

405
Maria Sylvia Zanella Di Pietro

Organizadora

DIREITO DO ESTADO
BIBLIOTECA

DIREITO REGULATÓRIO

Temas polêmicos

2ª edição revista e ampliada

Belo Horizonte

 **ef** Editora Fórum

2004

Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade

Maria Sylvia Zanella Di Pietro

Professora Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogada em São Paulo

1 O vocábulo regulação

O vocábulo *regulação*, que tem sido utilizado com diferentes sentidos, teve origem nas ciências físicas e biológicas, significando um “trabalho consistente em introduzir a regularidade em um objeto social, assegurar a sua estabilidade, sua perenidade, sem fixar-lhe todos os elementos nem o integral desenvolvimento, portanto sem excluir mudanças” (cf. JEAMMAUD, 1998, p. 53).

Desse conceito resulta a presença de dois elementos: a idéia de *regularidade* e a idéia de *mudança*. Ao mesmo tempo em que se procura assegurar um certo grau de estabilidade no objeto da regulação, também se deixam as portas abertas para mudanças que sejam necessárias em benefício da própria estabilidade. O objeto da regulação, segundo Jeammaud, pode ser a sociedade em seu conjunto, algumas de suas dimensões ou “instâncias” — a economia, principalmente — ou ainda um domínio de práticas sociais.

Das ciências físicas o conceito passou para outras áreas, em especial para a ciência da administração, a ciência política, as ciências sociais, a economia, sendo utilizado com diferentes significados, apontados por Antoine Jeammaud (1998, p. 52-53). Segundo o autor, o vocábulo *regulação* “é por vezes empregado como sinônimo de ‘regulamentação’, no seu sentido mais amplo de existência ou de formulação de regras”; trata-se, segundo ele, de um puro “efeito de moda, senão de uma confusão” (uma anglomania). Acrescenta que “as relações entre regulação, direito e regulamentação não são sempre concebidas de idêntica maneira. A regulação parece compreendida, ora como um gênero do qual o direito seria uma espécie, ora como um tipo de direito (portanto uma variedade de processo jurídico de ação sobre a sociedade), [...] quando ela não é, ao contrário, oposta ao direito” (no sentido de que a regulação seria mais rígida do que o direito). “Quanto à relação, na

esfera do direito, entre regulação e regulamentação, a primeira parece concebida como uma alternativa à segunda ou, ao contrário, como um gênero de ação do qual a regulamentação não seria senão uma espécie ao lado de outras novas formas”.

No direito brasileiro, o vocábulo *regulação* surgiu com o movimento de Reforma do Estado, especialmente quando, em decorrência da privatização de empresas estatais e da introdução da idéia de competição entre concessionárias na prestação de serviços públicos, entendeu-se necessário “regular” as atividades objeto de concessão a empresas privadas, para assegurar a regularidade na prestação dos serviços e o funcionamento equilibrado da concorrência. Mesmo no direito brasileiro, o vocábulo surgiu no âmbito da ciência da administração, da ciência política e da economia. Uma vez utilizado na esfera da Administração e no direito positivo (a partir da própria Constituição, com a introdução da expressão “órgão regulador” nos artigos 21, XI, e 177, § 2º, inciso III, e do papel regulador atribuído ao Estado no artigo 174), certamente surgiu a necessidade de definir-se o seu significado e alcance no âmbito do direito constitucional e do direito administrativo.

As grandes indagações são:

Quais atribuições estatais se incluem no vocábulo *regulação*?

Se a regulação inclui o poder de estabelecer regras de conduta, qual o limite dessa atribuição, quando exercida por agências reguladoras?

2 Regulação econômica e social

Embora a regulação possa incidir sobre qualquer objeto social, como a família, a educação, a saúde, o trabalho, é no âmbito da economia estatal que ele vem sendo utilizado mais freqüentemente no direito brasileiro. E é no âmbito do direito econômico (ou direito administrativo econômico, como preferem alguns) que o tema vem sendo tratado com maior profundidade. Daí a importância da definição da regulação econômica.

Segundo Jeammaud, a regulação, no âmbito da ciência política e econômica, aparece como “uma das formas de atuação pública na economia, alternativa da intervenção propriamente dita: a regulação visa à correção das deficiências do mercado, por meio de edição de regras (de direito) ou pela instituição de autoridades de fiscalização” (ob. cit., p. 54).

Vital Moreira (1997, p. 34-37), citando o pensamento de V. Wright, Hancher & Moran e Jongen, faz referências a “duas idéias que se ligam ao

conceito etimológico de regulação: primeiro, a idéia de estabelecimento e implementação de regras, de normas; em segundo lugar, a idéia de manter ou restabelecer o funcionamento equilibrado de um sistema”. A seu ver, essas duas idéias bastam para construir um conceito operacional de regulação econômica: “o estabelecimento e a implementação de regras para a atividade econômica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos”.

Mostrando que o conceito de regulação está longe de alcançar o consenso, Vital Moreira dá um elenco de definições relativas apenas à regulação estadual da economia. Alguns desses conceitos, a maior parte extraída de autores norte-americanos, são a seguir transcritos:

Para Mitnick, regulação é o “controle público administrativo da atividade privada de acordo com regras estabelecidas no interesse público”.

Para J. C. Strick, a regulação consiste na “imposição de regras e controles pelo Estado com o propósito de dirigir, restringir ou alterar o comportamento econômico das pessoas e das empresas, e que são apoiadas por sanções em caso de desrespeito”.

Segundo M. Moran, regulação é o sistema pelo qual “a discricção dos indivíduos ou instituições é restringida por meio da imposição de normas”.

Para J. Francis, a regulação é “a intervenção do Estado nas esferas de atividade privada, para realizar finalidades públicas”.

A partir desses conceitos, podem ser apontadas algumas idéias que parecem básicas para definir a atividade de regulação econômica:

- a) estabelecimento de regras de conduta (característica presente em todos os conceitos);
- b) controle da atividade privada pelo Estado, que equivale à idéia de polícia administrativa;
- c) finalidade pública, que seria a de estabelecer o funcionamento equilibrado do mercado.

Com base nesses elementos, é possível definir-se a regulação econômica como o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade privada pelo Estado, com a finalidade de estabelecer o funcionamento equilibrado do mercado.

Com esse conceito, a regulação restringe-se ao aspecto econômico. Mas, como dito acima, a regulação, no âmbito jurídico, pode abranger outras áreas, das quais é importante ressaltar os serviços públicos exclusivos e não exclusivos do Estado.

Dentre os *serviços públicos exclusivos*, são objeto de regulação os comerciais e industriais do Estado, quando objeto de concessão, permissão ou autorização a empresas privadas, como, por exemplo, os referidos no artigos 21, XI e XII, da Constituição. O objetivo da regulação, nesse caso, pode ser o de garantir a competição, quando o serviço seja prestado sem exclusividade; mas pode ser pura e simplesmente o de regular a atividade prestada pelas concessionárias e permissionárias, fixando ou alterando as respectivas regras de execução dos serviços, inclusive no que diz respeito à fixação e reajuste das tarifas. É o aspecto regulamentar da concessão a que nos referimos no livro *Parcerias na Administração Pública* (2002, p. 76).

Com relação aos *serviços públicos não exclusivos do Estado* — prestados na área social (saúde, educação, assistência social, previdência, cultura) — são também objeto de regulação, exercida diretamente pelo Estado, por meio de atos do Legislativo e Executivo, ou por meio de entidades públicas criados para esse fim, como acontece com os Conselhos de Trânsito, de Educação, de Seguros Privados e tantos outros entes semelhantes, e como acontece também com as agências reguladoras do tipo da ANVISA.

Para essas áreas, o conceito de regulação econômica não se adapta inteiramente, porque a finalidade não é de ordem econômica, mas de ordem social. Daí ser preferível conceito mais amplo, em que estejam presentes os dois primeiros elementos já assinalados (fixação de regras de conduta e controle), mas se amplie o terceiro elemento, referente à finalidade da regulação, que é a de proteger o interesse público ou, mais precisamente, o interesse do usuário dos serviços públicos exclusivos e não exclusivos do Estado.

Daí a possibilidade de definir a regulação, no âmbito jurídico, de forma mais ampla, que abriga a regulação econômica (da atividade econômica pública e privada) e a regulação social. Nesse sentido, a regulação constitui-se como o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público.

3 Estado regulador

Com o emprego do vocábulo *regulação* pela ciência política e pela economia, surge a expressão *Estado regulador*, diferente de Estado produtor de bens e serviços. O primeiro apenas estabelece regras e fiscaliza o seu cumprimento, pelo exercício de todas as atividades inerentes ao poder de polícia. O segundo é um Estado mais ativo, que atua diretamente no domínio econômico, na produção de bens e serviços.

Para bem compreender a distinção entre os dois tipos de Estado é necessário distinguir dois tipos de intervenção no domínio econômico: a *intervenção direta e a indireta*. A primeira ocorre quando o próprio Estado, por meio de suas empresas, exerce a atividade econômica, seja em regime de monopólio, seja em competição com a iniciativa privada; é o tipo de atividade referida nos artigos 173 e 177 da Constituição Federal. Do primeiro dispositivo resulta que a atividade econômica compete preferencialmente ao particular e que o Estado só poderá exercê-la por motivo de segurança nacional ou de interesse coletivo relevante, conforme definido em lei. No segundo dispositivo, são referidas as atividades que constituem monopólio da União.

Na intervenção indireta, o Estado limita-se a exercer o poder de polícia sobre a atividade econômica desempenhada pelo particular, estabelecendo regras, fiscalizando, reprimindo, ou, em suma, *regulando*. É o papel do Estado definido no artigo 174 da Constituição, que fala em “agente normativo e regulador da atividade econômica”, atribuindo-lhe as “funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Combinando-se os dois dispositivos, verifica-se que o papel do Estado regulador não é incompatível com o papel do Estado produtor de bens e serviços, mas este último somente será assumido por motivo de segurança nacional ou interesse coletivo definido em lei.

O fato de falar-se hoje em Estado regulador não significa que a regulação não existisse antes.

Vital Moreira (1997, p. 17-26) mostra que a regulação sempre existiu.

No período do *liberalismo econômico*, em que o Estado adotou posição passiva, com a aplicação da regra do *laissez faire/laissez passer*, não havia praticamente regulação feita pelo Estado. O mercado se auto-regulava. Não se pode esquecer, contudo, que já nessa época havia o instituto da concessão

de serviços públicos, que envolve uma atividade de regulação: o Estado publiciza determinada atividade econômica, transformando-a em serviço público, e delega a sua execução ao particular, por meio de contrato de concessão; porém, o Estado é que estabelece as regras de execução do serviço e fiscaliza a atividade da concessionária, podendo retomá-la, por inadimplemento ou motivo de interesse público, intervir, aplicar penalidades, fazer a reversão de bens; em linguagem moderna, o Estado *regula* o serviço público concedido, no mesmo sentido supra assinalado: estabelece regras, para manter a regularidade na prestação do serviço, mas se reserva o direito de alterar essas regras em benefício da própria regularidade. Fora da área dos serviços públicos, o Estado não intervém no domínio econômico do particular, seja pela intervenção direta, seja pela intervenção indireta.

No período *intervencionista*, iniciado em fins do século XIX, começa a regulação pelo Estado para corrigir o funcionamento da concorrência que vinha sendo prejudicada pela liberdade econômica. Toda a economia passa a ser regulada, transformando o mercado regulador em mercado regulado (cf. VITAL MOREIRA, *ob.cit.*, p. 21).

Foi nos Estados Unidos que teve início a atividade reguladora pelo Estado, com a criação das agências, intensificando-se essa intervenção nos anos 30, época em que o intervencionismo já se praticava intensamente, pela multiplicação de órgãos intervencionistas não só nos Estados Unidos, mas também na França, Alemanha, Itália, Portugal e em inúmeros outros países da Europa e América Latina. Multiplicaram-se as empresas estatais, cresceu a intervenção direta pelo exercício de atividade econômica pelo próprio Estado, cresceu a intervenção indireta, pelo exercício da regulação da atividade econômica de natureza privada (poder de polícia no domínio econômico), inseriu-se em muitas Constituições capítulo sobre a ordem econômica. Em decorrência disso, o instituto da concessão ficou relegado a segundo plano, sendo substituído em grande parte pela prestação dos serviços públicos comerciais e industriais do Estado, por meio de empresas estatais e não mais por empresas privadas, concessionárias de serviços públicos (intervenção direta). A regulação (intervenção indireta) abrangia principalmente a ordem econômica, com o objetivo de evitar cartéis e qualquer forma de dominação do mercado, o que se procurou alcançar pela promulgação de leis de defesa da concorrência e anti-trust). É a fase do Estado providência, do Estado produtor de bens e serviços, do Estado denominado, nos Estados Unidos, de Estado do Bem-Estar (*Welfare State*).

No período *neoliberal*, inaugurado nas décadas de 70 e 80, sob a liderança dos Estados Unidos e Inglaterra, inicia-se uma alteração no papel do Estado na economia. É a época das privatizações das grandes empresas estatais e da quebra de monopólios. É a época também do retorno ao instituto da concessão, com nova feição, de um lado, porque se pretende instaurar um tipo de atividade menos dependente da propriedade pública, de outro lado, porque se objetiva instituir a concorrência na prestação de serviços públicos, o que leva a novo tipo de regulação, por vezes até mais intensa, muitas vezes por meio de agências reguladoras; em relação à intervenção indireta, objetiva-se a desregulação, restaurando-se a liberdade de iniciativa. Surgem novas formas de regulação, em que adquirem posição de relevo as idéias de participação do cidadão e de negociação, em substituição às formas unilaterais, impositivas, que caracterizam a Administração Pública do período intervencionista. Convivem a *regulação pelo mercado*, a *regulação pública* (pelo exercício do poder de polícia) e a *auto-regulação* ou *regulação privada*, pelos próprios interessados.

Nesse período é que se passou a falar em Estado regulador, que, nas palavras de Calixto Salomão (2001, p. 14), “decide retirar-se da intervenção econômica direta (através da prestação de uma gama bastante variada de serviços) para sua função de organizador das relações sociais e econômicas e que, por outro lado, reconhece ser para tanto insuficiente o mero e passivo exercício de um poder de polícia sobre os mercados”.

Mas falar em Estado Regulador não significa referência apenas ao aspecto de sua intervenção indireta no domínio econômico (regulação econômica), mas também na ordem social, permitindo-se falar também em regulação social. O realce que tem sido dado à regulação econômica no direito brasileiro explica-se pelo papel que a economia ocupa hoje na configuração do Estado, e principalmente pelo fato de que o tema vem sendo analisado mais detidamente no âmbito da ciência política e econômica e, no mundo jurídico, no âmbito do direito econômico. Apenas mais recentemente é que os administrativistas e constitucionalistas passaram a preocupar-se com o tema, precisamente pelos avanços da atividade reguladora sobre o princípio da legalidade. Não há dúvida, portanto, que a função reguladora abrange a regulação econômica e a regulação social.

Note-se que, dentre as agências reguladoras que vêm sendo instituídas no direito brasileiro, nem todas têm por objetivo regular o mercado ou manter o equilíbrio da concorrência. Outras vêm sendo instituídas, com o objetivo

de regular diferentes tipos de atividades, especialmente da ordem social, como é o caso da ANVISA (Agência de Vigilância Sanitária) e ANA (Agência Nacional de Águas).

4 A regulação na linguagem tradicional do direito administrativo

Já foi visto acima que a regulação não é atividade nova. O vocábulo é que é novo no âmbito do direito administrativo. E sua utilização se explica pela influência do sistema anglo-saxão, mais especificamente do direito norte-americano, como decorrência do fenômeno da globalização. Mas, como foi demonstrado, a atividade de regulação sempre existiu, passando por toda uma evolução, seja quanto ao seu alcance, seja quanto ao seu titular.

Para usar uma linguagem própria do direito administrativo brasileiro, pode-se afirmar, sem receio de errar, que, dentre as atividades administrativas a cargo do Estado (serviço público, fomento, polícia e intervenção), a atividade regulatória abrange as três últimas, a saber, a polícia, o fomento e a intervenção no domínio econômico.

Com efeito, se a atividade de regulação abrange o estabelecimento de regras de conduta e o controle, com o objetivo de proteger o interesse público, o seu conceito se enquadra no conceito do poder de polícia, como:

atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (art. 78 do Código Tributário Nacional).

É um conceito legal, que abrange inclusive as atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, a confirmar que, nos contratos e atos dessa natureza, o poder público "regula" (na linguagem moderna) o serviço concedido.

Temos realçado (2002, p. 111) que "o poder de polícia reparte-se entre Legislativo e Executivo. Tomando-se como pressuposto o princípio da legalidade, que impede à Administração impor obrigações ou proibições senão em virtude de lei, é evidente que, quando se diz que o poder de polícia é a faculdade de limitar o exercício de direitos individuais, está-se pressupondo que essa limitação seja prevista em lei".

O Poder Legislativo, no exercício do poder de polícia que incumbe ao Estado, cria, por lei, as chamadas limitações administrativas ao exercício das liberdades públicas.

No entanto, o princípio da legalidade não impede que o Poder Executivo, no exercício de sua parcela do poder de polícia, regulamente as leis por meio de atos normativos. Além disso, a Administração Pública, ainda dentro da atividade de polícia, controla a sua aplicação, seja preventivamente (por meio de ordens, notificações, licenças ou autorizações) seja repressivamente (mediante imposição de medidas coercitivas).

Celso Antônio Bandeira de Mello (RDP, n.9, p. 55), levando em conta a bipartição do exercício do poder de polícia, dá dois conceitos:

- a) em sentido amplo, corresponde à "atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos"; abrange atos do Legislativo e do Executivo;
- b) em sentido restrito, abrange "as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais como as autorizações, as licenças, as injunções) do Poder Executivo, destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais"; compreende apenas atos do Poder Executivo.

Vale dizer: o Poder Executivo, no exercício do poder de polícia, baixa atos normativos subordinados hierarquicamente à lei, fiscaliza o cumprimento das normas, reprime, aplica sanções.

Até a evolução do poder de polícia é a mesma da chamada regulação: na fase liberal, somente se exercia para garantir a segurança; no período intervencionista, passou a estender-se a toda a ordem econômica e social, protegendo qualquer tipo de interesse público. Daí a divisão da polícia administrativa em vários ramos: polícia da segurança, das florestas, das águas, de trânsito, sanitária; em relação ao domínio econômico o poder de polícia equivale à chamada intervenção indireta supra referida.

Tais aspectos não se alteraram, agora, com a mudança do papel do Estado, de produtor de bens e serviços para regulador. Pode ter-se alterado a forma de exercício do poder de polícia (ou de regulação), mas a atividade de polícia continuou e continua a exercer-se de forma intensa, talvez mais intensa em alguns setores, em que a atividade deixou de ser executada

diretamente pelo Estado e passou a ser desempenhada por particulares, em regime de competição e, por isso mesmo, exigindo maior regulação.

No que diz respeito à atividade de intervenção, o que mais mudou não foi a intervenção indireta (poder de polícia na área econômica), mas a intervenção direta, na medida em que o Estado vem alterando o seu papel na economia, para tornar-se cada vez mais Regulador e menos Prestador de Bens e Serviços.

Confundindo-se as atividades estatais de polícia e intervenção, de um lado, e de regulação, de outro, a questão dos limites impostos pelo princípio da legalidade em nada se alterou. Seja utilizando-se a terminologia tradicional do direito administrativo brasileiro, seja utilizando-se o vocábulo *regulação*, os limites da atividade, no que diz respeito ao estabelecimento de regras de conduta aos particulares, são exatamente os mesmos. E têm que ser fixados em função do sistema hierárquico organizado internamente na Constituição. Pode-se alterar a terminologia, para uniformizá-la e torná-la útil em época de globalização, mas não há como fugir ao ordenamento jurídico-constitucional de cada Estado.

No direito brasileiro, existem, em grande quantidade, desde longa data, os órgãos da Administração Direta e as entidades da Administração Indireta (especialmente autárquicas) com atividades de polícia e intervenção, abrangendo inclusive o poder de editar atos normativos. É o caso do Banco Central, da Comissão de Valores Mobiliários, do Conselho Monetário Nacional, do Conselho Nacional de Educação, do Conselho Nacional de Trânsito, da Secretaria da Receita Federal, sem falar no poder normativo dos Ministérios. A questão dos limites em nada se altera pela substituição da terminologia tradicional do direito administrativo brasileiro por outra importada do direito norte-americano. Sejam órgãos, autarquias ou agências, a atividade regulatória não muda a sua natureza e não se alteram os seus limites.

Fazendo-se um paralelo entre a Administração Pública do direito brasileiro (filiada ao sistema europeu-continental) e a Administração Pública do direito norte-americano (filiada ao sistema anglo-saxão), verifica-se que, no Brasil, as funções administrativas do Estado são atribuídas a *órgãos* (entes sem personalidade jurídica integrantes da Administração Direta) e a *entidades* (pessoas jurídicas integrantes da Administração Indireta, incluindo autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista). Nos Estados Unidos, a Administração Pública é composta de agências, sendo abrangida

por essa denominação, conforme a Lei de Procedimento Administrativo (*Administrative Procedure Act*), "qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais".

A idéia inspiradora da instituição de autarquias, no sistema europeu-continental, foi a mesma que inspirou a criação de agências no direito norte-americano: a necessidade de *especialização*. No livro *Direito Administrativo* (2002, p. 355) realçamos que:

as autarquias, por terem capacidade pública semelhante à da Administração Pública, foram consideradas mais adequadas para a prestação de serviços públicos próprios do Estado, embora no direito brasileiro muitas tenham sido criadas para desempenhar atividade econômica, como as Caixas Econômicas, depois transformadas em empresas públicas. Foi, em especial, a idéia de *especialização* que norteou a criação dessas entidades.

Inclusive, apontamos (ob. cit., p. 367-368), como uma das características das autarquias, a *especialização dos fins ou atividades*, que justifica a existência de um dos princípios inerentes ao direito administrativo, que é o da *especialidade*.

Só que nos Estados Unidos houve toda uma elaboração jurisprudencial, de quase um século, para justificar a função normativa das agências, delegada pelas leis instituidoras. No Brasil, a função normativa foi sendo também delegada por lei, sem que houvesse grande preocupação da doutrina ou da jurisprudência em fixar os seus limites. A questão só despertou maior interesse a partir do momento em que começaram a ser instituídas autarquias com a denominação de agências, talvez pela grande quantidade de normas por elas editadas em matéria de prestação de serviços públicos (área em que a atuação diz respeito ao interesse dos usuários) e sem grande preocupação com o princípio da legalidade que, na Constituição do Brasil, tem previsão expressa.

As explicações que têm sido dadas pela doutrina são as mais variadas, havendo apenas e tão somente o interesse de defender a função reguladora, por ser ela considerada essencial para suprir as falhas da função legislativa, e também, provavelmente, pelo ar de novidade que a mesma introduziu no direito brasileiro, ainda que não se trate de novidade tão grande assim. No entanto, parte da doutrina combate o poder normativo das agências (e de outras entidades congêneres), por entender que se enquadra mal no direito constitucional brasileiro, em decorrência da aplicação dos princípios da reserva legal e da legalidade.

5 Princípio da legalidade

Embora a lei tenha desempenhado importante papel desde a antigüidade, o princípio da legalidade, tal como entendido atualmente, surgiu com o Estado de Direito, instaurado na segunda etapa do Estado Moderno. Em algumas sistemas, como o francês, o Estado de Direito confunde-se com o princípio da legalidade. Mas o princípio não se manteve incólume diante das mudanças sociais que foram provocando as transformações no papel do Estado.

5.1 Período liberal

Na fase inicial do Estado de Direito — período do liberalismo — o papel do Estado era o de proteger a propriedade e a liberdade dos indivíduos. Era a fase do *laissez faire, laissez passer*, conhecida como fase do Estado Policial (*État Gendarme*), que não se confunde com o Estado de Polícia, correspondente a uma fase anterior, em que a Administração Pública não se submetia à lei. Na fase inicial do Estado de Direito, foi atribuído ao Direito o papel de garantir as liberdades individuais. Para proteger as liberdades dos cidadãos, era indispensável submeter a Administração Pública à lei. E essa lei tinha que ser emanada do Parlamento, que era o único Poder que representava a vontade geral do povo. Não se reconhecia ao Executivo o poder de baixar atos normativos; a ele competia apenas executar as normas baixadas pelo Legislativo. O Executivo e o Judiciário apenas aplicam as leis, deixando de ser vistos como expressão da soberania e perdendo qualquer margem de poder normativo. Só o Legislativo pode editar leis, sendo-lhe vedado delegar esse poder.

O poder só é exercido de forma legítima quando resulta da lei. Nenhuma outra vontade, nem mesmo a do monarca, se sobrepõe à vontade geral, manifestada por meio da lei. Essa idéia veio consagrada no artigo 3º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, com a afirmação de que "não há na França autoridade superior à da lei. O rei não reina mais senão por ela e só em nome da lei pode exigir obediência".

Só que o princípio da legalidade tinha um sentido bem restrito, porque o objetivo era tão somente o de proteger a liberdade e a propriedade. Tudo o que não dissesse respeito aos direitos dos cidadãos estava fora do alcance do princípio da legalidade, sendo inserido no poder discricionário da Administração Pública. Era a discricionariedade vista como poder político, porque não limitada pela lei.

Na realidade, o princípio da legalidade assumiu feição restrita, conhecida como *doutrina da vinculação negativa da Administrativa Pública*, muito semelhante ao princípio da autonomia da vontade que rege as relações entre particulares: a Administração pode fazer tudo o que a lei não proíbe.

Essa idéia aparece nos artigos 5º e 7º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. O primeiro proclamava que "a lei não proíbe senão ações nocivas à sociedade. Tudo o que não é vedado pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser forçado a fazer o que ela não ordena". E o segundo afirmava que:

ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias serão castigados; porém todo cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.

5.2 Período intervencionista – Estado de Direito Social

Em fins do século XIX começaram as reações contra o liberalismo, pelas conseqüências negativas que produziu na ordem social, constituindo-se dois grandes tipos de posicionamentos:

- a) um, no extremo oposto ao liberalismo, negando os direitos individuais, como ocorreu na Alemanha nazista, na Itália fascista, no bloco comunista;
- b) outro, com soluções intermediárias, que deram origem a nova fase do Estado de Direito, ou seja, um tipo de Estado que, sem deixar de lado os direitos individuais (ao contrário, ampliando-os para abranger os direitos sociais e econômicos), atribuiu ao Estado um papel mais ativo, que exige intervenção na ordem econômica e social, com o objetivo de assegurar a igualdade entre os cidadãos, não conseguida no período liberal.

Nesse período o acréscimo das funções a cargo do Estado trouxe como conseqüência o crescimento do aparelhamento administrativo e o fortalecimento do Poder Executivo, por ser este que assumiu as novas atribuições; isto representou sérios golpes à separação de poderes, especialmente em decorrência da função normativa que foi atribuída ao Poder Executivo, abrangendo, conforme o sistema jurídico, o poder de baixar regulamento

autônomo, ou medida provisória, ou decreto-lei, ou ainda o poder de participar no processo de elaboração das leis. Além disso, foram criados mecanismos de dependência administrativa e financeira do Legislativo e Judiciário em relação ao Executivo.

Também a liberdade individual foi seriamente afetada pela nova concepção do Estado, tendo em vista a crescente intervenção, ora por meio de limitações ao exercício de direitos individuais, ora pela atuação direta no setor da atividade privada. Cresceu a intervenção no domínio econômico, cresceu o poder de polícia, que passou a atuar em todas as áreas da vida social e econômica, cresceu o rol de atividades assumidas pelo Estado como serviço público.

Sob o ponto de vista do princípio da legalidade, várias alterações se verificaram: a lei perdeu o prestígio de que desfrutava no período anterior, seja porque se desvinculou da idéia de justiça, seja porque perdeu o seu caráter de generalidade e abstração, pela atuação de grupos de pressão, classes, partidos políticos, seja pela multiplicação das leis, gerando instabilidade ao Direito; além disso, a lei passou a ser encarada em seu aspecto puramente formal, gerando um controle judicial também apenas formal, e deixou de ser vista como instrumento de garantia dos direitos individuais. Ocorreu a instrumentalização do direito, porque utilizado como meio de ação do Estado.

De outro lado, é possível apontar alguns pontos positivos com relação à evolução do princípio da legalidade: em primeiro lugar, passou-se a exigir a submissão de toda a Administração Pública à lei, substituindo-se a anterior doutrina da vinculação negativa pela *doutrina da vinculação positiva da Administração à lei*, significando-se, com isto, que a Administração só pode fazer o que a lei permite. A discricionariedade deixou de ser poder político e passou a ser poder jurídico, tendo em vista que não mais se reconhece a existência de espaço livre de atuação administrativa. Toda a atuação da Administração submete-se ao princípio da legalidade. Só que a legalidade, no caso, passou a abranger os atos normativos editados pelo Poder Executivo, com força de lei, tal como os regulamentos autônomos, as leis delegadas, os decretos-leis, as medidas provisórias.

5.3 Período do Estado Democrático de Direito

A evolução do Estado de Direito Social não parou aí. Duas idéias novas lhe foram incorporadas:

- a) a de *participação do cidadão* na gestão e no controle da Administração Pública, bem como no processo de elaboração das leis;
- b) sob inspiração da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (1949), a idéia de *justiça material*, no sentido de que a lei deve ser vista não apenas em seu sentido formal, mas também em seu conteúdo material. Ganham força obrigatória os valores e princípios previstos expressa ou implicitamente no ordenamento jurídico-constitucional. Daí a Lei Fundamental da Alemanha estabelecer, no artigo 20, § 3º, que "o poder legislativo está vinculado à ordem constitucional; os poderes executivo e judicial obedecem à lei e ao direito".

A idéia foi repetida, ainda que sob fórmulas diversas, nas Constituições da Espanha, de 1978, e na de Portugal (de 1978). Na França, a partir da Constituição de 1958, os princípios gerais de direito consagrados no Preâmbulo da Constituição impõem-se à Administração mesmo na falta de norma legal expressa. O Conselho de Estado entendeu que os princípios têm força constitucional, portanto, superior à lei, sob a justificativa de que estão enumerados na Declaração de Direitos de 1789 e no Preâmbulo da Constituição de 1946, uma e outro integrados na Constituição de 1958. Os princípios com força constitucional não podem ser derogados pela lei; os que não têm valor constitucional colocam-se abaixo da lei e podem ser por ela derogados. Mas uns e outros têm que ser obedecidos pela Administração.

Essa valorização dos princípios permitiu a adoção da fórmula de Estado de Direito Democrático, adotada na Constituição do Brasil, de 1988, no preâmbulo e no artigo 1º, com desdobramento em outros dispositivos, ricos na menção a princípios, tais como os dos artigos 1º a 4º, além de outros que consagram, expressa ou implicitamente, os princípios da economicidade, da moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, motivação, razoabilidade, devido processo legal.

A conseqüência foi nova ampliação do princípio da legalidade, que passou a abranger, não apenas as leis e atos normativos do Executivo com força de lei, mas também os valores e princípios contidos de forma expressa ou implícita na Constituição. A lei recuperou o seu conteúdo axiológico. Com isto, houve nova redução da discricionariedade administrativa, tendo em vista que a mesma diminui na mesma proporção em que se amplia a idéia de legalidade.

Sob o ponto de vista da participação, inúmeros instrumentos surgiram, como a consagração do direito à informação, à publicidade e à motivação dos atos administrativos, para permitir a ampliação do controle sobre a Administração; o direito de denunciar irregularidades perante o Tribunal de Contas, o Legislativo, o Ministério Público e outros órgãos que funcionam como ouvidorias; gestão democrática do ensino, da saúde, da proteção do patrimônio cultural; participação do cidadão na fixação de políticas públicas; ampliação das ações coletivas para controle judicial da Administração Pública; participação no processo de elaboração das leis, por meio de plebiscito e referendun.

No que diz respeito à participação no processo de elaboração das normas, os Estados Unidos ocupam, sem dúvida, posição de relevo, senão de liderança, quando se trata de normas editadas pela Administração Pública, a saber, pelas agências reguladoras. Isto porque a Lei de Procedimentos Administrativos, de 1946, estabeleceu normas precisas sobre participação do cidadão nas várias fases de elaboração dos regulamentos das agências, de tal modo que, se não obedecidas, levam à decretação de sua nulidade pelo Poder Judiciário.

Antes da Lei de Procedimentos Administrativos, cada agência estabelecia o procedimento de elaboração de suas normas. A partir da mesma, foram estabelecidos diferentes tipos de procedimentos para o *rulemaking*, ou seja, a regra ou regulamento:

- a) sem formalidades especiais, quando as regras não afetam direitos;
- b) para os regulamentos de interesse geral, devem ser observadas três etapas: em primeiro lugar, a publicação de um comunicado descrevendo o conteúdo do projeto e convidando os interessados a participarem de uma sessão pública para discussão da matéria; a seguir, é realizada a sessão pública onde todos têm o direito de se manifestar; finalmente, todas as observações emitidas devem ser levadas em consideração e incluídas, de forma concisa, em uma exposição justificando os objetivos e os fundamentos da regra;
- c) finalmente, para as regras que afetam particularmente certas pessoas exige-se proteção mais enérgica: o processo de elaboração da regra se desenvolve perante o chefe do serviço ou da agência ou perante autoridade independente, neutra, conhecida sob o título de juiz administrativo, designado para esse fim; todas as provas e argumentos utilizados para fundamentar a regra ou regulamento devem constar

do *dossiê* final; a agência tem que se limitar às provas e elementos contidos nesse *dossiê*, não podendo levar em conta qualquer prova extrínseca (cf. RUBIRA, Juan José Lavilla. *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de America*. Madri: Editorial Civitas S/A, 1991).

No Brasil, embora se tenha buscado a inspiração no modelo das agências norte-americanas, evidentemente não se copiou o procedimento de elaboração das normas pelas agências. Ressalvadas algumas leis esparsas que prevêem audiências públicas, consulta pública e instrumentos semelhantes (na maior parte dos casos sem caráter obrigatório), não existe a imposição, como regra geral, de participação do cidadão no processo de elaboração das normas baixadas pelas agências, o que contribui para retirar-lhes grande parte da legitimidade.

5.4 Período atual

Difícil é qualificar o período atual, à semelhança do que foi feito em relação aos períodos anteriores; poder-se-ia falar em período pós-moderno, como querem alguns, ou período neo-liberal, como querem outros. A dificuldade está em que a fase é, sem dúvida de transição, de busca de uma definição mais precisa. Existe apenas a consciência de que é preciso buscar uma Reforma do Estado, como decorrência da crise financeira que toma conta do mundo, da globalização, do neoliberalismo, da ineficiência na prestação de serviços públicos, da corrupção, dentre tantas justificativas comumente apontadas.

Existe a preocupação em restabelecer a liberdade individual, afetada em decorrência da aplicação dos princípios do Estado Providência. Há grande influência da doutrina neoliberal e do princípio da subsidiariedade, desenvolvido pela doutrina social da igreja; este último prega, de um lado, a idéia de respeito aos direitos individuais, pelo reconhecimento de que a iniciativa privada tem primazia sobre a estatal, devendo o Estado abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa; de outro lado, a idéia de que o Estado deve coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, especialmente fomentá-la quando seja de interesse público.

Para esse fim, busca-se reduzir o papel do Estado, pelo instrumento da privatização, que, considerada em sentido amplo, compreende a quebra de monopólio, a desregulação, a concessão e a permissão de serviço público, a terceirização, ficando o Estado com sua função de planejamento e regulação.

Dentro desse objetivo, algumas tendências podem ser apontadas:

- a) criar condições para a participação do cidadão no processo político, na gestão e controle das atividades administrativas, no processo de criação do direito, dentro do objetivo maior de partilhar com o cidadão a defesa do interesse público;
- b) privatizar por todos os instrumentos que permitam diminuir o papel do Estado na ordem econômica e social;
- c) desregular a economia, pela eliminação dos monopólios, pela aplicação das regras da livre concorrência, pela mudança na forma de regulação;
- d) reservar para o Estado as tarefas de incentivar, subsidiar, fiscalizar, planejar, regular, garantindo o seu papel de Estado Regulador;
- e) submeter o Estado a normas de direito internacional e comunitário;
- f) desburocratizar a Administração, pela criação da Administração Pública Gerencial, com maior autonomia administrativa, financeira e orçamentária aos dirigentes dos órgãos públicos, ampliação da discricionariedade administrativa, valorização da responsabilidade dos agentes públicos, submissão a controle de resultados, tudo com o objetivo de lograr a eficiência;
- g) ampliar as técnicas de fomento à iniciativa privada de interesse público, na ordem econômica e social.

Também não se pode deixar de mencionar o fenômeno chamado de *agencificação*, pela criação de entidades com maior ou menor grau de independência, sob inspiração do direito norte-americano. Em alguns países esses entes foram denominados de *autoridades administrativas independentes*, como França, Itália, Espanha.

É curioso que o movimento da agencificação tenha se propagado quando, no país de origem, as agências passam por profundas alterações, que conduzem a uma diminuição sensível de sua independência em relação aos três Poderes do Estado. Com efeito, nos Estados Unidos, as mudanças se explicam principalmente pelo aumento do controle por parte dos três Poderes do Estado sobre as agências: o Executivo impôs obrigatoriedade de controle prévio, antes de iniciar-se o procedimento de elaboração imposto pela Lei de Procedimentos; o Legislativo criou agências legislativas que controlam as agências administrativas, além de, em determinadas hipóteses, exercer o

poder de veto sobre os projetos das agências; o Judiciário passou, aos poucos, a examinar a motivação, os fatos, a razoabilidade das normas, com ampla aplicação do princípio do devido processo legal substantivo; a consequência foi a diminuição da neutralidade e independência das agências; a par disso, iniciou-se um processo de desregulação, no sentido de diminuição das regras postas pelas agências, para restabelecer a liberdade do cidadão. Outra consequência ainda foi o fato de que o procedimento de elaboração das normas foi se tornando cada mais rígido, ao ponto de falar-se em *ossificação* do procedimento (cf. DORDA, 1997, p. 13).

Também é curioso que a influência do movimento da agencificação, acompanhado da função chamada reguladora, tenha chegado ao Brasil quando nos Estados Unidos chega ao auge o movimento da desregulação. Com efeito, a tendência para a regulação, naquele país, foi bem característica da fase intervencionista; a instituição de agências com função regulatória iniciou-se em fins do século XIX e cresceu em intensidade nas décadas de 30 e 40, com o *New Deal*; o movimento contrário, no sentido de diminuir o poder das agências, aumentar o controle sobre as mesmas e impor a desregulação começou nas décadas de 60 e 70, quando têm início as reformas inseridas no movimento da privatização.

No Brasil, o movimento para a privatização acentuou-se na década de 90 levando à instituição de agências com funções reguladoras, sob a justificativa de que, com a privatização de empresas estatais prestadoras de serviços públicos e a instituição de concorrência entre as mesmas, havia necessidade de órgão especializado para organizar o setor, manter o equilíbrio do mercado e resolver os conflitos entre as prestadoras de serviços ou entre estas e os usuários. Daí a afirmação corrente de que a desregulação veio a significar, na realidade, uma re-regulação ou uma forma diversa de regulação, às vezes mais rígida do que a anterior, porque as agências exercem controle constante sobre as concessionárias, atuando essencialmente por meio de normas, com o objetivo de ir adaptando o funcionamento das empresas às necessidades de interesse público, com o objetivo último de manter a estabilidade do mercado competitivo. Só que a elaboração das normas nem sempre observa qualquer procedimento de participação do cidadão, de modo a garantir a sua legitimidade. Copiou-se o modelo norte-americano no que elas permitem o exercício de parcela de poder público, mas não se copiou o procedimento de criação do direito, que permite dar legitimidade ao exercício do poder.

Além disso, o entusiasmo pelo instituto das agências e de sua função reguladora levou à instituição de outras, com funções diversas, que nada têm a ver com a regularidade do mercado e que se inserem no poder de polícia do Estado.

Pode-se falar, ainda, na tendência em fortalecer as relações consensuais, negociadas, que resultam da participação dos administrados, em substituição à imperatividade e executoriedade dos atos unilaterais da Administração; e ainda na procura de valorização dos sujeitos privados e do direito privado frente ao Estado, em detrimento do direito público.

No que diz respeito ao *princípio da legalidade* e às mudanças que vêm ocorrendo em relação à lei, várias tendências têm sido apontadas pela doutrina estrangeira e que nem sempre correspondem ao que vem ocorrendo no direito brasileiro.

Carlos de Cabo Martín aponta, para o período atual, sensíveis mudanças na lei, como consequência dos princípios do Estado Social de Direito, indicando causas externas e causas internas ao ordenamento jurídico.

Como *causas externas*, o autor aponta: o fortalecimento do contrato, dos sujeitos privados e do direito privado frente à lei, ao Estado e ao direito público; participação do cidadão no processo de elaboração legislativa; dessacralização da lei proveniente da própria crise do Parlamento, que não pode mais ser visto como representante da vontade geral do povo; minimização da lei, que fica cada vez mais vazia de conteúdo, mais formal, no sentido de que a decisão real é tomada pela Administração, no caso concreto, afetando o princípio da legalidade e o Estado de Direito; perda de eficácia da lei, pela constante violação impune (ex: tortura, terrorismo de Estado, segredo de Estado).

Como *causas internas* ao ordenamento jurídico Cabo Martín (ob. cit., p. 79 e seguintes) indica inúmeros fatores que merecem ser analisados em maior profundidade:

a) o crescimento do direito internacional e do direito comunitário; em alguns sistemas, filiados a tratados internacionais, o direito internacional e comunitário sobrepõe-se ao direito interno; no direito brasileiro, isso não ocorre, ficando as normas internacionais e comunitárias abaixo da Constituição;

- b) a consideração da Constituição como norma jurídica, ficando a lei em segundo plano e, em consequência, afetado o próprio princípio democrático;
- c) substituição da *legalidade* por *constitucionalidade* ou tendência à hiperconstitucionalização do sistema, com a ampliação do âmbito da Constituição e diminuição do âmbito da lei; extensão do âmbito dos direitos e liberdades até entender-se que praticamente todas as questões estão impregnadas dos mesmos, levando a uma contaminação do individualismo; tendência a colocar na Constituição a regulação de todas as matérias, sem deixar muito campo ao legislador; tendência à formação de um direito constitucional de princípios e valores, o que muda a forma de interpretação da Constituição, tornando-a mais complexa e difusa, com prejuízo para a certeza do direito;
- d) impacto sobre o controle pelos tribunais constitucionais: a lei fica sempre sob suspeita; no Brasil, embora não haja tribunal constitucional, o Supremo Tribunal Federal desempenha o papel de órgão de controle da constitucionalidade, estando bem presente a tendência de colocar o máximo possível de matérias na Constituição, como melhor meio de garantir o cumprimento das normas; mesmo assim, o que se verifica é uma tendência forte ao descumprimento da própria Constituição; isto sem falar na crescente politização do Supremo Tribunal Federal, com sérios riscos ao Estado de Direito;
- e) ampliação do conteúdo e efeitos das sentenças: surgimento da interpretação conforme à Constituição (sentenças interpretativas), da inconstitucionalidade por omissão (sentenças de mera inconstitucionalidade), sentenças que completam o conteúdo da lei (sentenças aditivas); além disso, as sentenças vinculam não só a Administração Pública, mas também o legislador, na medida em que impedem a elaboração de uma lei nos termos da que foi declarada inconstitucional; com isso, há transferência de poderes do Parlamento para os Tribunais Constitucionais, com distorção nas fontes do Direito; também passa a haver exame de aspectos de oportunidade, chegando a forçar mudanças nas decisões políticas;
- f) administrativização da lei, por meio de normas emanadas da Administração, leis conjunturais ou aprobatórias, como as que contêm

“noções-quadro”, standards, ou imprecisas, criando lacunas a serem preenchidas pela Administração (leis-quadro e leis indicativas ou programáticas, em que o legislativo fixa critérios, objetivos e princípios); além disso, ocorre uma *juridicização de normas técnicas*, na medida em que a lei utiliza conceitos técnicos, a serem definidos por normas administrativas; a consequência é a mudança no princípio da legalidade, já que a lei deixa de ser reguladora e passa a ser meramente reflexiva; outra consequência é o *papel de co-determinação* assumido pelo Judiciário, pois a lei, ao criar uma zona de indeterminação (com o emprego de termos vagos, princípios, standards), permite que a determinação fique dependendo de interpretação pelo juiz; outra consequência ainda é a flexibilidade e adaptabilidade das normas, pois, sendo a lei rica em conceitos indeterminados e ficando para a Administração a tarefa de torná-la determinada, as normas se tornam mais flexíveis e fáceis de irem se adaptando às alterações das situações concretas;

- g) administrativização do processo de elaboração da lei, com a previsão de instrumentos de participação do cidadão, por meio de consulta, enquête, recurso aos especialistas, atuação de grupos de pressão; a consequência é a perda do caráter de generalidade da lei, porque ela passa a disciplinar interesses concretos, que se integram no processo legislativo;
- h) pluralismo das fontes de produção do direito, uma vez que, ao lado da estatal, surge a infra-estatal (por meio da auto-regulação) e a supra estatal (oriunda de organismos internacionais); além disso, a fonte estatal compreende vários níveis, permitindo falar em pluralismo interno, uma vez que, ao lado dos atos normativos emanados do Poder Legislativo, reconhece-se a legitimidade de normas postas pelo Poder Executivo (medidas provisórias, leis delegadas, regulamentos) e por órgãos e entidades da Administração Pública (dentre as quais as agências reguladoras).

Todas essas características e tendências permitem falar da regulação como novo tipo de direito, caracterizado como sendo negociado, flexível, indicativo. Porém, é um direito que convive com as formas tradicionais de produção legislativa, que apresentam o já mencionado caráter de imperatividade, generalidade, abstração.

Embora se reconheça a existência de pluralidade de fontes (estatal, infra-estatal e supra estatal), a hierarquia das mesmas deve ser observada em consonância com o ordenamento constitucional de cada país, podendo-se afirmar que, no direito brasileiro, prevalece, no topo, o direito estatal sobre o infra e o supra estatal; e, internamente, prevalece a lei sobre os atos normativos da Administração Pública.

E aqui é que surge a grande questão proposta neste trabalho: quem pode, diante do princípio da legalidade, exercer a função regulatória no direito brasileiro.

6 Controvérsias doutrinárias sobre a função regulatória das agências reguladoras

Foi visto, quando se tratou do conceito de regulação, que se trata de atividade que envolve competência para estabelecer regras de conduta, para fiscalizar, reprimir, punir, resolver conflitos. Não há dúvida de que fiscalização, repressão, punição são atividades administrativas, que podem, sem qualquer problema, ser exercidas por órgãos administrativos integrantes da Administração Direta, ou por entidades públicas integrantes da Administração Indireta, como é o caso das agências. Trata-se de atividade típica de polícia administrativa.

A dúvida diz respeito à competência para baixar atos normativos.

A doutrina brasileira peca pela multiplicidade de opiniões doutrinárias, a ponto de poder-se afirmar, sem medo de estar muito longe da verdade, que não existem dois autores com posicionamentos muito próximos. Existe proximidade quanto à admissão ou negativa da função reguladora das agências. Mas não existe qualquer uniformidade quanto à fundamentação.

Os principais argumentos utilizados, alguns deles não jurídicos, são:

- tais órgãos ou entidades (que serão chamados, uniformemente de agências) exercem função normativa por *delegação legislativa*;
- o que existe é a *deslegalização* ou *delegação de matérias*, em que ocorre a retirada de certa matéria do domínio da lei para passá-la ao domínio dos regulamentos;
- o fundamento decorre do *princípio da eficiência*;
- as agências baixam *regulamentos autônomos*;
- as agências exercem *poder regulamentar* delegado por lei;

- f) invoca-se também a crise do princípio da legalidade e o surgimento de outras formas de produção normativa; a regulação envolveria um novo tipo de direito que foge ao tradicional princípio da legalidade;
- g) apela-se ainda para uma distinção que é feita no direito alemão entre relações jurídicas gerais (que dizem respeito a relações gerais da Administração com o cidadão e são objeto de *regulamentos jurídicos*) e as relações jurídicas especiais (que dizem respeito a relações que envolvem sujeições especiais, as quais são objeto de *regulamentos administrativos*, como por exemplo o regime jurídico do servidor e o regime jurídico dos contratos administrativos); as relações jurídicas especiais poderiam ser objeto de regulamentos administrativos, inclusive de agências, porque dizem respeito a poderes inerentes à Administração, que independem de delegação;
- h) argumenta-se também com as idéias de crescimento do Estado, mudanças na economia, complexidade dos temas a serem normatizados, globalização, necessidade de flexibilidade e adaptabilidade das normas às mudanças rápidas na vida econômica e social, demora do processo legislativo;
- i) apela-se até para o fato de estarmos diante de uma realidade que já se institucionalizou, tornando-se praticamente irreversível;
- j) e há o velho argumento da fundamentação em princípios e institutos do direito estrangeiro.

O fato é que existem incertezas sérias quanto aos limites da função reguladora das agências, no que diz respeito ao estabelecimento de regras. E essa dificuldade decorre do fato de que essa função vem sendo atribuída a órgãos e entidades que não têm função regulamentar outorgada pela Constituição.

Há dois aspectos em conflito: de um lado, a consciência da necessidade de reconhecer poder normativo a órgãos e entidades da Administração Pública, seja pela idéia de especialização inspiradora de sua criação, seja pelo modismo e globalização que levam à imitação do direito estrangeiro; de outro lado, o fato de que a Constituição brasileira definiu as competências normativas de forma exaustiva, sem deixar espaço para outras entidades não expressamente referidas. Assim é que definiu as competências legislativas do Congresso Nacional (art. 48), abrangendo todas as matérias de competência

da União; definiu as espécies normativas também de forma exaustiva (art. 59); estabeleceu regras sobre participação dos demais Poderes no processo de elaboração das leis, especialmente no que diz respeito à iniciativa; outorgou ao Presidente da República, com exclusividade, o poder regulamentar, como regulamento de execução no art. 84, IV, e como regulamento autônomo no art. 84, VI, só permitindo a delegação nesta última hipótese; previu a possibilidade de delegação legislativa na hipótese única das leis delegadas disciplinadas pelo artigo 68, estabelecendo os limites materiais, deixando ao Congresso Nacional a tarefa de fazer a delegação, por Resolução, e fixando os termos e conteúdo de seu exercício; definiu os limites à edição de Medidas Provisórias com força de lei (art. 62).

— Além disso, no que diz respeito à função normativa de órgãos administrativos, a Constituição do Brasil não deixou espaço para o seu exercício a não ser em hipóteses excepcionais, a saber:

- a) no artigo 25 do ADCT, revogou, no prazo de 180 dias a contar da vigência da Constituição, todas as normas que outorgavam função normativa a órgãos do Poder Executivo, mas deixou uma abertura para a possibilidade de prorrogação do prazo das leis que conferiam essa atribuição; de forma abusiva ou não, em alguns casos, essa prorrogação ou não existiu ou foi sendo feita sucessivamente; é evidente que as agências reguladoras, tendo sido instituídas posteriormente à Constituição de 1988, não foram alcançadas por essa norma;
- b) no artigo 87, parágrafo único, inciso II, deu competência aos Ministros de Estado para “*expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos*”;
- c) no artigo 207, previu a autonomia das Universidades quanto aos aspectos que especifica;
- d) no artigo 21, XI (com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 8/95), previu o órgão regulador das telecomunicações;
- e) no artigo 177, § 2º, inciso III, (na redação dada pela Emenda Constitucional nº 9/95), previu o órgão regulador do petróleo.

Vale dizer que, quando a Constituição quis, ela deu competência normativa a órgãos administrativos. Não há fundamento para presumir-se igual outorga a outros órgãos e entidades não alcançados pelo texto constitucional.

Não há dúvida de que é meritório o esforço da doutrina em procurar uma fundamentação jurídica para uma atividade normativa que vem sendo exercida, muitas vezes, de forma exorbitante dos limites constitucionais.

No entanto, não vemos como procurar fundamentos extraídos de fontes outras que não a Constituição, sem afetar o princípio da legalidade, o Estado de Direito e o princípio da segurança jurídica.

Quanto à *delegação de poder*, cabe lembrar que a Constituição vigente, ao contrário das anteriores (desde a de 1891 até a de 1967), não vedou expressamente a delegação de poder, o que vem permitindo a alegação de que, se não proibiu, é porque permitiu. No entanto, a omissão da norma é irrelevante para a conclusão de que a delegação é incompatível com a forma como o princípio da separação de poderes foi disciplinado pela Constituição. Ela não só adotou expressamente esse princípio, no artigo 2º, como disciplinou detalhadamente as hipóteses em que um Poder pode exercer atribuição de outro.

Com efeito, se a Constituição estabelece que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si o Legislativo, o Executivo e o Judiciário; se ela dedica um capítulo para cada Poder, definindo as respectivas atribuições; se estabelece quais as hipóteses em que o Poder Executivo edita atos normativos (medidas provisórias, leis delegadas, regulamentos), é porque a própria Constituição definiu os limites e as condições em que a independência e harmonia são exercidas. Qualquer outra hipótese de exercício de função de um Poder por outro fere o princípio da separação de poderes.

Quanto ao poder regulamentar, pode ser exercido por quem tenha competência para fazê-lo, decorrente da Constituição. E esta a outorgou com exclusividade ao Chefe do Poder Executivo, como competência indelegável. Mesmo as agências reguladoras das telecomunicações e do petróleo, previstas na Constituição como órgãos reguladores, ao baixar normas voltadas à "regulação" dos setores que lhes estão afetos, têm que observar a hierarquia das normas, inclusive a superioridade das normas regulamentares baixadas pelo Chefe do Poder Executivo, titular único da função. Ainda que se entenda que essas agências exercem poder regulamentar, essa função não se equipara à exercida pelo Chefe do Executivo, mas se apresenta como novo tipo novo de direito, conforme será demonstrado adiante.

Também não se pode conceber que o poder regulamentar seja outorgado por meio de lei. O legislador não é titular do poder regulamentar. E ninguém pode outorgar poderes que não tem.

Admitir que as agências possam baixar regulamentos autônomos seria admitir que elas podem exercer poder maior do que o Chefe do Executivo. A única hipótese de regulamento autônomo no direito brasileiro é a prevista no artigo 84, VI, assim mesmo com as limitações decorrentes do dispositivo. Não se pode olvidar que os regulamentos autônomos existentes no direito francês encontram fundamento na Constituição, que indica expressamente as hipóteses em que os mesmos são cabíveis.

Quanto à deslegalização de matérias — que significa tirar determinada matéria da competência legislativa — somente seria aceitável se feita pela própria Constituição. Não pode ser feita por lei ordinária, porque isto implicaria retirar da competência do Poder Legislativo competência que lhe foi outorgada pela Constituição.

No que concerne à possibilidade de baixar regulamentos em matérias referentes a sujeições especiais, no direito brasileiro é de difícil aceitação, porque essas matérias, em sua maioria, constituem reserva de lei, como ocorre com a situação dos servidores públicos, com os contratos administrativos (dentre eles a concessão de serviço público) e com as licitações.

É preciso também, ao buscar inspiração no direito norte-americano, atentar para as profundas diferenças que existem quando comparado com o direito brasileiro. Os principais aspectos em que se notam diferenças sensíveis são a seguir assinalados:

- a) a Constituição norte-americana, embora adote o princípio da separação de poderes, não contempla distribuição de competências tão pormenorizada como a brasileira;
- b) no direito norte-americano vigora o princípio do *stare decisis*, ou seja, da força obrigatória dos precedentes judiciais, daí resultando o papel fundamental da jurisprudência como fonte de produção de normas, o que não ocorre no direito brasileiro; lá, foi a interpretação, nem sempre pacífica, da Corte Suprema, que acolheu a doutrina da delegação de função normativa às agências, de forma limitada, que permite falar em função *quase-legislativa*, porque as normas por elas baixadas ficam subordinadas à lei e sujeitas a controle judicial;
- c) no direito norte-americano não ocorreu a chamada hiperconstitucionalização de matérias a que se referiu Carlos de Cabo Martín, e que está presente no direito brasileiro; lá, é a Corte Suprema que,

pela via da apreciação dos casos concretos, vai interpretando a Constituição de forma diferente no decurso do tempo, alterando-a, ampliando-a, adaptando-a às cambiantes exigências sociais;

- d) a elaboração de normas pelas agências norte-americanas está sujeita obrigatoriamente a um procedimento imposto pela Lei de Procedimentos Administrativos, no qual a participação do cidadão é obrigatória, o que não existe no direito brasileiro senão de forma embrionária e sem caráter de obrigatoriedade, faltando o principal elemento que confere legitimidade às normas editadas pelas agências norte-americanas;
- e) as leis norte-americanas são ricas em *standards*, conceitos jurídicos indeterminados, diretrizes, a serem preenchidos, no vazio, pelas normas baixadas pelas agências; o direito brasileiro é rico em conceitos determinados;
- f) precisamente por isso, a Corte Suprema norte-americana desenvolveu, ao longo de um século, o princípio do processo legal em sentido substantivo que permite ao Poder Judiciário examinar a razoabilidade das normas das agências diante dos conceitos indeterminados contidos nas leis e na Constituição;
- g) além do controle judicial, que envolve o exame do procedimento e do conteúdo, as normas baixadas pelas agências norte-americanas estão sujeitas a controle pelo Poder Executivo, para que se adequem à política traçada pelo Governo, e a controle pelo Poder Legislativo, às vezes com poder de veto às medidas propostas, quando previsto em lei;
- h) o direito norte-americano idealizou a regulação pelas agências no momento em que se iniciava o período do Estado intervencionista, estando, desde a década de 80, em plena fase de desregulamentação; no direito brasileiro começou-se a falar em regulação quando diminuiu o papel intervencionista do Estado;
- i) no direito norte-americano não existe o conceito de serviço público e, em consequência, não se fala em concessão de serviço público como contrato em que o poder público delega a execução de uma atividade sua para a concessionária; existe o conceito de serviço de utilidade pública, sujeito ao poder de polícia do Estado, inclusive

no que diz respeito ao valor das tarifas; as empresas que prestam tais atividades são empresas privadas que atuam no domínio econômico, de acordo com o princípio da livre iniciativa; a concorrência que se estabelece é entre empresas de igual natureza, ao contrário do que vem ocorrendo no direito brasileiro, em que se tenta, artificialmente, instituir concorrência entre empresas de natureza diversa, ou seja, entre empresas concessionárias, protegidas por contratos de concessão com o poder concedente, e empresas privadas, em regime de livre iniciativa.

Sendo profundamente diverso o direito norte-americano, não há como aceitar-se que os mesmos fundamentos utilizados para justificar a função reguladora de suas agências sejam aplicados, com a mesma extensão, às agências brasileiras. A função normativa das mesmas é consideravelmente menos ampla do que a das agências norte-americanas.

Mesmo o modelo francês das autoridades administrativas independentes deve ser copiado com cautela, porque na França também existe o Conselho de Estado francês, órgão de cúpula da jurisdição administrativa, com ampla função criadora do direito, limitando e dando legitimidade às normas baixadas por aqueles entes, conforme demonstrado nos trabalhos publicados neste livro, sobre o tema das autoridades administrativas independentes (trabalhos 16 e 17).

7 Conclusão: limites da competência normativa das agências reguladoras no direito brasileiro

Para chegar a uma conclusão sobre o conteúdo e os limites da competência normativa exercida pelas agências reguladoras no direito brasileiro, algumas distinções devem ser feitas.

Em primeiro lugar, tem-se que levar em consideração os sentidos, já assinalados, da palavra regulação: de um lado, como sinônimo de *regulamentação* e, de outro, como um *tipo diferente de direito*, mais flexível, negociado, sujeito a mudanças para adaptação às alterações ocorridas no objeto regulado.

Considerado o *regulamento* como ato estatal, unilateralmente imposto, baixado para dar fiel cumprimento à lei, constitui competência privativa do Chefe do Poder Executivo, indelegável a não ser na hipótese do artigo 84, inciso VI, alínea "a", da Constituição.

Como *novo tipo de direito*, pode ser baixado pelas agências, desde que resulte de negociação, de consenso, de participação dos interessados. É um tipo de direito a que falta a característica da imposição unilateral de regras de conduta. Daí a previsão, nos Estados Unidos, de um procedimento a ser necessariamente observado pelas agências para elaboração de seus regulamentos, sob pena de ilegalidade. Lá, as agências têm que se manifestar sobre as sugestões dos interessados e têm que motivar todas as suas normas, inclusive demonstrando a sua razoabilidade, em termos de relação custo-benefício, ficando essa motivação sujeita a controle judicial. E o procedimento é mais rigoroso quando possa afetar direitos dos cidadãos. A esse respeito, v. neste livro trabalhos sobre direito norte-americano (13, 14 e 15).

Esse é um tipo de direito que pode ser baixado pelas agências brasileiras, exatamente porque resulta de negociação com os interessados. Mas deve colocar-se em nível hierárquico inferior às normas estatais, inclusive aos regulamentos baixados pelo Chefe do Poder Executivo.

A grande dificuldade, no direito brasileiro, é que se adotou o modelo das agências norte-americanas, mas não se adotou o procedimento de participação, que é o que dá legitimidade às normas por elas baixadas. É preciso, para suprir tal deficiência, que os poucos instrumentos de participação previstos nas leis instituidoras das agências sejam postos em prática.

Outra distinção a ser feita é quanto a dois tipos de atos normativos: os atos normativos propriamente ditos, que ditam regras de conduta futuras, com caráter de generalidade e abstração, à semelhança da lei; e os atos normativos de efeitos concretos, ou seja, os atos que, formalmente, apresentam-se como atos normativos, mas que, quanto ao conteúdo, são verdadeiros atos administrativos, porque decidem casos concretos. À medida que as agências vão se deparando com situações irregulares, com atividades que quebram o equilíbrio do mercado, que afetam a concorrência, que prejudicam o serviço público e seus usuários, que geram conflitos, elas vão baixando atos normativos para decidir esses casos concretos. Para esse tipo de ato também não há óbice de ordem jurídica. Eu diria que aí é que está o que há de mais típico na função reguladora: ela vai organizando determinado setor que lhe está afeto, respeitando o que resulta das normas superiores (e que garantem o aspecto de estabilidade, de continuidade, de perenidade) e adaptando as normas às situações concretas, naquilo que elas permitem certa margem de flexibilidade ou de discricionariedade. São os dois aspectos da regulação já assinalados: estabilidade e flexibilidade. E sempre se deve ter presente a idéia de que a

lei não pode deixar flexibilidade (ou discricionariedade) para as agências baixarem normas em matéria de reserva de lei.

Em relação às concessionárias de serviços públicos, as agências assumem as atribuições próprias do poder concedente: fixam as regras de prestação do serviço, fazem licitação, celebram o contrato, controlam, aplicam sanções, rescindem o contrato, alteram unilateralmente as regras de prestação do serviço, sempre tendo presente que, se as alterações afetarem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, têm o dever de restabelecê-lo. Vale dizer que, nos contratos de concessão, seja de serviço público, seja de exploração de bem público, celebrados com as agências reguladoras, como é o caso da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, da ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica e da ANP – Agência Nacional de Petróleo, é a agência que desempenha a função regulamentar inerente a esse tipo de contrato (cf. DI PIETRO, 2002, p. 77). Ela pode alterar, por decisão unilateral, as normas de execução do contrato, com a obrigação de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro eventualmente afetado por essa alteração. Mas aqui também o que existe é ato normativo de efeito concreto.

Como último aspecto, é importante ressaltar a possibilidade que se reconhece às agências, do mesmo modo que sempre se reconheceu a inúmeros órgãos e entidades administrativas no direito brasileiro (como o Conselho Monetário Nacional, o Banco Central, o Conselho Nacional de Educação e tantos outros) de, por meio de atos normativos, interpretar ou explicitar conceitos indeterminados, especialmente de natureza técnica, contidos em leis e regulamentos. Trata-se de conceitos que se inserem na idéia de especialização das agências, exigindo definição mais precisa, porém sem inovar na ordem jurídica.

O que as agências não podem fazer, porque falta o indispensável fundamento constitucional, é baixar regras de conduta, unilateralmente, inovando na ordem jurídica, afetando direitos individuais, substituindo-se ao legislador. Esse óbice constitui-se no mínimo indispensável para preservar o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica. Principalmente, não podem as agências baixar normas que afetem os direitos individuais, impondo deveres, obrigações, penalidades, ou mesmo outorgando benefícios, sem previsão em lei. Trata-se de matéria de reserva de lei, consoante decorre do artigo 5º, inciso II, da Constituição. Não se pode deixar de lembrar que a proteção dos direitos individuais frente ao Estado constituiu a própria razão de ser da construção do princípio da legalidade, sem o qual não existe Estado de Direito.

8 Bibliografia

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade*. Coimbra: Almedina, 1987.
- CAMPOS, Francisco. Lei e regulamento: matéria reservada à competência do Poder Legislativo: limites do poder regulamentar; direitos e garantias individuais. *Revista Forense*, n. 146, 1953.
- CARBONELLI, Eloisa; MUGA, José Luis. *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de America*. Madri: Marcial Pons, Ediciones Juridicas y Sociales, 1996.
- CHEVALLIER, Jacques. L'État de Droit. *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, v. 2, p. 313-380, 1988.
- CLAM, Jean; MARTIN, Gilles (Org.). *Les transformations de la régulation juridique*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1988.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- _____. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.
- DORDA, Rosa Comella. *Limites del poder reglamentario en el derecho administrativo de los Estados Unidos: evolución de los modelos tradicionales, control judicial y técnicas de negociación*. Barcelona: Gedecs Editorial, 1997.
- ENTERRIA, Eduardo García. *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*. 3. ed. Madri: Editorial Civitas, 1998.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- JEAMMAUD, Antoine. In: CLAM, Jean; MARTIN, Gilles (Org.). *Les transformacions de la régulation juridique*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1988.
- MARTIN, Carlos de Cabo. *Sobre el concepto de ley*. Madri: Editorial Trotta, 2000.
- MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.
- RUBIRA, Juan José Lavilla. *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*. Madri: Editorial Civitas, 1991.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

A Legalidade no Estado Democrático de Direito: Necessidade de Razoabilidade e de Proporcionalidade das Leis

Ezequiel Antonio Ribeiro Balthazar
Pós-graduando na Faculdade de Direito da USP

1 Introdução

Este trabalho trata da legalidade, da proporcionalidade e da razoabilidade das leis no Brasil, que em última análise decorrem do princípio do devido processo legal em seu aspecto substancial. A primeira perspectiva leva em conta a lei como expressão maior da vontade geral, garantidora de direitos e garantias positivadas inerentes ao ser humano, como os direitos fundamentais que no Estado Democrático de Direito constituem uma limitação ao exercício do poder pelo Estado.

A Constituição fala em poderes, mas o poder na realidade é uno, indivisível e inalienável; o que se divide são as funções. Segundo Anna Cândida da Cunha Ferraz, em sua obra denominada *Conflito entre Poderes*, a Constituição de 88 modificou sensivelmente a posição institucional dos poderes políticos no sistema presidencialista brasileiro, favorecendo menos a independência, o equilíbrio e a harmonia entre eles, e mais a predominância, no plano jurídico-constitucional, do Poder Legislativo. Mas este não será o enfoque deste trabalho; a citação aqui serve somente para realçar a necessidade de se garantirem os direitos fundamentais do homem, inibindo o poder que nas mãos dos governantes precisa ser controlado, principalmente diante da nova postura do Estado providência que possui um Executivo cada vez mais legiferante, na busca do desenvolvimento econômico e social. Para isto existe o princípio do devido processo legal, cláusula garantidora do Estado democrático de direito que, para doutrinadores renomados, consubstancia-se na verdadeira garantia do Estado de Direito.

Não há que se falar em Estado Democrático de Direito sem respeito ao *império da lei*. Assinalou Francisco Campos, em Parecer para a Revista Forense nº 146, de 1953, que: