiempo que la actividad sobre la que recae;
- la Administración, a través de la autorización, ejerce un control no sólo inicial, sino también sucesivo, sobre el ejercicio de la actividad, que puede perseguir una doble finalidad:
- de una parte, asegurar que las circunstancias que concurrían en la fecha de otorgamiento de la autorización se mantienen a lo largo del tiempo de desarrollo de la actividad; lo cual supone la posibilidad de revocar la autorización en caso de que el cambio de tales circunstancias convierta la actividad en ilegal o incompatible con el interés público; y
- de otra, dirigir u orientar el desarrollo de la actividad con el fin de obtener un nivel óptimo de la misma desde el punto de vista de su adecuación a los intereses públicos o de la consecución de los objetivos de política económica marcados para el sector por la Administración.)

(PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. **Principios de Derecho Administrativo**. v. 2. 3ª ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, p. 274/275)

III - FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E REGULAMENTO

Muito já foi escrito a respeito dos regulamentos e suas relações com as leis. Talvez por essa razão exista sempre a pretensão de se empregar o conhecimento produzido nesse campo para explicar as situações decorrentes do exercício de função normativa pelas agências reguladoras.

É inegável, nesse passo, a existência de similitudes que justificam que se considere, ao menos em parte, aplicável aos atos normativos editados pelas agências reguladoras as limitações e possibilidades existentes para os regulamentos. Com efeito, trata-se de atos normativos oriundos de autoridades administrativas e que, em geral, são considerados infralegais pela doutrina e jurisprudência.

Há, porém, autores que sustentam a necessidade de se diferenciar os atos normativos editados pelas agências reguladoras dos regulamentos, editados pelo Chefe do Poder Executivo. A diferença entre tais atos não seria apenas a diferente autoridade responsável pela edição dos atos normativos, mas também o diferente regime jurídico aplicável a cada um deles.

Nesse sentido, os regulamentos, por serem editados pela máxima autoridade do Poder Executivo, deveriam ser respeitados e cumpridos pelos atos editados por todas as autoridades administrativas, pois cumpriria ao Chefe do Poder Executivo traçar a orientação geral da Administração Pública.

Dessa forma, os regulamentos possuiriam, em tese, âmbito mais amplo de ação, sendo limitados apenas pela Constituição e leis, enquanto os atos normativos editados pelas agências reguladoras estariam sujeitos também aos regulamentos editados pelo Chefe do Poder Executivo.

Essa submissão dos atos normativos das agências reguladoras aos regulamentos do Chefe do Poder Executivo é contrária à ideia de agência reguladora como

entidade com certo grau de autonomia para regular determinada área de maneira imune às injunções circunstâncias decorrentes de interesses partidário-eleitorais.

Em sentido contrário, parece também inconveniente que setores importantes da ação estatal desenvolvam-se sem qualquer coordenação com a Administração Pública e tal coordenação somente seria possível pelo Chefe do Poder Executivo. Além disso, se as agências reguladoras são criadas por leis, não poderiam essas mesmas leis afastar as competências constitucionais de direção da Administração Pública conferidas às altas autoridades do Poder Executivo¹¹⁸.

As tensões decorrentes dessa situação são examinadas a seguir.

1. A função normativa das agências reguladoras é exercício de competência regulamentar?

As leis, os regulamentos e os atos normativos editados pelas agências reguladoras podem ser os veículos introdutórios no ordenamento jurídico de normas gerais e abstratas. Por essa razão é que a doutrina, ao tratar das leis e dos regulamentos, afirma, muitas vezes, que esses dois institutos correspondem a leis em sentido material¹¹⁹.

Há, por óbvio, uma diferença fundamental e evidente entre os atos normativos editados pelas agências reguladoras e os regulamentos editados pelo Chefe do Poder Executivo, a saber: a autoridade responsável por sua edição.

Essa diferença formal, conquanto simples, não pode ser desprezada.

Com efeito, a inicial distinção entre as leis e os regulamentos era realizada com base exclusivamente na autoridade responsável por sua edição. É que, no sistema clássico de separação dos Poderes, havia uma quase identidade entre a origem do ato legislativo ou executivo e a sua classificação como lei em sentido formal ou regulamento. Em outras palavras, se o ato normativo geral e abstrato provinha do Legislativo era lei e se era originário do Poder Executivo, regulamento.

Ocorre, porém, que, com o crescimento da participação do Poder Executivo no processo de edição de normas, algumas disposições editadas pelo Poder Executivo passaram a ter força de lei, sendo necessário, para classificar determinado ato como legislativo ou regulamentar, verificar, então, qual a competência exercida pelo Poder Executivo¹²⁰. Assim,

¹¹⁸ MARRARA, Thiago. A legalidade na relação entre ministérios e agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (org.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 395/396.

¹¹⁹ LEAL, Victor Nunes. **Problemas de Direito Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 66.

¹²⁰ LEAL, Victor Nunes. **Problemas de Direito Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 68.

como é evidente, mesmo sendo editados pela mesma autoridade do Poder Executivo, a medida provisória possui natureza legislativa; um regulamento veiculado por decreto, natureza regulamentar.

Essa distinção da "força" de diferentes atos normativos editados pelo Chefe do Poder Executivo demonstra que, em relação aos atos normativos por ele editados, a sua adequada classificação depende do exame da competência por ele exercida, e não mais, como outrora, apenas da origem do ato.

Argumenta-se, então, que a mesma questão não se reproduziria em relação às agências reguladoras. É que, no que se refere a tais atos normativos, pode-se afirmar, com segurança, que não estão previstos no texto constitucional como atos normativos de *status* legal, diferenciando-se, por exemplo, da medida provisória e da lei delegada.

Assim, a diferença formal (autoridade responsável pela edição) entre regulamentos e atos normativos editados pelas agências reguladoras serviria, ao menos, para demonstrar que os atos normativos editados pelas agências reguladoras necessariamente estariam sujeitos à lei, não se podendo, nem mesmo em tese, sustentar a sua "força" superior à dos regulamentos.

Ocorre, porém, que a diferença formal a respeito do órgão competente para edição do ato normativo não é, por si só, relevante para revelar a natureza dos atos normativos editados pelas agências reguladoras e para esclarecer se eles são distintos dos regulamentos editados pelo Chefe do Poder Executivo, sendo necessário verificar se tal distinção confere aos atos editados pelas diferentes autoridades administrativas regimes jurídicos distintos ou se é suficiente para implicar uma diferença ontológica entre os dois tipos de atos normativos.

Se se compara a relação entre, de um lado, a lei e, de outro, os regulamentos e os atos normativos editados pelas agências reguladoras, não parece existir distinção quanto às hipóteses de cabimento e regime jurídico aplicável. É que o que importa nessa questão é a verificação a respeito da possibilidade de o Poder Executivo, por qualquer de seus órgãos, estabelecer disposições normativas complementares, contrárias ou supletivas de disposições normativas de estatura legal.

Vale dizer, não parece existir distinção relevante nesse específico tópico porque não se encontra no ordenamento jurídico qualquer elemento que permita afirmar que o regulamento pode, de forma lícita, complementar, contrariar ou suprir norma legal com maior amplitude do que o fazem as disposições normativas editadas pelas agências reguladoras.

Cumpra verificar, então, se, para além da relação com as leis, os regulamentos possuem alguma especificidade em seu conteúdo que os afaste dos atos normativos editados pelas agências reguladoras e se se estabelece entre eles alguma relação de hierarquia.

Esse, portanto, é o tema que se investigará nos tópicos seguintes.

2. Disposições normativas das agências reguladoras e a classificação dos regulamentos

A classificação dos regulamentos é matéria cujo exame exige cuidados, pois (i) a disciplina a respeito do alcance e possibilidades dos regulamentos é diferente em cada ordenamento jurídico e (ii) situações similares são diferentemente denominadas em cada sistema jurídico.

Assim, mais importante do que utilizar a nomenclatura "correta" é deixar claro qual o sentido em que estão sendo utilizados os termos e quais os critérios utilizados para distinguir as situações. Tais critérios, ressalte-se, têm o seu valor aferível conforme sejam úteis para explicar os fenômenos que são estudados e, por essa razão, no presente trabalho, serão examinados apenas os critérios que se mostrarem capazes de orientar a discussão a respeito do controle sobre os atos normativos editados pelas agências reguladoras.

Acolha-se, então, em uma primeira aproximação do tema e ainda sem se preocupar sobre a validade de todas as espécies de regulamento no ordenamento jurídico brasileiro, a classificação sugerida por Osvaldo Aranha Bandeira de Mello, que, com base na relação que o regulamento mantém com a lei, classifica os regulamentos em (i) autônomos ou independentes, (ii) delegados ou autorizados e (iii) executivos ou de execução¹²¹.

Regulamentos autônomos são, para Osvaldo Aranha Bandeira de Mello, aqueles editados pelo Poder Executivo no exercício de competência própria e sem qualquer relação com lei anterior, disciplinando matérias que devem ser regidas por disposições do próprio Poder Executivo.

Os regulamentos autorizados, por sua vez, são aqueles em que o legislador delega ao Poder Executivo disciplinar determinada matéria segundo as diretrizes por ele fixadas. Tal espécie de regulamento subdivide-se, para o mesmo autor, em regulamentos contingentes e suplementares. Os primeiros seriam aqueles em que a "delegação" é apenas para que o Poder Executivo faça a aplicação da lei de acordo com determinados fatos cuja existência e valoração devem ser feitas pelo próprio Poder Executivo, enquanto os segundos

¹²¹ MELLO, Osvaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de Direito Administrativo**. v. 1. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 359.

seriam aqueles em que o legislador estabelece apenas diretrizes amplas e cabe ao Poder Executivo "encher o branco por ele deixado"¹²².

Por fim, regulamentos executivos seriam aqueles que estabelecem disposições orgânicas e processuais necessárias para a aplicação da lei, sem interferir ou influenciar o conteúdo da disciplina legal.

Essa primeira classificação divide os regulamentos segundo dois critérios, a saber: (i) necessidade de prévia existência de lei e (ii) grau de vinculação do conteúdo do regulamento às disposições legais. Assim, os regulamentos autônomos podem ser editados independentemente de lei prévia, enquanto os regulamentos delegados e executivos dependem de lei prévia.

Por outro lado, os regulamentos autônomos não sofrem qualquer limitação legal quanto ao seu conteúdo, enquanto os regulamentos delegados têm liberdade dentro dos limites estabelecidos pela lei e os regulamentos executivos somente podem disciplinar aspectos subalternos da aplicação da lei (e não possuem qualquer influência sobre o conteúdo da disciplina normativa).

É de se observar que, nos sistemas jurídicos de origem romano-germânica, o exercício de poder regulamentar é visto como natural exercício de atividade administrativa típica. Assim, em regra, o exercício de atividade regulamentar não é compreendido como exercício de uma atividade delegada.

Nos sistemas de origem anglo-saxônica, ao contrário, o exercício de atividade regulamentar é considerado mais normalmente como uma forma de delegação de poder legislativo.

De qualquer forma, a questão não se relaciona diretamente com esse interessante tema, e sim com a possibilidade, ou não, de que regulamentos sejam editados sem uma lei que trate, de forma específica e concreta, sobre determinada matéria.

Assim, é necessário saber se os regulamentos somente podem ser editados a respeito de matérias sobre as quais já houve alguma manifestação legislativa e, nesse caso, se a manifestação legislativa deve disciplinar integralmente o conteúdo da regulação estatal que estaria virtualmente contida na própria lei (cabendo ao regulamento apenas estabelecer regras que facilitassem a execução das leis pelos órgãos administrativos).

O exame realizado no capítulo anterior permite afirmar que, de forma geral, no sistema brasileiro, não são admitidos os regulamentos autônomos (ressalvadas apenas

¹²² MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de Direito Administrativo**. v. 1. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 367/368.

eventuais exceções constitucionais), os regulamentos executivos são aceitos sem qualquer ressalva e existe uma certa polêmica a respeito dos regulamentos delegados.

Note-se, porém, que a polêmica sobre a admissibilidade de regulamentos delegados, muitas vezes (mas não exclusivamente), disfarça uma divergência de nomenclatura.

Com efeito, os regulamentos editados a partir de uma "delegação" legal para que a autoridade administrativa estabeleça, de acordo com as circunstâncias fáticas e avanço tecnológico, qual o nível decrescente de determinada substância nociva à saúde poderá ser contida em determinados produtos, será hipótese, para alguns, de regulamento "delegado" e para outros de regulamento "executivo" (no caso, o regulamento contingente). Não há dúvida, porém, de que, nesse caso, independentemente da nomenclatura que se adote, a doutrina e a jurisprudência consideram viável que a lei confira ao administrador essa margem, relativamente pequena, de liberdade para disciplinar a matéria.

Assim, mais importante do que se fixar na nomenclatura utilizada, é importante observar que o regulamento, no sistema brasileiro, não se presta apenas a tratar de assuntos subalternos ou de mero procedimento administrativo. Há grande espaço para o regulamento disciplinar normativamente as matérias relacionadas com a ação administrativa, estabelecendo-se os limites dessa regulação de acordo com os parâmetros referidos no capítulo anterior.

Observe-se, por fim, que os atos normativos editados pelas agências reguladoras, independentemente do nível hierárquico que se lhes confira, exercem as mesmas funções e possuem as mesmas características dos regulamentos editados pelo Chefe do Poder Executivo. Vale dizer, os atos normativos das agências reguladoras são editados para atender aos mesmos objetivos, perante as mesmas circunstâncias e a avaliação que sobre eles se faz exige saber qual o seu "perfil", no caso concreto, de acordo com os mesmos critérios utilizados para examinar e valorar os regulamentos editados pelo Chefe do Poder Executivo.

Assim, mostra-se útil empregar a classificação dos regulamentos para fazer a qualificação dos atos normativos editados pelas agências reguladoras.

3. Disposições normativas editadas pelas agências reguladoras e os regulamentos editados pelo Chefe do Poder Executivo

A autonomia relativa das agências reguladoras é o que as define para boa parte da doutrina nacional. Assim, verificar se elas estão sujeitas aos regulamentos editados pelo

Chefe do Poder Executivo é fundamental para aferir qual a real autonomia desses entes e se há justificativa em lhes conferir um tratamento jurídico diferenciado.

No sistema brasileiro, em uma primeira análise, é importante analisar a questão concreta ante as leis que criam as agências reguladoras. Com efeito, conquanto exista uma lei geral disciplinando diversos aspectos comuns das agências reguladoras, as leis responsáveis pela criação das agências reguladoras conferem a cada uma contornos próprios.

Assim, se a própria lei de criação da agência reguladora (ou uma outra lei que discipline o exercício de suas competências) decidir expressamente que os atos normativos editados pela agência reguladora estão submetidos aos regulamentos editados pelo Chefe do Poder Executivo, a situação resolve-se de acordo com a lei que tratou do tema.

A questão torna-se tormentosa, porém, se não há dispositivo legal disciplinando expressamente essa questão ou se a lei que criou as agências reguladoras estabelece apenas competências muito restritas às autoridades administrativas superiores do Poder Executivo.

Na França, já houve decisão do Conselho Constitucional considerando que as autoridades administrativas independentes estariam sujeitas aos regulamentos editados pelo Chefe do Poder Executivo, pois cumpriria a este a condução geral da Administração Pública.

No Brasil, no julgamento do pedido de medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade que apreciou a lei criadora da ANATEL (ADI n. 1668), o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento de que os atos normativos editados pelas agências reguladoras estariam sujeitos aos regulamentos editados pela Chefia do Poder Executivo.

Com efeito, naquela oportunidade, vários Ministros do Supremo Tribunal Federal acolheram expressamente o entendimento de que os atos normativos editados pelas agências reguladoras seriam infraregulamentares¹²³.

É de se observar, porém, que o acórdão proferido no julgamento do pedido de medida cautelar na ADIn n. 1668, além de não ser definitivo, foi proferido em um momento em que as agências reguladoras eram recém-criadas, existindo à época uma desconfiança maior a respeito desse modelo de organização administrativa.

¹²³ O Min. Sepúlveda Pertence, por exemplo, consignou:

"Peço vênua ao eminente Relator, com relação aos incisos IV e X, para propor interpretação conforme. Estou de acordo com S. Exa., em que nada impede que a Agência tenha funções normativas, desde, porém, que absolutamente subordinadas à legislação, e, eventualmente, às normas de segundo grau, de caráter regulamentar, que o Presidente da República entenda baixar."

Esse entendimento foi acolhido pelo demais Ministros do Supremo Tribunal Federal, com exceção apenas do Min. Moreira Alves, que considerou desnecessário o recurso à interpretação conforme para reconhecer "o óbvio".

Além disso, a Lei n. 9.472/97 estabeleceu expressamente competência ampla e importante do Presidente da República para editar regulamento sobre questões fundamentais da prestação dos serviços de telecomunicações. Vale dizer, o perfil concreto da ANATEL pode ter influenciado o teor das manifestações dos Ministros.

Não se pode, portanto, com base unicamente nesse julgamento, afirmar que essa seja a posição do Supremo Tribunal Federal. Importa, então, saber se, no silêncio da lei criadora da agência reguladora, os regulamentos editados pelo Chefe do Poder Executivo restringiriam a função normativa das agências reguladoras.

Há, dessa forma, a necessidade, para se enfrentar essa questão, de se verificar qual o alcance do controle (denominado pela doutrina administrativista como "tutela" ou "supervisão ministerial") exercido pelas altas autoridades políticas do Poder Executivo sobre as autarquias e, especialmente, sobre as agências reguladoras (classificadas pela doutrina como autarquias sujeitas a regime jurídico especial).

É de se notar, nesse passo, que a doutrina, tradicionalmente, aponta que os mecanismos de controle do Chefe do Poder Executivo sobre os entes da Administração Indireta devem ser expressos, não se confundindo a tutela com o poder hierárquico (que abrangeria todos os atos praticados pelos órgãos da Administração Direta).

Assim, a agência reguladora, como qualquer outro ente da Administração Direta, deveria estar sujeita apenas aos controles expressamente previstos na Constituição e na legislação, não se podendo, apenas pela relevância das funções exercidas pelas agências reguladoras, pretender que elas se submetam ao vínculo hierárquico, aplicável apenas aos órgãos da Administração Direta.

Aliás, se houvesse essa vinculação, não existiria qualquer razão para a própria existência das agências reguladoras, pois suas funções poderiam ser exercidas por órgãos da Administração Direta e todo o esforço legislativo para lhes conferir uma composição heterogênea e representativa da sociedade e um perfil técnico e imune a influências partidário-eleitorais seria vão e incompreensível, pois não haveria razão para compor o órgão dessa forma se as medidas da agência reguladora estivessem imeditamente submetidas às decisões do Chefe do Poder Executivo.

Ressalte-se, por fim, que a preocupação em reconhecer, no plano jurídico, um certo grau de autonomia das agências reguladoras não importa desconhecimento (i) de que as leis criadoras das agências reguladoras conferem muitas atribuições ao Chefe do Poder Executivo na formulação das políticas públicas dos setores econômicos submetidos à regulação pelas agências e (ii) de que o Chefe do Poder Executivo possui outros mecanismos

extrajurídicos poderosos para influenciar as decisões das agências reguladoras, como, por exemplo, o asfixiamento orçamentário de agências reguladoras que se mostrarem arredias à influência do Chefe do Poder Executivo.

4. Disposições normativas editadas por agências reguladoras e por órgãos da Administração Direta

A doutrina administrativista trata dos atos normativos editados por órgãos da Administração Direta afirmando que tais atos normativos são infra-regulamentares, pois, além de obediência à Constituição e às leis, tais atos estejam sujeitos aos regulamentos editados pelo Chefe do Poder Executivo.

Tal orientação possui seu fundamento na tradicional visão do poder hierárquico na Administração Pública, pois cabe ao Chefe do Poder Executivo exercer a direção geral de toda a Administração Pública Direta e, no desempenho dessa tarefa, é sua função estabelecer regras gerais e abstratas que servirão de orientação obrigatória a todos os seus subordinados.

Na sociedade contemporânea, porém, muitos dos órgãos integrantes da Administração Direta são formados de forma compartilhada com a sociedade civil, conferindo maior grau de abertura democrática na gestão dos negócios públicos. Essa formação mais democrática não importa, no plano jurídico, uma alteração do regime jurídico a eles aplicável, estando eventuais atos normativos por eles editados submetidos aos regulamentos do Chefe do Poder Executivo.

Assim, considerando, conforme acima sustentado, que os atos normativos editados pelas agências reguladoras não estão imeditamente submetidos aos regulamentos e, mesmo que estivessem, considerando que não existe qualquer relação hierárquica, nem mesmo em sentido amplo, entre os órgãos da Administração Direta (excetuado, o Chefe do Poder Executivo e seus auxiliares diretos, ou seja, Ministros ou Secretários Estaduais ou Municipais), seria tentador afirmar que os atos normativos das agências reguladoras não sofrem qualquer influência oriunda dos atos normativos editados por esses órgãos da Administração Direta.

Ocorre, porém, que, conforme já afirmado em capítulo anterior, é necessário verificar o "bloco de legalidade" em que inseridos os atos normativos editados pelos órgãos da Administração Direta. Em outras palavras, muitas vezes, a lei confere à autoridade administrativa integrante da Administração Direta a função de editar, validamente e dentro de

determinados limites, atos normativos que podem, eventualmente, no âmbito especial em que se aplicam, excepcionar regras editadas pelas agências reguladoras.

IV - FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E FEDERAÇÃO

1. Federação e Constituição

A organização do Estado e dos diversos órgãos exercentes do poder estatal é o objeto precípua e clássico da Constituição. Assim, por óbvio, a organização federal de um Estado é matéria fundamental em qualquer Constituição de Estado federal.

O federalismo, como o conhecemos hoje, é fruto de construção histórica originária dos Estados Unidos da América, sendo esta, para muitos, a maior contribuição estadunidense para a teoria do Estado moderno¹²⁴.

A preocupação dos políticos estadunidenses era a construção de um governo "republicano" em uma área extremamente extensa com um governo uno¹²⁵, mas não excessivamente centralizador¹²⁶.

No desempenho dessa difícil e, à época, original tarefa, foi moldado um modelo de Estado fundado (i) na Constituição como fundamento jurídico do Estado Federal, (ii) na autonomia dos Estados-membros, (iii) na inexistência do direito de secessão, (iv) na condição unitária do Estado nos planos internacional e interno, (v) na participação das

¹²⁴ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 19.

¹²⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 847.

¹²⁶ Fernando Papaterra Limongi observa que, à época da constituição da federação estadunidense, havia quem sustentasse a incompatibilidade de um governo popular em um território extremamente extenso e com grande população. Nesse sentido, o referido autor consigna:

"Inspirados na reflexão de Montesquieu, calcada na história europeia, os "Antifederalistas" apontavam para os riscos à liberdade inerentes a um grande Estado, cujas características os levava a se transformar em monarquias militarizadas. Frente a este quadro, propunham a formação de três ou quatro confederações como forma de respeitar o tamanho ideal dos governos populares."

(LIMONGI, Fernando Papaterra. "O Federalista": remédios republicanos para males republicanos. In: WEFORT, Francisco Correa (org.). **Os clássicos da política**. v. 1. 14ª ed. São Paulo: Ática, 2006, p. 248)

unidades federadas no governo, (vi) na repartição de competências entre os entes federados e (vii) na repartição de rendas entre os entes federados¹²⁷.

A característica que mais interessa ao presente estudo é a repartição de competências, sendo de se notar que, originariamente, previa-se o chamado federalismo dual, ou seja, em que estavam claras as competências de cada um dos entes federados. Nesse modelo, cada ente federado tinha clara a sua competência e não poderia existir interferência de um sobre os assuntos do outro.

Havia, então, uma nítida divisão "horizontal" das competências, ou seja, determinada matéria era entregue a um único ente federado, que poderia exercer sua competência e disciplinar a matéria em toda a sua extensão, respeitados apenas, é claro, os limites constitucionais e sem qualquer interferência de qualquer outro ente federado.

Esse modelo serviu, historicamente, nos Estados Unidos da América para se afastar, especialmente no período entre 1887 e 1937¹²⁸, a competência federal da disciplina de temas econômicos.

Essa forma de organização, porém, não poderia funcionar em uma situação econômica em que fosse necessária extensa ação coordenada dos entes federados e da sociedade, especialmente se existente crise a ser superada. Assim, passou-se a prever também uma divisão "vertical" das competências, prevendo a concorrência de ações dos entes federados em uma mesma matéria.

Nessa segunda situação, caberia à União estabelecer normas gerais e aos demais entes federados amoldar essas normas gerais às suas peculiaridades locais. Essa circunstância, aliada à natural tendência jurisprudencial de acolher a prevalência de normas federais, faz com que, atualmente, a legislação federal seja hegemônica na disciplina econômica.

2. Federalismo brasileiro

Os antecedentes históricos do federalismo brasileiro são completamente distintos do modelo norte-americano. Entretanto, tentou-se implantar no Brasil um modelo institucionalmente próximo ao estadunidense¹²⁹.

¹²⁷ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 24/30.

¹²⁸ CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional law: principles and policies**. 3ª ed. Nova York: Aspen Publishers, 2006, p. 247/254.

Assim, inicialmente, utilizou-se a técnica de enumeração exaustiva de competências para a União e a previsão de que as competências remanescentes seriam dos Estados. Essa técnica pretendia afastar da esfera estadual quaisquer interferências oriundas do governo central.

A essa divisão clara e precisa de competências correspondia também uma igualmente firme divisão de receitas, cabendo a cada ente federado prover, por meio de receitas próprias, o quanto necessário para o desempenho de suas atividades.

Essa característica provocava o aprofundamento das diferenças regionais, tendo colaborado para que, no momento em que, no primeiro pós-Guerra, fortalecia-se a intervenção estatal na economia, os Estados mais pobres da Federação aquiescessem com o fortalecimento do governo central.

Esse processo de fortalecimento do governo central teve seu auge durante o regime militar oriundo do golpe de 1964, em que se chegou a afirmar existir um "federalismo de integração", em que passou a caber à União o papel de controlar e dirigir a ação de todos os entes federados.

A Constituição de 1988 pretendeu romper com esse processo centralizador, consagrando firmemente o ideal federativo¹³⁰ e estabelecendo, em tese, condições para um relacionamento mais paritário entre os entes federados. Não se identificam, porém, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal decisões reveladoras dessa nova visão, existindo uma forte tendência à rejeição de inovações dos demais entes federados que contrariem disposições normativas de *status* federal.

3. Conflitos com disposições legais de outros entes da Federação

Os atos normativos editados pelas agências reguladoras mantêm relações não apenas com atos normativos editados pelo próprio ente da Federação que as cria, mas também com atos normativos oriundos de outros entes da Federação.

Nessa última hipótese, os problemas surgidos não são apenas os de eventual conflito entre diferentes disposições normativas que eventualmente mantenham alguma relação de hierarquia, mas também os de competência para edição da regulação da matéria.

¹²⁹ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 41.

¹³⁰ O Constituinte de 1988 impede expressamente qualquer emenda constitucional tendente a abolir a forma federativa de Estado (art. 60, § 4º, I, da Constituição).

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem sido chamado a decidir a respeito desses conflitos, sendo de se notar que a matéria possui especial relevância porque as agências reguladoras brasileiras regulam, basicamente, importantes setores da economia e os conflitos que surgem com outros entes da Federação referem-se, no mais das vezes, a supostas tentativas desses entes da Federação em regular com maior detalhamento e profundidade matérias de proteção ao consumidor e ao meio ambiente ou de organização da ocupação e exploração econômica do seu território.

Como se vê, os conflitos estabelecem-se em áreas em que se contrapõem, de um lado, o interesse das agências reguladoras em disciplinar determinado setor da economia e, de outro, o interesse dos outros entes da Federação em reger matérias em relação às quais possuem competência, em comum com os outros entes da Federação, para editar leis.

Não se trata, portanto, de verificar simplesmente qual o ente federado competente para reger determinada matéria, e sim o de examinar até que medida o exercício de determinada competência pode influenciar o exercício de competências de outro ente federado.

As soluções encontradas pela jurisprudência não são homogêneas, ou seja, não prevalecem sempre as decisões das agências reguladoras, nem as dos entes políticos.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu questão envolvendo legislação local que disciplinava o pagamento de assinatura básica do serviço de telefonia, acolhendo, em tal oportunidade, o entendimento de que caberia à União, como titular do serviço público concretamente prestado, disciplinar a matéria e regular a execução do contrato de concessão de serviço público¹³¹.

¹³¹ No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.847, o Ministro Gilmar Mendes consignou: "A Lei 13.921/07, de Santa Catarina, dispõe sobre os direitos do usuário do serviço público de telefonia. No entanto, ao versar sobre tais direitos, estabeleceu disposição referente aos pagamentos que os consumidores devem ou não realizar em benefício das concessionárias. A lei adentra, portanto, a equação econômico-financeira do contrato de concessão, além de dispor sobre direitos do usuário no tocante a serviços que não são de competência daquela pessoa política.

É característica básica dos regimes de concessão e permissão a remuneração do prestador de serviço mediante tarifa. Assim, a lógica nos leva a concluir que legislação que cuide da política tarifária tratará da remuneração daqueles entes que, mediante concessão ou permissão, prestam serviços públicos.

No caso da legislação estadual em análise, esta relação necessária entre a política tarifária e a remuneração das empresas é bastante evidente. A lei veda o pagamento de tarifa a ser percebida pelo concessionário a título de assinatura básica.

O Supremo Tribunal Federal tem firme entendimento no sentido da impossibilidade de interferência do Estado-membro nas relações jurídico-contratuais entre poder concedente federal e as empresas concessionárias, especificamente no que tange a alterações das condições estipuladas em contrato de concessão de serviços públicos, sob regime federal, mediante a edição de leis estaduais. Em conformidade com este entendimento, os seguintes julgados: ADI(MC) n. 3.322-DF, Pleno, maioria, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 19.12.2006; ADI 3.533-DF, Pleno, maioria, rel. Min. Eros Grau, DJ 6.10.2006; ADI(MC) n. 2.615-SC, Pleno, unânime, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 6.12.2002; ADI(MC) n. 2.337-SC, Pleno, maioria, rel. Min. Celso de Mello, DJ 21.6.2002. Menciono, ainda, no mesmo sentido, recente

Nos julgados, há clara referência à competência legislativa da União para regular telecomunicações, mas essa referência é feita para apontar que não existiria a mesma competência para os demais entes federados. É interessante notar que, para a análise da validade de atos normativos editados por agências reguladoras (e, portanto, editados no exercício de competência administrativa), o Supremo Tribunal Federal tenha invocado regra de atribuição de competência legislativa.

Essa manifestação do Supremo Tribunal Federal reforça a ideia, já anteriormente exposta, de que os atos normativos editados pelas agências reguladoras devem ser avaliados com atenção ao "bloco de legalidade" em que se inserem, retirando das normas legais a sua força para se contrapor a outros atos normativos.

Os acórdãos, de qualquer forma, deixam claro que a competência da União não é apenas de ordem legislativa, mas também administrativa¹³², cabendo à Administração Pública organizar concretamente a prestação do serviço público.

Tais decisões referem-se, porém, apenas a matérias em que se tratava de disciplina sobre a prestação de serviços públicos e sobre questão fundamental na execução do serviço concedido (política tarifária). Não parece razoável, portanto, estender esse

decisão liminar proferida por este Plenário nos autos da ADI n. 4.533-MG, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski."

¹³² A ementa do acórdão prolatado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.478 possui a seguinte redação:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR E PRESTAR OS SERVIÇOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICAÇÕES (CF, ART. 21, XI, E 22, IV). LEI Nº 1.336/09 DO ESTADO DO AMAPÁ. PROIBIÇÃO DE COBRANÇA DE ASSINATURA BÁSICA NOS SERVIÇOS DE TELEFONIA FIXA E MÓVEL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. FIXAÇÃO DA POLÍTICA TARIFÁRIA COMO PRERROGATIVA INERENTE À TITULARIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO (CF, ART. 175, PARÁGRAFO ÚNICO, III). AFASTAMENTO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO ESTADO-MEMBRO PARA LEGISLAR SOBRE CONSUMO (CF, ART. 24, V E VII). USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS CUJO REGIME GUARDA DISTINÇÃO COM A FIGURA DO CONSUMIDOR (CF, ART. 175, PARÁGRAFO ÚNICO, II). PRECEDENTES. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. O sistema federativo instituído pela Constituição Federal de 1988 torna inequívoco que cabe à União a competência legislativa e administrativa para a disciplina e a prestação dos serviços públicos de telecomunicações (CF, art. 21, XI, e 22, IV).

2. A Lei nº 1.336/09 do Estado do Amapá, ao proibir a cobrança de tarifa de assinatura básica nos serviços de telefonia fixa e móvel, incorreu em inconstitucionalidade formal, porquanto necessariamente inserida a fixação da "política tarifária" no âmbito de poderes inerentes à titularidade de determinado serviço público, como prevê o art. 175, parágrafo único, III, da Constituição, elemento indispensável para a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e, por consequência, da manutenção do próprio sistema de prestação da atividade.

3. Inexiste, *in casu*, suposto respaldo para o diploma impugnado na competência concorrente dos Estados-membros para dispor sobre direito do consumidor (CF, art. 24, V e VII), cuja interpretação não pode conduzir à frustração da teleologia da referida regra expressa contida no art. 175, parágrafo único, III, da CF, descabendo, ademais, a aproximação entre as figuras do consumidor e do usuário de serviços públicos, já que o regime jurídico deste último, além de informado pela lógica da solidariedade social (CF, art. 3º, I), encontra sede específica na cláusula "direitos dos usuários" prevista no art. 175, parágrafo único, II, da Constituição. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente." grifei

entendimento para todas as matérias (inclusive, atividades econômicas em sentido estrito) e todas as espécies de disciplina (por exemplo, questões ambientais, para as quais há competência comum estabelecida na Constituição).

Em outras palavras, há necessidade de se identificar, fora das situações mais exageradas, quais critérios podem nortear a escolha entre a regulação da agência reguladora e a legislação local.

Nos Estados Unidos da América, a questão também já foi enfrentada, existindo variação da jurisprudência no decorrer do tempo. Assim, por exemplo, no caso *McCulloch v. Maryland*¹³³, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América enfrentou uma situação em que o Congresso havia criado um banco federal e o Estado de Maryland tributara esse mesmo banco (havia, historicamente, uma resistência de diversos Estados ao *Bank of the United States*).

Não havia dúvidas de que o Estado de Maryland poderia tributar as atividades econômicas ocorridas em seu território, mas também não houve dúvidas, para a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, de que o governo federal poderia criar um banco.

Assim, considerando que a tributação pelo Estado de Maryland poderia inviabilizar o exercício de uma competência legítima do governo federal, a Suprema Corte estadunidense decidiu pela invalidade da tributação estadual instituída. Em outras palavras, ainda que no exercício de uma sua competência, o Estado-membro não poderia nulificar uma competência do ente federado central.

Esse parece ser um critério aplicável ao ordenamento brasileiro, pois a análise de eventuais conflitos entre entes federados não pode conduzir a que, de fato, qualquer deles tenha sua atribuição simplesmente ignorada.

Assim, o exame que se pretenda fazer sobre eventual conflito entre atos normativos editados pelas agências reguladoras e atos normativos editados por outros entes da Federação não está restrito a saber "qual" o ente com competência para editar a regra, devendo existir sempre, ao menos, um duplo questionamento: em primeiro lugar, saber se há, em um plano abstrato, competência para a edição do ato normativo; e, em segundo, verificar se o exercício dessa competência acaba por esvaziar completamente eventuais atribuições que outros entes administrativos ou legislativos tenham para disciplinar a matéria.

4. Conflitos entre disposições normativas de agências reguladoras de diferentes entes da Federação

¹³³ 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819)

Esse é um tema que ainda não ganhou grande relevância, pois as agências reguladoras, em sua maioria, são de natureza federal. Assim, existe pouco espaço para a edição de disciplinas opostas por agências reguladoras organizadas por diferentes entes da Federação.

Ademais, como as agências são setoriais, há uma natural especialização que colabora para que se evitem os conflitos. Assim, por exemplo, não há possibilidade de conflito entre disposições editadas por agências reguladoras federal e estaduais no setor de telecomunicações porque a disciplina desse setor foi conferida, pela Constituição, precipuamente para a União Federal.

Além disso, não se pode desprezar a tendência para que conflitos envolvendo agências reguladoras (conflitos entre si ou com outros órgãos estatais) sejam resolvidos de forma consensual, sem a utilização de um terceiro imparcial¹³⁴.

Ressalte-se, de qualquer forma, que a própria ideia de agência reguladora é a de um ente específico e especializado capaz de conferir uma ordem racional a um determinado setor da sociedade e garantir que as ações nesse setor sejam realizadas de forma coordenada.

Assim, é contrária à ideia de agências reguladoras e contraproducente no aspecto de eficiência econômica a possibilidade de que existam orientações divergentes para os entes regulados.

As demandas econômicas, porém, não são fortes o suficiente para tornarem inócuo o federalismo estabelecido no texto constitucional. Assim, há que se buscar soluções para eventuais conflitos.

Dessa forma, considerando que as agências reguladoras estão ligadas, muitas vezes, ao exercício de serviços públicos ou à exploração de bens públicos, o primeiro critério de competência seria o de que é atribuição do ente da federação a que couber a titularidade desse serviço público ou a que pertencer o bem público a ser explorado a tarefa de disciplinar essa atividade. Assim, em eventual conflito entre agências reguladoras, deverá prevalecer a

¹³⁴ "A multiplicação e a setorialização das sedes regulatórias acarreta a inevitável necessidade de coordenação entre elas, o que vem sendo efetivado das mais diversas formas; raramente, no entanto, com recurso a meios hierárquicos de coordenação, que obstarão à apreciação pluralista de todos os aspectos e interesses setoriais envolvidos, mediante a imposição pura e simples da vontade do superior hierárquico. Noutras palavras, via de regra prescinde-se de mecanismos verticais de solução dos conflitos de competência positivos ou negativos entre diversos organismos reguladores e entre o conteúdo das suas regras, conflitos, estes, bastante comuns, em razão da vagueza dos valores e objetivos que visam a implementar."

(ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da economia: conceito e características contemporâneas. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (org.). **Curso de direito administrativo econômico, vol. III**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 455)

disciplina estabelecida por aquela que compuser a estrutura administrativa do ente federado titular do serviço público ou proprietário do bem explorado.

Há, entretanto, diversos setores regulados pelas agências reguladoras que não se amoldam a qualquer dessas categorias e não se pode desprezar a possibilidade de que atos normativos editados por agências reguladoras dedicadas a setores distintos acabem por possuir algum ponto de intersecção, razão pela qual é necessário aprofundar o exame dos critérios para a solução de eventuais conflitos.

Oportuno anotar, neste passo, que as soluções de resolução dos eventuais conflitos ora referidos devem ser buscadas de acordo com as premissas e conclusões anteriores deste trabalho.

Assim, o exame que se deve fazer deve percorrer a análise:

(i) sobre se o ato normativo editado pela agência reguladora é, em tese, válido à luz da lei que conferiu a específica competência normativa exercitada, ou seja, se o ato normativo foi editado dentro de uma das hipóteses, em tese, cabíveis e se limitou aos contornos legalmente estabelecidos;

(ii) sobre se a disciplina da questão específica em conflito está compreendida, em tese, na competência dos entes da Federação a que pertencem as agências reguladoras; e,

(iii) sobre se o tratamento normativo dado por qualquer dos entes da Federação acaba por nulificar o exercício da competência do outro ente da Federação.

CONCLUSÕES

1. No atual estágio do Direito brasileiro, não há mais sentido em questionar a existência de função normativa das agências reguladoras, sendo útil, porém, estudar as hipóteses que autorizam o exercício dessa competência e os limites a que essa atividade está submetida.
2. A separação dos Poderes está historicamente associada à limitação do Poder Executivo e ao advento do Constitucionalismo, mas a sua função não se limita ao controle do Poder Executivo e o seu sentido não está vinculado permanentemente a uma visão de mundo liberal clássica.
3. A separação dos Poderes é mutável no tempo e no espaço, reforçando-se atualmente a sua função de atrelar, com o propósito de garantir a eficiência estatal, a cada um dos Poderes as funções para as quais estão mais vocacionados.
4. A adequada compreensão a respeito do princípio da separação dos Poderes é fundamental para o estudo da competência normativa das agências reguladoras, pois, segundo tal princípio, de um lado, as agências reguladoras não podem usurpar funções próprias dos Poderes Legislativo e Judiciário e, de outro, os Poderes Legislativo e Judiciário não podem pretender exercer controle excessivo sobre as agências reguladoras inibindo sua legítima ação.
5. Desde o primeiro pós-guerra, a Administração Pública teve crescente importância social, decorrente de diversos fatores (entre eles, ampliação das prestações exigidas do Estado, sociedade de massa, avanço tecnológico, ampliação do eleitorado e consequente modificação do caráter do Parlamento, velocidade das relações sociais).
6. Nesse processo, o fortalecimento do Chefe do Poder Executivo, que atualmente possui representatividade popular e é o líder político mais influente da sociedade, contribui para o fortalecimento do Poder Executivo.
7. O alargamento das funções do Poder Executivo demandou sua maior participação na edição de atos normativos gerais e abstratos, ampliando-se a sua participação e importância no processo legislativo e conferindo-se, na Constituição ou em leis, competências normativas a órgãos do Poder Executivo.

8. A expressão "regulação econômica" é equívoca, sendo utilizada, em sentido amplo, para se referir às formas de interferência do Estado, com propósitos sociais, econômicos e distributivos, sobre setores da economia em que, mediante intervenção, direção, coordenação ou indução, instrumentalizadas por punições, prêmios ou acordos, o Estado procura amoldar a ação dos particulares aos objetivos e interesses públicos. Em sentido restrito, regulação econômica consiste na edição, pela Administração Pública, de normas gerais e abstratas disciplinadoras da atividade econômica e sua aplicação pelos próprios órgãos administrativos formuladores dessa disciplina.

9. A regulação não é uma atividade estatal recente, nem se pode afirmar que as "agências reguladoras" sejam apenas aquelas atualmente existentes com essa denominação, pois há décadas existem no Brasil inúmeros entes personalizados com competência para regular determinados setores.

10. As agências reguladoras são entes administrativos peculiares, mas, apesar de uma inicial desconfiança a respeito da sua compatibilidade com o modelo clássico de tripartição do poder, suas atribuições e funções são compatíveis com as de um ente do Poder Executivo.

11. A lei é o instrumento adequado para criar, extinguir ou modificar o perfil institucional de qualquer agência reguladora, razão pela qual a função normativa das agências reguladoras está submetida à lei. Essa afirmação, entretanto, não significa necessariamente que os atos normativos editados pelas agências reguladoras tenham conteúdo de mera execução de lei.

12. O sistema estadunidense admite a delegação de poderes normativos a órgãos do Poder Executivo, tratando a doutrina de duas técnicas principais para a realização dessa delegação, a saber: determinação para que o Poder Executivo estabeleça os atos normativos de acordo com a avaliação que faça sobre determinados fatos e autorização ao Poder Executivo para estabelecer atos normativos que disciplinem a matéria de acordo com regras e objetivos bastante genéricos.

13. Os sistemas de *civil law* consagram o princípio da reserva legal, que garante, a princípio, que os indivíduos somente possam ser obrigados a algo em razão de ato normativo com força de lei. Entretanto, reconhece-se a possibilidade de alguma inovação aos regulamentos, dependendo a validade do regulamento de diversos fatores, como, por exemplo, teor da disposição e matéria objeto da disciplina normativa.

14. Os modelos norte-americano e europeu continental, conquanto bastante díspares e usando fundamentações completamente diferentes, acabam por reconhecer, em determinadas questões, a mesma força para atos normativos editados por órgãos do Poder Executivo, sendo

essa situação natural se considerado que esses sistemas têm de responder aos mesmos tipos de desafio.

15. A doutrina e a jurisprudência reconhecem ao Poder Executivo a tarefa típica de estabelecer disciplina normativa se essa disciplina depende do exame concreto de fatos que devem ser aferidos e valorados pela Administração Pública. Essa aferição e valoração dos fatos pode voltar-se ao reconhecimento de determinados fatos ocorridos e o seu acerto em previsões legais ou à previsão que se faça sobre determinada situação a partir dos fatos identificados. O controle que se faça sobre a atuação da Administração Pública em cada uma das situações é diferente, sendo mais rígido na primeira hipótese.

16. A doutrina e a jurisprudência reconhecem ao Poder Executivo a legítima tarefa de detalhar objetivos e princípios legais, mas a autorização conferida ao Poder Executivo está sujeita a limites, sendo, por essa razão, a liberdade conferida através de determinadas técnicas, notadamente a discricionariedade técnica e o emprego de conceitos jurídicos indeterminados.

17. A discricionariedade técnica confere ao Poder Executivo algum grau de liberdade na fixação do conteúdo de determinados atos normativos a ser fixado de acordo com conhecimentos técnicos não jurídicos. Não se trata de impossibilidade fática de que outro Poder estatal discipline a questão, e sim de hipótese de competência administrativa para a deliberação sobre o conteúdo do ato normativo.

18. Os conceitos jurídicos indeterminados são conceitos em que propositadamente há uma vaguidade a respeito das hipóteses que estão, ou não, compreendidas no seu conteúdo semântico. Saber se compete ao Poder Judiciário ou ao Poder Executivo dar a "última palavra" a respeito da "interpretação" dos conceitos jurídicos indeterminados depende da específica previsão legal e da matéria a que se refere o conceito jurídico indeterminado.

19. Não é possível identificar os limites da ação normativa do Poder Executivo sem apreciar a matéria sobre a qual recai a atividade normativa da Administração Pública. Assim, atos normativos do Poder Executivo que interferem em igual intensidade nos indivíduos podem ser considerados válidos se editados em determinada matéria e inválidos se editados em outra.

20. É natural a tentativa de assimilar os atos normativos editados pelas agências reguladoras aos regulamentos, pois, dessa forma, seria possível utilizar extenso arcabouço doutrinário e jurisprudencial para explicar o fenômeno e identificar seus limites de válido exercício.

21. Apesar das diferenças evidentes entre atos normativos editados pelas agências reguladoras e os regulamentos, não há distinção entre eles no que se refere à submissão à lei, sendo, portanto, útil para a compreensão dos atos normativos editados pelas agências reguladoras o emprego do conhecimento existente a respeito dos regulamentos.

22. A classificação dos regulamentos pode ser útil para identificar, concretamente, qual a função de um determinado ato normativo editado por agência reguladora, sendo de se notar que, conquanto existam de fato divergências doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do válido alcance dos regulamentos e dos atos normativos editados pelas agências reguladoras, muitas aparentes divergências são problemas de mera nomenclatura.
23. Os atos normativos editados pelas agências reguladoras não estão automaticamente submetidos aos regulamentos editados pelo Chefe do Poder Executivo em razão simplesmente da inserção das agências reguladoras na Administração Pública, devendo ser sempre verificado quais as relações estabelecidas pela lei que cria a agência reguladora entre atos normativos editados pelas agências reguladoras e regulamentos.
24. Os atos normativos editados pelas agências reguladoras não estão submetidos aos atos normativos editados por órgãos subalternos da Administração Direta, mas a identificação, no caso concreto, sobre qual a disposição normativa que terá prevalência depende do exame de "bloco de legalidade" de cada um dos atos normativos e de qual disposição especial terá preferência na hipótese específica.
25. O federalismo, em sua versão atual, é criação estadunidense e possui importância fundamental na verificação da validade de atos normativos editados por agências reguladoras, pois faz uma repartição horizontal e vertical de competências entre os entes federados.
26. O federalismo brasileiro, conquanto consagrado em termos amplos pela Constituição de 1988, não possui condições históricas e políticas para atingir a força do federalismo estadunidense.
27. É necessário, em caso de conflito entre disposições normativas de agências reguladoras e leis editadas por outros entes da Federação que não os que as criaram, verificar qual o ente da Federação que possui, em tese, competência para disciplinar legislativa e administrativamente a matéria; e, caso os entes em conflito tenham todos competências para a matéria, impedir que o exercício da competência de um acabe por nulificar a competência do outro.
28. Os conflitos entre atos normativos editados por agências reguladoras de diferentes entes da Federação não são comuns, sendo utilizados, em regra, métodos consensuais de solução desses possíveis conflitos. Entretanto, como critério para solução jurisdicional de eventuais conflitos, deve ser identificado em qual "bloco de legalidade" os atos normativos de cada agência reguladora se inserem e, a partir daí, serem utilizados os parâmetros anteriormente referidos de solução de conflitos.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Tradução feita por Zilda Hutchinson Schild Silva da 2ª edição alemã. São Paulo: Landy Editora, 2001. 355 p.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2000. 170 p.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Medida provisória e a sua conversão em lei: a emenda constitucional n. 32 e o papel do Congresso Nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 336 p.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2ª ed., 5ª tir. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 509 p.

_____. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. 688 p.

_____. **Direito dos serviços públicos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 852 p.

ARAGÃO, Alexandre Santos de (org.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 672 p.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 1348 p.

ATALIBA, Geraldo. **O decreto-lei na Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. 93 p.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Medida provisória na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. 141 p.

BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf; WOLFF, Hans J. **Verwaltungsrecht**. v. 1. 11ª ed. München: Beck, 1999. 711 p.

BAGATIN, Andreia Cristina. **O problema da captura das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. Dissertação (Mestrado em Direito). 222 p.

BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. 3ª ed. Campinas: Russell Editores, 2010. 192 p.

BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 419 p.

_____. Apontamentos sobre o princípio da legalidade (delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional das competências legislativas. In: _____. **Temas de direito constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 165-188.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 379 p.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. 304 p.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional – Legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. 316 p.

_____. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: 2008. 341 p.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova edição (com acréscimo de capítulo), 8ª tiragem. Tradução feita por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 212 p.

_____. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito.** Tradução feita por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. 239 p.

_____. **Teoria da norma jurídica.** Tradução feita por Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001. 192 p.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico.** 6ª ed. Tradução feita por Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. 184 p.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 1486 p.

CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As agências reguladoras no direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 173 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 4ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. 1461 p.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis.** 2ª ed. reimpressão. Tradução feita por Aroldo Plínio Gonçalves da sétima edição italiana. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. 142 p.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O poder normativo das agências reguladoras.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. 324 p.

CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (org.). **Curso de direito administrativo econômico, vol. III.** São Paulo: Malheiros Editores, 2006. 886 p.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje.** 4ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990. 416 p.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **Direito constitucional e regulatório: Ensaios e pareceres.** Rio de Janeiro: Renovar, 2011. 1531 p.

_____. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 436 p.

CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional law: principles and policies.** 3ª ed. Nova York: Aspen Publishers, 2006. 1327 p.

CHIESA, Clélio. **O regime jurídico-constitucional das medidas provisórias.** Curitiba: Juruá, 1996. 125 p.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 325 p.

_____. **Medidas provisórias.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1999. 281 p.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional.** 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. 176 p.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. **Problemas de direito positivo: estudos e pareceres.** Rio de Janeiro: Forense, 1953. 428 p.

DANTAS, Ivo. **Direito constitucional comparado.** v.1. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 463 p.

DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. Il diritto comparato. In: GOBBO, Maurilio; PEGORARO, Lucio; REPOSO, Antonio (org.). **Lecture introdutive al diritto pubblico comparato.** Verona: CEDAM, 1998, p. 43-56.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. 727 p.

_____. (org.). **Direito regulatório: temas polêmicos.** 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. 659 p.

_____. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**. 2ª ed. 4ª reimp. São Paulo: Atlas, 2007. 242 p.

DORF, Michael; TRIBE, Laurence. **Hermenêutica Constitucional**. Tradução feita por Amarilis de Souza Birchal da 2ª edição norte-americana. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 158 p.

DUBEUX, Julio Ramalho. **A Comissão de Valores Mobiliários e os principais instrumentos regulatórios do mercado de capitais brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006. 112 p.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução feita por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8ª ed. Tradução feita por J. Baptista Machado da 8ª edição alemã. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. 399 p.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa**. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2001. 224 p.

_____. **Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial**. 3ªed. Madrid: Civitas, 1998. 374 p.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. v. 1. 11ª ed. Madrid: Civitas, 2002. 837 p.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **Contrôle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1967. 495 p.

FARIA, José Eduardo (org.). **Regulação, Direito e Democracia**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002. 104 p.

FARIA, José Eduardo. **Sociologia jurídica: direito e conjuntura**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 132 p.

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. 224 p.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994. 368 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito constitucional comparado**. São Paulo: Bushatsky, Editora da Universidade de São Paulo, 1974. 198 p.

_____. **Do processo legislativo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 305 p.

FIGUEIREDO, Marcelo. **As agências reguladoras: o estado democrático de direito no Brasil e sua função normativa**. São Paulo: Malheiros, 2005. 320 p.

FIGUEIREDO, Marcelo (org.). **Direito e regulação no Brasil e nos EUA**. São Paulo: Malheiros, 2004. 142 p.

FRANCISCO, José Carlos. **Função regulamentar e regulamentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 479 p.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. 1230 p.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. v. 2. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 718 p.

GRAU, Eros Roberto. Crítica da “separação dos poderes”: as funções estatais, os regulamentos e a legalidade no sistema brasileiro, as “leis-medida”. In: _____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 167/190.

GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez. **Los controles da la legislación delegada**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995. 342 p.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**. 3ª ed. Tradução feita por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2009. 548 p.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução feita por Antônio de Oliveira Sette-Câmara da 2ª edição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2009. 399 p.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução feita por Luís Afonso Heck da 20ª edição alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. 576 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 325 p.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2ª ed. Tradução feita por Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 319 p.

KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do estado: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático**. Tradução feita por Urbano Carvelli da 6ª edição alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. 495 p.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. Tradução feita por José Lamago da 6ª edição alemã. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997. 727 p.

LEAL, Victor Nunes. **Problemas de direito público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960. 481 p.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Tradução feita por Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. 318 p.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1970. 619 p.

MAÇAS, Fernanda; MOREIRA, Vital. **Autoridades reguladoras independentes: estudo e projecto de lei-quadro**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. 318 p.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005. 220 p.

_____. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002. 237 p.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo estado regulador no Brasil: direito e democracia**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004. Tese (Doutorado em Direito). 315 p.

MAURANO, Adriana. **A função normativa das agências reguladoras no Brasil e o princípio da legalidade**. São Paulo: Scortecci, 2006. 170 p.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª ed. 4ª tir. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 342 p.

MAZZA, Alexandre. **Agências reguladoras**. São Paulo: Malheiros, 2005. 213 p.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 446 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30ª ed, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. 808 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de Direito Administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. 1040 p.

_____. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. 2ª ed., 4ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. 110 p.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de Direito Administrativo**. v. 1. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. 765 p.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor e Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. 518 p.

_____. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 375 p.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. 301 p.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. t. 5. 2ªed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. 428 p.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito económico**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. 520 p.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brede et de. **O espírito das leis**. 3ª ed. Tradução feita por Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 851 p.

MORAES, Alexandre de (org.). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002. 170 p.

_____. **Direito constitucional**. 24ª ed. 2ª reimpressão. São Paulo: Atlas, 2009. 914 p.

MORÓN, Miguel Sánchez. **Discrecionalidad administrativa y control judicial**. Madrid: Tecnos, 1995. 162 p.

NEVES, Rodrigo Santos. **Função normativa e agências reguladoras: uma contribuição da teoria dos sistemas à regulação jurídica da economia**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. 213 p.

NICOLAU, Gustavo Rene. **Decretos-leis e medidas provisórias: evolução histórica no constitucionalismo brasileiro**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito). 183 p.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de derecho público económico**. 3ª ed. Granada: Comares Editorial, 2004. 1089 p.

_____. **Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público**. Madrid: Marcial Pons, 1993. 422 p.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. **Principios de Derecho Administrativo**. v. 1. 4ª ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2002. 738 p.

_____. **Principios de Derecho Administrativo**. v. 2. 3ª ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2002. 730 p.

PINTO, Bilac. **Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública**. 2ª ed. atualizada por Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 241 p.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. 333 p.

_____. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010. 502 p.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 749 p.

RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. **Regulação da função pública notarial e de registro**. São Paulo: Saraiva, 2009. 188 p.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A corte suprema e o direito constitucional americano**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1992. 407 p.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. 159 p.

SAMPAIO, Marco Aurélio. **A medida provisória no presidencialismo brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. 222 p.

SANTIAGO JUNIOR, Fernando Antonio. **A regulação do setor elétrico brasileiro**. Forum: Belo Horizonte, 2010. 227 p.

SANTOS, Brasilino Pereira dos. **As medidas provisórias no direito comparado e no Brasil**. São Paulo: Ltr, 1993. 900 p.

SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). **Direito econômico: direito econômico regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010. 473 p.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **O desvio de poder na função legislativa**. São Paulo: FTD, 1997. 141 p.

SHECAIRA, Cibele Cristina Baldassa Muniz. **Agências reguladoras: princípio da eficiência e controle judicial**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005. Dissertação (Mestrado em Direito). 187 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. 926 p.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law: introdução ao direito dos EUA**. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. 197 p.

STRAUSS, Peter L.; RAKOFF, Todd D.; FARINA, Cynthia R. **Administrative Law. Cases and comments**. New York: Foundation Press, 2003. 1410 p.

SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito administrativo econômico**. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. 406 p.

SUNDFELD, Carlos Ari; PINTO, Henrique Motta; CÂMARA, Jacintho Arruda. Princípios do direito administrativo. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MONTEIRO, Vera. **Direito administrativo: introdução ao direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1/58.

SUNSTEIN, Cass R. **A Constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before**. Princeton: Princeton University Press, 2009. 225 p.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (org.). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 145-170.

TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. v. 1. 3ª ed. New York: Foundation Press, 2000. 1470 p.

_____. **Constitutional choices**. Cambridge: Harvard University Press, 1985. 458 p.

_____. **The invisible constitution**. New York: Oxford University Press, 2008. 278 p.

TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. 1ª ed., 2ª tir. New Jersey: Princeton University Press, 2009. 272 p.

VALLE, Juliana Rodrigues. **Agência reguladora independente e déficit democrático: análise do caso da Anatel**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004. Dissertação (Mestrado em Direito). 199 p.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **Aproximação sistemática ao controle judicial das agências de regulação econômica no Brasil**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002. Dissertação (Mestrado em Direito). 265 p.

VIDAL, Carisia Baldioti Salles. **Poder normativo das agências reguladoras**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007. Tese (Doutorado em Direito). 196 p.

WEFFORT, Francisco Correa (org.). **Os clássicos da política**. v. 1. 14ª ed. São Paulo: Ática, 2006. 287 p.

DECISÕES

- Supremo Tribunal Federal:

a) Tribunal Pleno:

1) Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 183/MT, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 07.08.97, DJ 31.10.97, v.u.

2) Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 319/QO, Rel. Min. Moreira Alves, j. 03.03.93, DJ 30.04.93, p. 7.563, v.u.

3) Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 425/TO, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 04.09.02, DJ 19.12.03, p. 19, por maioria.

4) Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 748/MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01.07.92, DJ 06.11.92, p. 20.105, v.u.

5) Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1166, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 05.09.02, DJ 25.10.02, p. 24, v.u.

6) Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1668/MC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 20.08.98, DJ 16.04.04, p. 52, por maioria.

7) Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1949/MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 18.11.99, DJ 25.11.05, p. 5, por maioria.

8) Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2591, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, j. 07.06.06, DJ 29.09.06, p. 31, por maioria.

- 9) Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3273, Rel. Min. Carlos Britto, Rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, j. 16.03.05, DJ 02.03.07, p. 25, por maioria.
- 10) Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3340, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 03.11.05, DJ 09.03.07, p. 25, por maioria.
- 11) Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3343, Rel. Min. Ayres Britto, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. 01.09.11, DJe 22.11.11, por maioria.
- 12) Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3847, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01.09.11, DJe 09.03.12, por maioria.
- 13) Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4478, Rel. Min. Ayres Britto, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. 01.09.11, DJe 30.11.11, por maioria.
- 14) Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4568, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 03.11.11, DJe 30.03.12, por maioria.
- 15) Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4659/MC, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 28.09.11, DJe 21.11.11, v.u.
- 16) Ação Rescisória n. 1.204, Rel. Min. Célio Borja, Rel. p/ acórdão Min. Sydney Sanches, j. 23.02.89, DJ 11.09.92, p. 14.714, por maioria.
- 17) Mandado de Segurança n. 8.651, Rel. Min. Ary Franco, j. 22.11.61, DJ 20.09.62, por maioria.
- 18) Mandado de Segurança n. 24.184, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 13.08.03, DJ 27.02.04, p. 22, por maioria.
- 19) Recurso Extraordinário n. 78.953, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, Rel. p/ acórdão Min. Cordeiro Guerra, j. 05.03.75, DJ 11.04.75, p. 2307, por maioria.

20) Recurso Extraordinário n. 343.446, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 20.03.03, DJ 04.04.03, p. 40, v.u.

21) Recurso Extraordinário n. 648.245, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01.08.13, ata publicada no DJe de 12.08.13.

b) 1ª Turma:

1) Recurso Extraordinário n. 229.440/RN, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 15.06.99, DJ 05.11.99, v.u.

c) 2ª Turma:

1) Agravo de Instrumento n. 650.696/AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 09.09.03, DJ 14.11.03, p. 26, v.u.

2) Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 546.316, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 18.10.11, DJe 08.11.11, v.u.

3) Recurso Extraordinário n. 75.521, Rel. Min. Décio Miranda, j. 16.10.79, DJ 05.11.79, p. 8268, v.u.

4) Recurso Extraordinário 422.941, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 06.12.05, DJ 24.03.06, p. 55, por maioria.

- Superior Tribunal de Justiça:

1) 1ª Seção, REsp 1.349.445, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 08.05.13, DJe 14.05.13, v.u.

2) 2ª Turma, Recurso Especial n. 1.171.688, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 01.06.10, DJ 23.06.10, v.u.

3) 2ª Turma, REsp n. 1.374.048, Rel. Min. Humberto Martins, j. 21.05.13, DJe 28.05.13, v.u.

4) 2ª Turma, Recurso Especial n. 1.338.611, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.09.13, DJ 24.09.13, v.u.

5) 5ª Turma, Agravo Regimental em Recurso em Mandado de Segurança n. 20.200, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 25.10.07, DJ 17.12.07, v.u.

6) 6ª Turma, RMS n. 23. 428, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 16.12.10, DJe 01.02.11, v.u.

- Suprema Corte dos Estados Unidos da América:

1) *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803)

2) *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat) 316 (1819)

3) *Wayman v. Southard*, 23 U.S. (10 Wheat) 1 (1826)

4) *Field v. Clark*, 143 U.S. 649 (1892)

5) *Atchison, Topeka & Santa Fe Railway Co. v. Wichita Board of Trade*, 412 U.S. 800 (1973)

6) *FEA v. Algonquin SNG, INC*, 426 U.S. 548 (1976)

7) *INS v. Yang*, 519 U.S. 26 (1996),

8) *Bowsher v. Synar*, 478 U.S. 714 (1986)

9) *Plaut v. Spendthrift Farm, Inc.*, 514 U.S. 211 (1995)

10) *Loving v. United States*, 517 U.S. 748 (1996)

11) *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997)

- Tribunal Constitucional Português:

1) Acórdão n. 214/2011.

- Conselho de Estado Francês:

1) CE Sect. 26 juin 1959, SYNDICAT GÉNÉRAL DES INGÉNIEURS-CONSEILS, Rec. 394.