ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

R E DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 30 – maio/junho/julho - 2012 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

TEORIA DE DELIMITAÇÃO DA FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Silas Rodrigues do Amaral

Bacharelando em Direito da Faculdade Mackenzie-Rio. Premiado no VII Fórum Brasileiro sobre as Agências Reguladoras (Prêmio Marcos Juruena Villela Souto).

Sumário: 1. Administração Orientadora; 2. Regulação e Democracia; 3. Experiência Regulatória nos EUA e no Brasil; 4. Função Normativa; 5. Teoria da Delimitação Normativa; 6. Conclusão; 7. Bibliografia,

Resumo

O presente estudo objetiva propor uma teoria de delimitação da função normativa exercida pelas agências reguladoras. Discutindo a administração pública atual, lança-se também a questões afetas à relação entre democracia, além da aderência ao modelo regulatório e sua importação do exterior. Despende-se maior concentração analítica na função normativa das autoridades reguladoras: sua natureza jurídica, competência, fundamento doutrinário e a questão da *apoliticidade*. Por fim, dedica-se tal estudo à elucidação da proposta de uma teoria de delimitação normativa, pautada em três requisitos práticos.

1. Administração Orientadora

Uma discussão antecede o debate do tema das agências reguladoras, já que não é possível tratar determinados institutos jurídicos, sem que antes se pense no seu *locus* gerador, isto é, no ambiente em que foram gerados. Fosse por *patrimonialismos* ou por *burocracismos*, fato é que, às opções passadas adotadas pela administração pública no País, somou-se uma última característica importante.

A Constituição de 1988, num período histórico em que outros países desembaraçavam-se ou já se haviam despojado por completo de sua complexa e onerosa aparelhagem estatal, o Brasil parecia acalentar, ainda, pretensão de manter um *Estado de Bem-Estar Social*, possibilidade que restava intocável na mente dos constituintes, ainda que sofresse crítica de determinados setores.

Reforçou-se à época, por decisão constitucional, a permanência da estrutura administrativa, mantendo-se um Estado autocrático, hiperbólico, que não oferecia providências manifestas para a retomada do desenvolvimento dos serviços públicos e devolução da execução das atividades econômicas aos particulares – embora tributasse com singela naturalidade, numa voracidade fiscal impressionante de mais de trinta por cento do Produto Interno Bruto gerado no País, com o discurso político de manutenção de milhares de unidades políticas e administrativas[1].

A burocracia característica do modelo mantido nos anos oitenta instituía uma cultura de formalismos e de hierarquias funcionais. Mantinha-se uma desconfiança prévia dos administradores públicos em relação aos *administrados*, sendo necessários controles em demasia rígidos ao longo dos processos em que os últimos figurassem junto ao poder público.

A máquina administrativa volta-se para si mesma, perde a noção da sua missão básica, do serviço à sociedade. Seu grande problema, portanto, passa a ser a possibilidade de se tornar ineficiente, retrógrada e incapaz de atender com adequação aos anseios dos cidadãos.

Nos anos noventa, a necessidade de repensar-se o desenho da administração pública era, diante das mudanças político-econômicas que afetavam diversos países pelo mundo, incontornável. Isso não quer dizer que o *Estado gerencial* ou *orientador*[2] romperia em definitivo com tudo o que havia sido desenvolvido até ali, em matéria de princípios e postulados relacionados à gestão, mas definitivamente mudaria a maneira como o poder público se relacionaria com as pessoas.

O controle das atividades passaria a ser sobre os resultados e não mais sobre os meios ou sobre processos em si. A idéia de *descentralização,* típica dos regimes democráticos, seria restaurada como solução jurídica adequada a conciliar uma atuação característica do Estado somada a flexibilidade e inovação dos agentes particulares colaboradores.

Institui-se que o compromisso de uma administração orientadora deve ser com a atenção, com o cuidado e com o esmero pela protetividade, desenvolvimento social e satisfação dos interesses dos particulares. Coletiva e individualmente concebidos, aliás, pois a proteção dos interesses dos particulares é expressão do interesse público, desde que não haja interesse coletivo mais relevante contrário ao dos particulares. Quando a administração fomenta e permite um ambiente favorável à livre iniciativa, por exemplo, atende aos interesses das coletividades, uma vez que estimula a produtividade e circulação de riqueza, com vistas à geração de empregos e criação de classes de consumidores, "o que contribui para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária"[3]. É nesse ideário de mudança de mentalidades na gestão da

[1] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 151.
[2] SOUTO, Marcos Juruena Villela. Função Regulatória. *Revista Eletrônica de Direito do Estado* (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, fevereiro/março/abril 2008, p. 02. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em 26 de novembro de 2010.
[3] Ibidem, p. 02.

res publicae[4] nacional que brota a possibilidade de aderência do modelo de agências reguladoras.

2. Regulação e Democracia

Renomada doutrina tem discutido há alguns anos a existência de *déficit democrático*[5], caracterizado na atuação das agências competentes para regulação de determinados setores, na proposta instaurada a partir dos anos noventa. Como assegurar-se a proficiência regulatória de organismos *despolitizados*, tendo em vista que no País esse ideário de esvaziamento político nunca antes havia vogado? E quanto à crise de legitimidade derivada da ruptura com mecanismos clássicos de representatividade democrática, pelos quais se vincula o interesse dos representados à atuação direta de seus representantes? E, ainda, a que influências políticas práticas estaria a modalidade regulatória submetida? Não poderiam as agências sofrer flagrante *captura*[6] pelos diversos agentes presentes no próprio setor regulado? Que mecanismos deveriam ser empregados como defesa contra a atuação das pressões e do assédio político?

Diversas foram as questões suscitadas em torno das agências reguladoras desde a adoção do modelo no País, e brilhantes tem sido as teses solucionadoras empregadas para cada uma dessas dificuldades jurídicas.

O mito do *déficit democrático* foi superado, pois embora a instituição das agências simbolizasse a ampliação da complexidade do sistema de *checks and balances* (uma vez que amplia o número de instituições estatais dotadas de poder decisório, o que limita o âmbito de atuação de governantes eleitos, Executivo e Legislativo) verdade é que não é conferida liberdade indiscriminada de decisão ao regulador.

Nesse contexto, a agência reguladora refletiria uma proposta de aperfeiçoamento do próprio sistema democrático, já que nem todas as decisões estatais podem estar alicerçadas exclusivamente em *vontade popular*, embora seja inegável que o núcleo das competências *legiferantes* e

---

[4] Expressão latina, que denota "coisa pública".

[5] Terminologia empregada por Marçal Justen Filho, Alexandre Santos de Aragão, dentre outros. Obras indicadas nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Agências Reguladoras e Democracia*: Existe um Déficit Democrático na Regulação Independente? In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord). O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 301; e ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A Legitimação Democrática das Agências Reguladoras*. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 01.

[6] Joaquim Barbosa, Ministro do Supremo Tribunal Federal, manifestou-se sobre o tema da captura no processo pelo qual passaram as agências reguladoras (*Independent Regulatory Commissions*) nos EUA. Ressaltou o Min. a fase ocorrida entre os anos 1965 e 1985, em que o sistema de regulação defrontou-se com a *captura* das agências pelos agentes econômicos regulados. Esses, com considerável poder econômico e grande capacidade de influência, diante de entes reguladores que dispunham de completa autonomia perante o poder político, não encontraram dificuldade significativa para implantar mecanismos de pressão sobre aqueles. Por fim, à época, a política regulatória era quase que totalmente determinada pelos agentes regulados. Os mais prejudicados pelo fenômeno foram os consumidores. In: GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências Reguladoras: A "Metamorfose" do Estado e da Democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado). In: BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 30.

governativas deva ser reservado a instituições compostas e organizadas segundo o princípio do sufrágio[7].

É nesse sentido, inclusive, o posicionamento de Marçal Justen Filho ao sintetizar a idéia com brilhantismo:

> (...) uma organização estatal democrática exige e pressupõe instituições cuja composição e funcionamento escape do princípio da eletividade. (...) é indispensável a existência de organismos administrativos destinados tanto a funcionar como freios e contrapesos como a ampliar o processo de comunicação entre Sociedade e burocracia.(...) sua legitimação democrática deriva não do seu (inexistente) vínculo ao sufrágio universal, mas da sua capacidade de minorar o déficit democrático externo do sistema político.[8]

Desse modo, essa despolitização permitiu restabelecer as balizas, marcos, à ação dos governantes, suscitando também a interação com vetores sociais que tenderiam a ficar embaçados por conta da preponderância do Executivo e da concentração do poder.

Fato é que as agências reguladoras vêm sendo adotadas em diversos Estados ocidentais, em que vigoram regimes democráticos. Ainda que o modelo regulatório tenha se originado nos Estados Unidos, como se examinará, é possível verificar-se o surgimento de iniciativas similares ou manifestações equivalentes em diferentes democracias européias, que surgiram sem atrelamento direto ao modelo norte-americano. É o caso da França, da Itália, da Alemanha, da Suécia e de Portugal. Exemplos de países em que o modelo regulatório irrompeu e se desenvolveu como decorrência de experiências democráticas de descentralização.

Porém, ainda que amplamente adotada a regulação pelo mundo, e tendo em vista, ainda, o aspecto democrático dessa modalidade, como examinado, a adesão do Brasil à experiência das agências se inspirou no direito dos Estados Unidos, mais especialmente nas *Independent Regulatory Commissions*, características da terceira fase da trajetória das agências reguladoras nos Estados Unidos, como se verá. Ironicamente, percebe-se que as propostas regulatórias foram adotadas, em ambos os países, como uma espécie de *corretivo*[9], ainda que experimentassem realidades político-econômicas absolutamente distantes. Do lado norte-americano, à época, tratava-se de corretivo a uma política econômica pautada no absenteísmo estatal, vivido nos anos trinta. Do lado brasileiro, por sua vez, seria corretivo às conseqüências

[7] JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na Regulação Independente? In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 313.

[8] JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na Regulação Independente? In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 301.

[9] GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências Reguladoras: A "Metamorfose" do Estado e da Democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado) In: BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 30.

desmotivadoras e recessivas, causadas por um Estado intervencionista, que retornava recentemente de um período de repressão política, implantando-se o modelo no início dos anos noventa.

Duas opções políticas, nos limites de suas realidades. Rememorando o célebre dizer de um, para muitos, hoje, *antiquado*, mas brilhante, filósofo alemão: "A história se repete, a primeira vez como tragédia, a segunda, como farsa[10].

3. Experiência Regulatória nos EUA e no Brasil

O conceito de *recepção de direitos* pode ser compreendido como "a introdução em um determinado sistema jurídico de regras, noções ou institutos pertencentes originariamente a outro sistema" [11]. No período histórico das desestatizações e privatizações abordado, a administração pública adotaria o modelo das agências reguladoras sob inegável inspiração norte-americana, já que o cenário nacional à época apresentava condições sociais, políticas e jurídicas adequadas ao começo do novo postulado de regulação estatal. O Estado brasileiro, embora detentor de um Direito Administrativo instruído por institutos baseados na tradição romano-germânica, e havendo aquele fomentado historicamente uma conduta estatizante e de modesta liberalidade econômica, buscou nos EUA, integrante da tradição jurídica da *common law*, o modelo de regulação estatal que adotaria.

O momento histórico e a finalidade da adoção das agências reguladoras nos Estados Unidos, naturalmente não foram os mesmos dos da recepção deste modelo regulatório no Brasil.[12]

O surgimento da atividade regulatória nos EUA data de 1887, com a criação da *Interstate Comerce Comission* - ICC e, mais tarde, da *Federal Trade Comission* – FTC, agências a cargo das quais incumbia regular a concorrência do país, limitando condutas anticompetitivas de empresas e corporações monopolistas. Note-se que a aderência norte-americana antecede em mais de cem anos a encampação do modelo pelo Brasil.

Nos Estados Unidos, os juristas costumam assentar que as agências reguladoras haveriam passado por quatro fases[13]: a primeira, de 1887 a 1930,

---

[10] Karl Marx. Prefácio de *O 18 Brumário de Luís Bonaparte*, de 1852. No ensaio descreve um golpe de Estado recém-ocorrido na França. Citando outro importante filósofo alemão, declara: "Hegel observa em uma de suas obras que todos os fatos e personagens de grande importância na história do mundo ocorrem, por assim dizer, duas vezes. E esqueceu-se de acrescentar: a primeira vez como tragédia, a segunda, como farsa". Apesar de ter ficado famosa, essa irônica forma de olhar para as "coincidências" históricas, em que a nova versão se transforma em caricatura, não é a idéia principal de Marx no texto. O que ele fez de mais revolucionário foi perceber, analisando aqueles fatos que haviam acabado de acontecer, que "os homens fazem sua própria história, mas não a fazem como querem; não a fazem sob circunstâncias de sua escolha e sim sob aquelas com que se defrontam diretamente, legadas e transmitidas pelo passado". Ou seja: apesar de serem atores da história, as pessoas só são capazes de agir nos limites que a realidade impõe. Disponível em: <http://historia.abril.com.br/cultura/18-brumario-luis-bonaparte-discreta-farsa-burguesia-434656.shtml>. Acesso em 18 de dezembro de 2010.

[11] TAVARES, Ana Lúcia de Lyra, apud OLIVEIRA, Rafael. O Modelo Norte-Americano de Agências Reguladoras e sua recepção pelo Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: *Revista da EMERJ*, vol. 12, n. 47, 2009, p. 168.

[12] OLIVEIRA, Rafael. O Modelo Norte-Americano de Agências Reguladoras e sua recepção pelo Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: *Revista da EMERJ*, v. 12, n. 47, 2009, p. 168.

período em que as agências reguladoras tiveram como finalidade fomentar a ocupação do Oeste; a segunda fase, de 1930 a 1945, em que as agências tinham como missão *intervir e regular a economia* – No tocante à experiência brasileira, é esse o período de maior importância; a terceira, de 1945 a 1965, marcada pela aprovação da *Administrative Procedural Act – APA*, a lei geral do processo administrativo federal, que viria a uniformizar o processo decisório das agências; e, por fim, a quarta, de 1965 a 1985, em que se apresentou o problema da *captura*.

Contemporânea ao *New Deal*, durante o governo Roosevelt, ou seja, na segunda das quatro fases pelas quais passaram as agências reguladoras – e em cujo modelo se espelharia a opção regulatória brasileira décadas depois –, a atividade da regulação entre os norte-americanos se justificou pela necessidade de intervenção estatal em socorro à crise econômica de proporções admiráveis instalada nos anos trinta. Na realidade brasileira, por sua vez, bem como na dos demais países da América Latina, era o próprio Estado o grande responsável pela execução dos serviços públicos e pelas atividades econômicas motrizes. Ao contrário de países de tradição econômica liberal, somente nos anos noventa submeteu seu parque industrial à competitividade internacional e, ainda assim, com muitas dificuldades e resistências políticas. Assim sendo, no período em que se desestatizava, o Brasil instituía as agências com a clara finalidade de diminuir o intervencionismo estatal.

O ponto comum entre as duas experiências reguladoras foi a insatisfação em relação às estratégias estatais do momento em que viviam: o abstencionismo dos EUA nos anos trinta e o intervencionismo estatal no Brasil eram realidades economicamente intoleráveis.

Aprofundando o exame em relação à regulação norte-americana, observa-se uma especificidade técnica de suma importância para o estudo do tema: a distinção entre *agência executiva* e *agência reguladora*[14].

Espécies mais antigas no cenário jurídico dos EUA, referentes à primeira fase, de 1887 a 1930, as *agências executivas* (*Administrative Agencies*) detinham características jurídicas equivalentes às autarquias brasileiras. Sendo entidades administrativas, eram organismos criados por lei, dotadas de personalidade jurídica própria e com a atribuição de gerenciar e conduzir um programa governamental específico, de modo destacado da administração central. Entretanto, por mais que gozassem formalmente de autonomia funcional, sujeitavam-se hierarquicamente à administração pública central, estando sujeitas à orientação e à supervisão direta do Presidente e de seu correspondente *Ministério de Estado* responsável pelo setor regulado.

As *agências reguladoras (Independent Regulatory Commissions*[15]), por sua vez, são entidades administrativas autônomas e altamente

[13] Nesse sentido, ver LINHARES NETO, Damásio Alves. Controle Social das Agências Reguladoras, 2010, p. 22. Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação do Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5324/controle_social_damasio_neto.pdf?sequence=1>. Acesso em 11 de abril 2011.

[14] GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências Reguladoras: A "Metamorfose" do Estado e da Democracia: Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado. In: BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 25-26.

descentralizadas, de estrutura colegiada. Seus membros são nomeados para o cumprimento de mandatos fixos, dos quais só podem ser exonerados em caso de falta grave ou notório deslize administrativo. Como se percebe, é essa a espécie de agência reguladora importada pelo Brasil.

Note-se que, nos EUA, um dos elementos distintivos entre as espécies de agência que lá operam é o relacionamento das mesmas com o Chefe do Executivo. Se, por um lado, o Presidente dos Estados Unidos tem total controle sobre as agências executivas, com competência legal para exonerar *ad nutum* seus dirigentes e lhes ditar a política a ser seguida, o mesmo não ocorre no tocante às agências tipicamente reguladoras. No exercício da atividade reguladora do setor, essas últimas são independentes, o que lhes é afiançado por lei.

Não é difícil perceber, portanto, que a experiência da aderência ao regime regulatório das agências no Brasil configura uma importação de modelo originário de um arquétipo estatal muito diverso, imerso em um processo histórico também muito distinto. Na experiência brasileira, pode-se perceber ausência de rigor nos limites legais dos poderes delegados às autoridades reguladoras, além da falta de um controle político efetivo realizado pelos parlamentares, quando do processo de designação dos dirigentes das agências.

Ademais, verifica-se tímida energia na fiscalização do procedimento regulatório realizado pelos órgãos especializados do Congresso. O próprio Judiciário, segundo considerações de parte da doutrina[16], sofre a mesma crítica de ineficácia. A essa altura, aponta-se, talvez, aquele ponto que seja o mais significativo, qual seja, o dos limites da atuação regulatória.

Hoje não mais se questiona se a experiência de regulação no País é ou não um empreendimento viável. Sobretudo, num momento em que constitucionalistas e administrativistas muito discutem temas ligados à segurança jurídica e à extensividade do princípio da motivação para decisões legislativas e administrativas, é de se perguntar: onde cessa objetivamente a margem de discricionariedade das agências reguladoras? Haveria como se construir uma tese prática que clarifique os limites da atividade normativa do regulador? Para que se debatam tais questões, antes, faz-se necessário definir algumas premissas jurídicas.

4. Função Normativa

Tema que antecede a pesquisa sobre os limites da função normativa das autoridades reguladoras é o referente ao exame da referida função, isto é, em que consistem as normas editadas pelas autoridades regulatórias no exercício de suas atividades? Reside nesta etapa do presente estudo a observação de aspectos basilares à compreensão da proposta da teorização dos limites normativos, podendo tais aspectos sofrer a seguinte divisão: (i) conceito e competência normativa; (ii) a tese da *deslegalização*; (iii) a natureza jurídica

[15] Ibidem, p. 25-26.
[16] GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências Reguladoras: A "Metamorfose" do Estado e da Democracia: Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado. In: BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 26.

dos atos normativos; (iv) o elemento (a)político da regulação. Vejamos cada um deles:

(i) Norma jurídica pode ser definida como "disciplina socialmente imposta à conduta intersubjetiva, cuja eficácia é respaldada pelo poder político" [17]. Esses comandos definiriam quais condutas seriam obrigatórias, proibidas ou permitidas em face do Direito. As normas seriam disciplinas de conduta, exteriorizadas por um sujeito em face de outrem, e ressalvada ao Poder Público tutelá-las. Mediante a *competência normativa*, é estatal a tarefa de trazer à existência o que foi preestabelecido pela norma[18], dando efetividade a comandos, antes, imateriais. O campo de atuação das entidades regulatórias está adstrito aos contornos da competência normativa.

Caso não existissem as agências reguladoras, o exercício regulatório seria incumbência exercida por outros órgãos integrantes do poder Executivo. O que se pretende dizer é que "uma agência não poderia fazer algo além ou diverso do que seria reconhecido ao Poder Executivo, em matéria de produção normativa" [19]. Portanto, a atuação normativa das autoridades reguladoras, permitida pelo legislativo, não poderia exorbitar dos limites do exercício desempenhado pelo próprio Executivo, caso estivesse diretamente responsável pelo desempenho da função regulatória.

(ii) Quanto à legitimidade da discricionariedade do regulador, a premissa teórica adotada pelo presente estudo segue as considerações de renomada doutrina[20], que tem firmado a adoção da *deslegalização*[21], tipo de *delegação legislativa* afeta ao setor regulatório das agências. Por opção do próprio legislador, determinadas matérias que antes seriam reguladas diretamente por lei, passariam a ser seara de atos administrativos normativos.

Noutras palavras, o legislador haveria retirado do domínio da lei (*domaine de la loi*) matérias de complexidade técnica, que deveriam ser transferidas ao administrador (no dito *domaine de l'ordennance*)[22], estabelecendo apenas parâmetros gerais a serem observados no momento da fixação dos direitos e obrigações. A idéia primordial motivadora dessa opção

[17] JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 483.

[18] Em virtude da *competência normativa*, que não se confunde com a *competência legislativa* (sendo a última mera espécie da primeira), seriam geradas as disciplinas de conduta, que regulariam o comportamento dos particulares. A *Competência normativa* é incumbência exclusiva do Estado *lato sensu* (aí inclusos os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário), sendo o poder de produzir atos de cunho vinculante para a conduta humana. In: JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 485.

[19] Ibidem, p. 541.

[20] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 164. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 26. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 445. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 418-425. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 72.

[21] DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO destaca que o conceito seria decorrente da doutrina francesa, na *délégation de matières*, adotada em 1907 pelo Conselho de Estado no caso *Chemim de fer de l'Etát Du Midi, Du Nord, d'Órléans, d'Ouest e de Paris-Lyon-Mediterranée*. Ver MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 166.

[22] Ibidem, p.164.

legislativa é a constatação de que os legisladores não possuem condições de prever todas as situações que podem ocorrer na vida em sociedade, sendo necessária tal delegação à atuação célere e pontual da administração pública. Assim sendo, ocorreria que a lei deslegalizadora não determinaria o conteúdo material da futura normatização administrativa, limitando-se a estabelecer os *Standards* e princípios a serem respeitados pela normatividade das agências reguladoras.

Diante disso, cumpriria ao Legislativo determinar, no momento da criação da agência reguladora, normas gerais e abstratas que serão na prática, operacionalizadas pela entidade, ressalvando-se a reserva do Executivo que detém a prerrogativa de iniciativa de lei no que tange a organização administrativa e criação de órgãos públicos, a teor do artigo 61, parágrafo 1º, alíneas "b" e "e", CRFB/88. Noutras palavras, resguardadas as matérias que invadam a competência privativa do Executivo, tem os parlamentares a atribuição de interferir na atuação das agências reguladoras.

Acrescente-se, ainda, que doutrina espanhola[23] costuma dividir o fenômeno da *delegação legislativa* em outras duas espécies, além da *deslegalização*, quais sejam: (a) *delegação receptícia*, em que se delegaria a função legislativa típica do poder Legislativo ao poder Executivo, para que editasse normas com força de lei – no período e sobre as matérias delegadas pelo parlamentar. No Brasil, seria possível percebê-la na forma da figura da Lei Delegada nos artigos 59, inciso IV, e 68, CRFB/88; (b) *delegação remissiva*, por sua vez, seria a prerrogativa dada à administração pública de editar seus atos normativos, em acordo com os parâmetros legais vigentes, e sem força de lei. Enquadrar-se iam aí os Regulamentos Executivos do artigo 84, inciso IV, CRFB/88.

(iii) No tocante à *natureza jurídica* da função normativa, cabem algumas observações importantes, com vistas à fundamentação da proposta teórica sobre a limitação da discricionariedade reguladora. É possível se observar uma série de posicionamentos na doutrina, em cuja sede se percebe incontáveis controvérsias[24].

Primeiro posicionamento – que buscaria fundamento de legalidade nos artigos 17, 21, inciso XI e 177, parágrafo 2º, inciso III, CRFB/88 – faria menção a uma atribuição constitucional originária, que conferiria competência normativa às agências reguladoras. Segundo a tese, as normas elaboradas pela atividade reguladora teriam mesmo *status* das leis previstas pelo artigo 59, CRFB/88[25].

Segunda propositura doutrinária entenderia a natureza normativa emanante das agências reguladoras como típica atividade de execução[26],

---

[23] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Legislacion Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial, 3. ed. Madrid: Civitas, 1998, p. 173 e ss.

[24] CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 197 e ss. A tipologia organizada no capítulo IV da obra é interessante ao que pretende vislumbrar os diversos posicionamentos acerca do tema da normatização das agências.

[25] Nesse sentido, segundo Henrique Ribeiro Cardoso, são as posições de José Carlos Francisco, Maria D'Assunção Costa Menezello, Sebastião Botto de Barros Tojal, dentre outros. Conferir em CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 198.

[26] Nesse sentido, ver Rafael de Oliveira. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 70.

configurando atos normativos inferiores ao regulamento, sendo relacionados ao poder normativo da administração pública. A atuação das agências reguladoras, decorrendo da discricionariedade administrativa, seria limitada pela lei e pelos seus regulamentos. Conseqüentemente, no exercício da atividade tipicamente administrativa, as normas elaboradas pelos agentes regulatórios – eminentemente técnicas – estariam no mesmo patamar que as resoluções, portarias e instruções emitidas pela administração pública, nada podendo inovar no mundo jurídico além dos limites da atuação do Executivo, tampouco lhes sendo permitido contrariar leis ou regulamentos por ele baixados[27].

Terceira tese enquadra o poder normativo das agências reguladoras entre as espécies de *delegação legislativa*, de onde emanariam também as leis delegadas e os tipos de *regulamento*[28], como os decretos do Chefe do Executivo. O fundamento da delegação de poderes estaria consubstanciado nos artigos 21, inciso XI, 177, parágrafo 2º, III, CRFB/88, no que se refere às agências com previsão constitucional, e no artigo 174, CRFB/88, no tocante às criadas por lei infraconstitucional. O Executivo, através das agências reguladoras, encontraria limites na fixação de padrões, trazidos nas leis instituidoras das agências. Por intermédio da delegação, além de atribuir-se competência para a emissão de normas, a lei delegadora traria consigo a responsabilidade da limitação fixada em *Standards* mínimos a serem seguidos pelas normas de natureza inferior. Assim, as leis instituidoras das agências, elaboradas com baixa densidade normativa, permitiriam ao Executivo materializar a vontade da norma deslegalizadora, através da elaboração de atos normativos, mas de grau inferior à lei[29].

Entendemos, igualmente, haver maior propriedade na adoção da última posição em relação à natureza jurídica das normas elaboradas pelo regulador.

Não havendo qualquer incompatibilidade entre o fenômeno delegação legislativa – em que se insere a espécie *deslegalização* – e o texto constitucional, entende-se que teria a própria lei deslegalizadora o condão de estabelecer os parâmetros e princípios que norteariam a atuação normativa das agências.

Deste modo, tratar-se-ia de mais que mera atividade de execução da vontade da lei, havendo sido confiada ao administrador discricionariedade para adotar os meios e as técnicas suficientes ao alcance dos objetivos, pela legislação previamente definidos. Entretanto, as autoridades reguladoras, no exercício da atividade, editariam normas de produção de efeitos sobre os

[27] Quanto à fundamentação jurídica, não existiria consenso entre os que seguem tal corrente, oscilando-se entre a discricionariedade técnica e o poder hierárquico. Nesse sentido, segundo Henrique Ribeiro Cardoso, salvo algumas ressalvas, comporiam tal corrente Manoel Gonçalves de Ferreira Filho, Maria Sylvia Di Pietro e Paulo Roberto Ferreira Motta, dentre outros. In*:* CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O poder normativo das agências reguladoras.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 198.

[28] Dentre tais regulamentos, encontrar-se-iam os de execução; os exclusivos; os administrativos; os autorizativos; e os delegados. Não há consenso na doutrina seguidora da corrente, no que se refere a determinar de que espécies de regulamento se tratariam as normas elaboradas pelas agências reguladoras.

[29] Nesse sentido, segundo Henrique Ribeiro Cardoso, Diogo Figueiredo de Moreira Neto, Marcos Juruena Villela Souto, Alexandre Santos de Aragão, Marçal Justen Filho, Alexandre de Moraes, Carlos Ari Sundfeld, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, dente outros. In*:* CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 198.

regulados, por vontade originária do poder Legislativo, que lhes confiou a administração de determinadas matérias. No dizer de apropriada doutrina, seria da lei a incumbência de apenas atribuir à entidade reguladora "o papel de preencher a moldura com conhecimentos técnicos à luz da realidade em que a lei vai ser aplicada." [30]

(iv) É também notório o elemento da *apoliticidade* no modelo das agências reguladoras. Como o desafio do presente trabalho é discutir pragmaticamente os limites da discricionariedade de que dispõem essas entidades, é oportuno dizer que uma das razões pelas quais o legislador muniu as agências reguladoras de independência foi justamente a necessidade de alocar *expertises*[31] em um organismo que não deveria ser afetado por ingerências políticas. Atribuir-lhe margem de liberdade para decidir era garantir, ao menos em tese, que cada caso seria examinado conforme as circunstâncias técnicas que lhe afetassem, independentemente de interesses de segunda ordem.

Havia um corte técnico, de especialização na lei deslegalizadora, imbuída de novos paradigmas de atuação direcionados à regulação dos setores.

Imersa num ideário de crescente descentralização política[32], procurava a administração pública, em sua marcha *evolutiva*, equipar toda a sua aparelhagem de respostas atualizadas à tendência inversa à hipertrofia estatal e à monopolização do poder, contendo o tradicional gigantismo estatal. Aliás, era já impossível imaginar-se a organização política contemporânea sem essa diluição de poder, diante da complexidade das tarefas a serem desempenhadas, que exigiam pormenorizada especialização.

Era do intuito do legislador, quando da aderência ao projeto das agências reguladoras na nova política regulatória dos anos noventa, alcançar a materialização das soluções mais adequadas e conformadas ao equilíbrio da atividade dos particulares. Não foi um mero detalhe a introdução de um sistema de decisões a salvo das influências políticas e comandado por tecnicidade. As agências deveriam ser independentes em mais de um sentido, perceba-se: em relação aos regulados, obviamente, decidindo com autonomia, e dotada de agentes públicos qualificados; e em relação às próprias forças políticas que informam a administração pública direta.

Frise-se uma vez mais que a moderna regulação concorre para uma concepção de equilíbrio. Pensar, portanto, os seus limites normativos, os freios de sua discricionariedade, é voltar-se ao estabelecimento de relações de equilíbrio político-econômico. A administração pública descentralizada em sua atividade regulatória é cercada por grupos de pressão, entre os quais se encontram regulados, consumidores, empresas sob controle estatal, dentre outros agentes capazes de influenciar pesadamente suas atividades.

---

[30] SOUTO, Marcos Juruena Villela, apud OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, 2011, p. 73.

[31] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Discricionariedade e Regulação Setorial. O Caso do Controle dos Atos de Concentração por Regulador Setorial. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (*Coord.*). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 569.

[32] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 91.

Quando Marcos Juruena Villela Souto trouxe à doutrina considerações sobre a *teoria da captura*, dizia que tal fenômeno decorreria do poder intelectual e econômico dos regulados, que forçariam sempre uma regulação que lhes fosse mais viável. Ou decorreria, ainda, dos poderes políticos, quando "por lei ou por ato de império, de validade duvidosa, o Poder Público retirasse a competência do órgão regulador ou lhe retirasse seus elementos de autonomia ou sua independência"[33].

É por isso que o controle exercido pelas entidades regulatórias foi pensado para ser técnico, pois nesses termos haveria previsibilidade. Sua segurança seria pautada em procedimentos normativos que não oscilariam ao sabor de interesses políticos de última hora.

Por esse viés, as agências possuem discricionariedade até menor do que aquela apresentada tradicionalmente pelos órgãos administrativos[34], pois suas competências vêm discriminadas nas leis que as instituíram. Contudo, ainda assim, seria possível de se presenciar em casos concretos ocasiões em que as autoridades reguladoras exorbitassem de suas competências ou, ainda, que a interpretação de conceitos jurídicos indeterminados empregados pelo legislador nas leis deslegalizadoras redundasse em verdadeiros abusos normativos por parte das entidades regulatórias.

5. Teoria da Delimitação Normativa

Fato é que os limites da função regulatória da administração pública, exercida por intermédio das agências reguladoras constitui matéria muito controvertida na doutrina, e, ainda, pendente de sistematização. Contudo, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se posicionar sobre temas afetos à abrangência normativa das agências reguladoras.

Houve já o assentamento do entendimento de que os atos normativos editados pelas entidades regulatórias podem produzir efeitos sobre todo o setor regulado[35]. Outro julgado que pode ser relacionado à discussão da abrangência das normas elaboradas pelas autoridades regulatórias foi o que estabeleceu a vedação ao nepotismo no poder Judiciário, decisão de grande repercussão, que viria, inclusive, a desaguar na elaboração da *Súmula Vinculante nº 13*[36]. A Corte, à época, solidificou o cabimento da instituição de restrições à conduta de membros do poder Judiciário, ainda que ausente

---

[33] SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 247.

[34] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Discricionariedade e Regulação Setorial – O Caso do Controle dos Atos de Concentração por Regulador Setorial. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (*Coord.). O Poder Normativo das Agências Reguladoras.* Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 572.

[35] ADI 1668 MC/DF - MEDIDA CAUTELAR na AÇÃO DIRETA DE NCONSTITUCIONALIDADE, *Rel. Min. Marco Aurélio, j.20 de agosto 1998*.

[36] "A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal". Disponível em: < http://www.stf.jus.br >. Acesso em 12 de abril 2011.

imperativo legal que expressamente determinasse nesse sentido[37]. O fundamento alegado era de que tal restrição, embora promovida por norma inferior, seria de se deduzir, a partir da própria conformação aos princípios constitucionais, como se percebe:

> *AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18.10.05, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE "DISCIPLINA O EXERCÍCIO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES POR PARENTES, CÔNJUGES E COMPANHEIROS DE MAGISTRADOS E DE SERVIDORES INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO, NO ÂMBITO DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS". PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Os condicionamentos impostos pela* ***Resolução nº 07/05, do CNJ****, não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança.* ***As restrições constantes do ato resolutivo são****, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988,* ***dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade****.*[38] *[...]*

Em matéria de regulação, a atribuição da discricionariedade é fundamental. É do administrador o juízo de conveniência e oportunidade do manejo da competência que o legislador lhe conferiu, para que atingisse à finalidade proposta na própria lei instituidora da entidade regulatória.

Caso haja, a lei, previsto providência categórica ao regulador, obviamente não caberá exercício discricionário. Suas margens de liberdade obviamente funcionam na omissão legal, atendo-se tão somente aos fins da lei deslegalizadora. É de se notar a presença de diversas balizas à atividade normativa do regulador, que não poderá atuar de modo diverso do comando legal que a instituiu, nem exorbitar dos seus limites na medida em que foram previstos. Diante dessa consideração, reitere-se a percepção de que a discricionariedade que funciona no modelo regulatório é, ainda, menor[39] do que as tradicionalmente conferidas aos órgãos da administração pública direta. No dizer de refinada doutrina, "a discricionariedade abre, assim, para a administração pública um novo *espaço jurídico decisório substantivo*, dentro do

[37] Apontamento elaborado no PARECER Nº 03/2011-PPCM-PSP, p. 7, da lavra da Procuradora do Estado do Rio de Janeiro Patrícia Perrone Campos Mello. Publicidade conferida no Processo Administrativo do Estado do Rio de Janeiro: E-12/010.263/2010, de 29 de junho de 2010.
[38] Ação Direta de Constitucionalidade 1 2/ DF, Rel.Min. Carlos Britto, j.20 de agosto 2008, grifou-se.
[39] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Discricionariedade e Regulação Setorial – O Caso do Controle dos Atos de Concentração por Regulador Setorial. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 571.

qual seus agentes poderão, conforme a amplitude definida pelo legislador, escolher, total ou parcialmente, o motivo e o objeto de seus atos, ou ambos[40]".

Existe na doutrina, inclusive, longa discussão acerca de que atos administrativos deveriam ser motivados, ou seja, indagando-se se seria necessária a motivação dos atos vinculados, se seria necessária a motivação dos discricionários, ou se seria necessária a motivação de ambos. Pois bem, ainda que se haja, há pouco, ressaltado a importância da discricionariedade no exercício da regulação, mesmo diante da complexidade e da dinâmica dos setores regulados, as autoridades reguladoras devem, sim, ter ampla margem de liberdade para desempenhar a função regulatória. Contudo, ainda que inserta em ampla margem de liberdade, deverá haver o dever de motivação das decisões, o que permitirá que a atividade das agências reguladoras possa ser avaliada pelos particulares, regulados ou não, e controlada pelo Judiciário, quando contrária ao Direito.

Adota-se no presente estudo, portanto, a tese da imperiosidade da motivação de todas as espécies de atos administrativos, posto que todos eles, em alguma medida, influenciam a vida dos particulares, ressalvando-se tão somente os despachos de encaminhamento ou mero expediente. Verificam-se, nesse sentido, inclusive, posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça, à semelhança da jurisprudência em comento:

> *ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DE AUTORIZAÇÃO PARA FUNCIONAMENTO DE CURSO SUPERIOR. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO. NULIDADE. 1. A* ***margem de liberdade de escolha da conveniência e oportunidade****, conferida à Administração Pública, na prática de atos discricionários,* ***não a dispensa do dever de motivação****.* ***O ato administrativo que nega, limita ou afeta direitos ou interesses do administrado deve indicar, de forma explícita, clara e congruente, os motivos de fato e de direito em que está fundado*** *(art. 50, I, e § 1º da Lei 9.784/99). Não atende a tal requisito a simples invocação da cláusula do interesse público ou a indicação genérica da causa do ato[41] [...].*

Já é presente na doutrina moderna a inserção debates atuais em torno do dever de motivação das autoridades administrativas, por extensão do encargo atribuído em sede constitucional ao poder Judiciário, no âmbito das decisões judiciais, por conta do artigo 93, incisos IX e X, CRFB/88[42]. Entendemos que as agências reguladoras, num cenário de descentralização, restam sob a extensão do referido encargo. Suas condutas devem se pautar

---

[40] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 112.
[41] Mandado de Segurança 9944 / DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.25 de maio 2005, grifou-se.
[42] WILLEMAN, Flávio de Araújo; BARBALHO, Fernando Martins. *Direito Administrativo*. v.6, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 28.

em padrões que observem a juridicidade. Em especial, no que se refere à sua correlação com a discricionariedade, cria-se um debate dialético de repercussão importantíssima para o Direito Administrativo.

Logo, o debate proposto é mera decorrência da reflexão sobre os limites normativos e o próprio papel do Estado atual. Pensar a teorização da delimitação da função *legiferante* das agências responsáveis pela regulação é uma demanda tão importante como a discussão sobre a efetividade e o alcance da eficácia de suas normas, por exemplo. Nesse sentido, demasiada importância deve ser dada ao exame de três requisitos, que devem ser cumulativamente observados, diante de sua importância ao tema: (i) *conformação ao* – aquilo que se pode denominar, genericamente – *ordenamento jurídico*; (ii) *indispensabilidade da motivação*; e (iii) *reserva da confiança legítima*.

(i) Conformação ao Ordenamento Jurídico. É natural que as leis que prevêem a atuação dos órgãos reguladores prescrevam cláusulas genéricas, de amplo alcance na disciplina da regulação do setor. Não cumpre, portanto, pensar-se que cabe a essas normas preceituar com precisão que critérios são adequados ao legislador, em sua atuação *in concreto*. As folgadas margens de discricionariedade conferidas pelo legislador têm justamente a finalidade de instruir os reguladores de toda a capacidade, a partir de seu juízo de conveniência e oportunidade, para o exercício da regulação, orientada pelas diretrizes dos *Standards*.

É exatamente esse o primeiro dos requisitos a serem observados pelas agências reguladoras. A observância dos parâmetros genéricos revela uma atuação em conformidade estrita com a *lei instituidora da agência*; e em conformidade ampla com o *ordenamento jurídico sobre a matéria* afim e, ainda, subordinando-se à *incidência dos princípios de Direito* que no referido ordenamento funcionam.

A conformidade dos atos normativos editados pelas agências ao ordenamento pátrio reflete a incidência do princípio da legalidade, submetendo-se a atuação do Poder Público ao império da juridicidade, além de apresentar estreita ligação com o princípio democrático, na medida em que condiciona a vontade da administração à prévia deliberação normativa, pelos representantes eleitos pelo povo. Sujeitar a atuação das agências à vigência do ordenamento jurídico é respeitar todo o arcabouço normativo de grau superior preexistente, isto é, ocasionando reflexo literal da vontade das pessoas, exercida por meio de representantes sob *batismo democrático*.

A propósito, há autores que entendem que as agências reguladoras, constituindo modalidade regulatória técnica careceria de reforço de legitimidade democrática[43], o que não reflete a concepção do presente estudo, como já abordado.

Inserir os atos normativos decorrentes do exercício regulatório das agências na ambiência da juridicidade vigente, adequando essas normas de grau inferior às diretrizes normativas prévias é uma medida de clara *participação* dos cidadãos. Não é somente por ouvidorias, audiências públicas ou outros instrumentos de participação direta assegurados aos particulares que

[43] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 73.

se materializa a legitimidade democrática. Mas, especial e originariamente na sistematização e localização dos atos normativos das agências reguladoras no escopo do ordenamento jurídico pátrio.

Dentro de uma concepção de Constituição – entendida como sistema de regras e princípios, correlato à idéia de juridicidade –, a atuação normativa das agências reguladoras ao direito vigente como um todo, excede o estrito cumprimento das leis deslegalizadoras. A vinculação desses atos normativos às vontades democráticas já pode ser percebida, *a priori*, quando esses se coadunam com os paradigmas normativos vigentes, o que faz com que funcionem inseridos em uma lógica jurídica específica, em atenção a limites legais já previamente estabelecidos.

Recente caso paradigmático[44] demonstrou a problemática em torno da amplitude normativa das agências reguladoras em exercício, uma vez que nem sempre estão claros os termos da atividade regulatória. É comum suscitar-se questionamentos, tendo em vista o dinamismo da vida fática.

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, determinada concessionária prestadora de serviços públicos, enfrentando questão controversa, requereu a atuação da autoridade reguladora a que se subordina – a Agência Estadual de Transportes, AGETRANSP, encarregada da regulação referente aos serviços públicos de transportes aquaviários, ferroviários, metroviários e de rodovias –, com vistas à solução da demanda. Foi apresentada à agência reguladora questão gerada no âmbito da concessionária do serviço de transporte aquaviário do segmento das barcas, em virtude do recebimento de reiteradas reclamações por parte de seus passageiros, desconfortados com a conduta de alguns usuários que se apresentavam em estado de flagrante embriaguez. No interior das estações e das embarcações, alcoolizados, usuários teriam provocado tumultos e confusões, prejudicando o bem-estar e a segurança dos passageiros embarcados.

Dentre outras questões *in concreto*, as mais interessantes ao exame do presente estudo são duas temáticas que envolviam clara dificuldade de precisão dos limites dos atos normativos submetidos à atuação dos reguladores. O que se reclamava da autoridade regulatória era qual o procedimento mais adequado ao caso, uma vez que destituída de prévia norma que disciplinasse sua conduta. Diante da ausência de lei estadual – que previsse expressamente sobre: (a) a proibição de comercialização de bebidas alcoólicas no interior das embarcações; e, ainda, sobre (b) a possibilidade de impedir-se o ingresso de usuários alcoolizados *ictu oculi* ou sob efeito de substância entorpecente – os limites discricionários da conduta a ser adotada pela concessionária eram postos em cheque no exemplo em tela.

Havendo o pleito sido submetido à advocacia pública, a resposta formulada pela parecerista em suas conclusões deu-se nos seguintes termos:

> *1- A AGETRANSP tem poderes para vedar a venda de consumo de bebidas alcoólicas nos terminais e embarcações destinados ao transporte aquaviário, desde que o faça com o objetivo de regular a adequada*

[44] Publicidade conferida no Processo Administrativo do Estado do Rio de Janeiro: E-12/010.263/2010, de 29 de junho de 2010.

> *prestação do serviço, com vistas a garantir a segurança de sua operação, sendo, no mínimo, plausível entender que usuários embriagados representam risco a tal valor, diante dos precedentes indicados. 2 – o Comandante da embarcação pode vetar o ingresso de pessoa que represente risco à segurança da embarcação ou dos demais usuários da embarcação. Os demais funcionários da concessionária devem dar cumprimento à norma que proíbe o ingresso nos terminais e embarcações de pessoas que representem risco à prestação segura do serviço, devendo solicitar apoio policial, se necessário a tal fim*[45].

Perceba-se a consonância do entendimento assentado com o requisito da conformação com o ordenamento jurídico, uma vez que há atuação em conformidade estrita com a lei instituidora da agência em comento[46]; e procedimento que não se evade dos demais diplomas sobre a matéria, tampouco da incidência dos princípios vigentes.

Só poderá, portanto, haver margem de discricionariedade ao administrador quando o legislador da norma instituidora da agência reguladora, no dizer de Floriano de Azevedo Marques Neto, não houver determinado "de forma cabal e precisa, a conduta a se adotar em face da situação de fato" [47]. É à verificação da norma legal preexistente que a existência do juízo discricionário se subordinará. Em primeiro lugar, em observância imediata da lei instituidora, e, por conseguinte, atentando-se às normas afetas à matéria – ambas as hipóteses em consonância plena com os princípios de Direito.

(ii) Indispensabilidade da Motivação. Todo ato normativo editado pelas autoridades reguladoras interferem na liberdade dos particulares, repercutindo nas suas condutas. Tal interferência sempre gerará algum prejuízo, o menor que seja. À luz do princípio democrático, a teor do artigo 1º parágrafo único da CRFB/88, e considerando-se a "consciência da sociedade[48]", que se manifestará na autonomia e no direito de participação coletivos, deverão as agências reguladoras explicitar as razões pelas quais deliberou e normatizou em determinado sentido, garantindo-se não só a observância dos ritos legais, como também a participação pública na gestão regulatória.

---

[45] PARECER Nº 03/2011-PPCM-PSP, p. 12, da lavra da Procuradora do Estado do Rio de Janeiro Patrícia Perrone Campos Mello. Publicidade conferida pelo Processo Administrativo do Estado do Rio de Janeiro: E-12/010.263/2010, de 29 de junho de 2010.

[46] Observe-se que a Lei nº 4.555, de 06 de junho de 2005, norma instituidora da AGETRANSP, dispõe em seu artigo 4º, inciso XV, na seguinte redação: **"**Compete à AGETRANSP, no âmbito de suas atribuições e responsabilidades, observadas as disposições legais e pactuais pertinentes: estabelecer padrões de serviço adequado, garantindo ao usuário regularidade, continuidade, eficiência, **segurança**, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas;"

[47] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Discricionariedade e Regulação Setorial – O Caso do Controle dos Atos de Concentração por Regulador Setorial. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 574.

[48] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 13.

Em virtude da exposição do ato normativo às criticas sociais e eventuais questionamentos da norma pelos regulados é, então, majorada a participação da sociedade, viabilizando-se o debate acerca da atividade estatal, bem como sobre a mentalidade *legiferante* da autoridade reguladora. Será mais facilmente vislumbrado o bem jurídico que se visa resguardar.

Inclusive, no que se refere à *validade*[49], toda a produção de efeitos jurídicos promovida pelos atos normativos editados pela autoridade regulatória deve estar ajustada, vinculada, aos motivos que expôs em suas justificativas. Noutras palavras, deve-se conferir a devida relevância jurídica às razões que fundamentaram a decisão política afeta à atividade regulada. Imaginar o cabimento da flexibilização do requisito da indispensabilidade da motivação é oficializar o potencial lesivo de decisões obscurecidas, que facilitem desígnios e mancomunações por parte das autoridades reguladoras e de terceiros.

Tal requisito implica o estabelecimento de regra de atenção, com claros freios à atividade normativa das entidades reguladoras. Vale lembrar que o controle dos atos normativos num Estado Democrático de Direito deve ser exercido em função dos particulares, pelas pessoas, reguladas ou não. Diminui-se, por intermédio da motivação, a possibilidade de uma atuação arbitrária da administração pública.

Essa transparência importaria, objetivamente, na clara exposição das razões de fato e de direito que ensejaram a edição de determinado ato normativo. Diante disso, a própria validade dos atos dependeria da límpida correspondência entre a motivação, declarada pelas autoridades reguladoras em suas justificativas, e a existência no mundo fático de uma realidade coerente, conexa com a referida motivação. Registre-se, por oportuno, a aplicabilidade da *teoria dos motivos determinantes*, encampada por diversos ministros do Superior Tribunal de Justiça, em que se verifica a correlação da exteriorização dos motivos alegados pelo administrador com a concretude fático-jurídica dos atos no mundo. No sentido da mencionada jurisprudência, examine-se:

> *ADMINISTRATIVO. MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL. PROMOTORA. AFASTAMENTO PARA REALIZAÇÃO DE CURSO NO EXTERIOR. PRAZO. PRORROGAÇÃO. LEI COMPLEMENTAR 75/93. ATO ADMINISTRATIVO. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. [...] O Direito, na lição dos doutores, é uma ciência, e como tal deve se conformar com seu caráter plural. Nessa perspectiva, deve produzir respostas plurais, interpretações plurais, de modo a alcançar os seus elevados fins, atuando sempre de maneira teleológica, na busca do bem comum. [...]* ***Ao motivar o***

[49] WILLEMAN, Flávio de Araújo; BARBALHO, Fernando Martins. Direito Administrativo. v. 6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 60. Sintetizam os autores que consistiria a validade na "análise da compatibilidade dos elementos (dentre os quais, o motivo – exteriorizado pela motivação) com a norma que lhe confere o fundamento. Estando todos os elementos do ato administrativo de acordo com a norma que lhes atribui fundamento, o ato será legal; do contrário, caso algum ou alguns de seus elementos se apresentem em dissonância, o ato será ilegal".

> ***ato administrativo**, **a Administração ficou vinculada aos motivos ali expostos, para todos os efeitos jurídicos**. Tem aí aplicação a denominada **teoria dos motivos determinantes**, que **preconiza a vinculação da Administração aos motivos ou pressupostos que serviram de fundamento ao ato**. A motivação é que legítima e confere validade ao ato administrativo discricionário*[50].

Sob tal ótica, acrescente-se que pelo fato de instituir-se um paradigma de tecnicidade às agências reguladoras, não quer isso significar que o controle exercido pelas entidades regulatórias esteja intocável, inalcançável do assédio dos grupos de pressão. A previsibilidade da agenda burocrática dos administradores regulatórios, pautada em procedimentos normativos apolíticos não dispensa de per si a necessidade de motivação. Esse é um método de absoluta importância à transparência, à publicidade, além de constituir-se preventivo contra flagrantes desvios de conduta em sede regulatória.

(iii) Reserva da Confiança Legítima. Viés subjetivo do princípio da segurança das relações jurídicas[51], a teor da regra da legalidade consubstanciada no artigo 5º, *caput*, CRFB/88, o princípio da confiança legítima impede que o Estado adote posições contraditórias nas suas relações com os particulares, procedendo com "ações que retirem o crédito em condutas previamente consolidadas e surpreendendo a sociedade com mudanças bruscas de posição[52]".

Pode-se dizer, ainda, que a confiança legítima denota o estado mental de calmaria, de estabilidade nos particulares diante da suposta previsibilidade do comportamento estatal, por meio de suas entidades públicas. Mediante a observação sistemática do padrão de condutas da administração pública, estabelece-se a ela manifesta *vedação a mudanças radicais* em relação aos parâmetros de interpretação ou aplicação de suas normas, que tradicionalmente adote. Em suma, ao Estado cabe, mais do que a qualquer terceiro, zelar pela segurança das relações jurídicas, inserta nesta regra a normatividade das agências reguladoras.

Como se sabe, os atos normativos editados pelas autoridades administrativas no exercício da regulação tendem a acumularem-se. Acrescente-se, ainda, que o próprio exercício normativo das agências reguladoras é fator que concorre para a redução da margem de discricionariedade originária dessas entidades[53]. Sim, pois, na medida em que

---

[50] Recurso em Mandado de Segurança 10165 / DF, Rel. Min. Vicente Leal, j. 29 de junho 1999, grifou-se.
[51] No sentido da concepção, ver. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
[52] WILLEMAN, Flávio de Araújo; BARBALHO, Fernando Martins. *Direito Administrativo*. v.6, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 23.
[53] Tese sustentada com propriedade por Floriano de Azevedo Marques Neto, que em artigo específico, defende a estrita vinculação do regulador aos seus regulamentos. Em linhas gerais, pode-se dizer ser do seu entendimento que, ao disciplinar normativamente de modo abstrato e geral os critérios, procedimentos e conceitos que serão empregados na regulação concreta, o regulador acaba, por fim, se vinculando ao conteúdo da norma. Ver MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Discricionariedade e Regulação Setorial – O Caso do Controle dos Atos de Concentração por Regulador Setorial. In: ARAGÃO,

onde antes a lei conferia ampla margem discricionária para que a agência atuasse, passa a haver vinculação ao conteúdo do próprio ato normativo eventualmente editado pela agência. Noutras palavras, a discricionariedade será sempre decrescente, pois na medida em que se somarem os atos normativos, esse mesmo somatório de normas inferiores vinculará a conduta dos reguladores a tal padrão que denotará cada vez maior estado de tranqüilidade social, garantindo-se aos particulares toda a previsibilidade desejável ao comportamento estatal.

Assim como não pode o agente regulador exercer discricionariedade, negando-se a atuar no cumprimento estrito do que foi fixado pela lei deslegalizadora, tampouco lhe será permitida a atuação de maneira diversa do sentido em que tiver normatizado até ali, em sede de atos normativos. Isto é, cabe às agências reguladoras a referida observação sistemática do padrão de condutas por ela adotada, bem com a vedação às mudanças bruscas na hermenêutica e aplicação de suas normas. É de sua incumbência preservar a previsibilidade de sua atuação e dos comandos dela emanados, vinculando-se material e procedimentalmente às suas próprias normas.

É de se ressaltar, porém, que o simples caráter repentino das mudanças não constitui de per si razão suficiente para configurar desrespeito à tutela da confiança legítima. Mas, deverá essa tal alteração normativa importar em significativa mudança na linha de conduta da administração pública, causando *prejuízo* ao particular[54], não somente financeiro, mas de qualquer monta.

Ainda que haja ocasiões em que o interesse público possa vir a reclamar a adoção de medidas que conflitem com a previsibilidade, o aspecto fulcral do debate em torno da proteção à reserva da confiança legítima será o referente à verificação de se houve ou não, na edição do ato normativo *in concreto*, prejuízo manifesto contra o particular.

6. Conclusão

Deixar intervencionismos exorbitantes, em busca do alastramento de *espaços públicos não estatais*[55], ou reinventar sua atuação esculpindo *intervenções brandas e interativas*[56] não é das tarefas mais simples para a administração pública brasileira, já tão habituada a desproporcionalidades e a condutas que lembram tratativa estendida a *súditos* e não a *cidadãos*. O resgate liberal do Estado – egresso de pouco mais de vinte anos, contados de sua última ditadura – constitui-se trabalho admirável. Talvez não pareça, mas discutir as relações entre entes públicos e particulares com a eficácia e o limite das normas tem estreita ligação com o estudo da política.

Alexandre Santos de (Coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 582.

[54] A esse propósito, ver BAPTISTA, Patrícia. A Tutela da Confiança Legítima como Limite ao Exercício do Poder Normativo da Administração Pública. A Proteção às Expectativas do Cidadão como Limite à Retroatividade Normativa, p. 15. *Revista Eletrônica de Direito do Estado* (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, julho/agosto/setembro 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em 16 de abril de 2011.

[55] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Direito e Estado*: O Direito Administrativo em Tempos de Globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 69.

[56] Ibidem, p. 69.

Felizmente, boa parte da doutrina nacional já deixou a antiquada concepção de que legitimidade democrática é elemento jurídico que só se percebe nos folclóricos eventos da cidadania eleitoral. Com a elevação dos níveis de veiculação da informação e da educação da sociedade, solidificou-se o entendimento de que, para além das tradicionais escolhas dos concidadãos que serão os governantes, há também de se franquear a concidadãos especialistas, dotados de *expertise*, a participação em processos complexos e dinâmicos, muito acima da limitação técnica dos tradicionais aparelhos estatais, em festejada descentralização que importe em desenvolvimento social.

Mas, ao mesmo tempo em que a adoção da regulação é uma peça inovadora na história da administração pública nacional, a instrumentalidade e a operacionalização teórica de um modelo importado obviamente carece de melhorias.

Cuidar-se da teorização da delimitação normativa direcionada à atuação das agências reguladoras tem por objetivo informar, com uma proposta coerente, o exercício da função normativa dessas entidades. Por intermédio do exame desses três requisitos cumulativos fundamentais, objetiva-se correlacionar a realidade fática atual e as teses jurídicas mais apropriadas. A *conformação ao ordenamento jurídico*; a *indispensabilidade da motivação* e a *reserva da confiança legítima* são esforços teóricos que retornam ao entendimento de que "o Direito é a expressão organizadora da sociedade e não do Estado", conforme assenta expoente doutrina[57].

7. Bibliografia

ARAGÃO, Alexandre Santos de (*Coord.)*. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BAPTISTA, Patrícia. A Tutela da Confiança Legítima como Limite ao Exercício do Poder Normativo da Administração Pública. A Proteção às Expectativas do Cidadão como Limite à Retroatividade Normativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado* (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, julho/agosto/setembro 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em 16 de abril de 2011.

BINENBOJM, Gustavo (*Org.). Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Legislacion Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1998.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências Reguladoras: A "Metamorfose" do Estado e da Democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado) *In*: BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

[57] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Direito e Estado*: O Direito Administrativo em Tempos de Globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 68.

JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na Regulação Independente? In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Discricionariedade e Regulação Setorial – O Caso do Controle dos Atos de Concentração por Regulador Setorial. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Direito e Estado*: O Direito Administrativo em Tempos de Globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLIVEIRA, Rafael. O Modelo Norte-Americano de Agências Reguladoras e sua recepção pelo Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: *Revista da EMERJ*, vol. 12, n. 47, 2009.

_____. *Princípios do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LINHARES NETO, Damásio Alves Linhares. Controle Social das Agências Reguladoras, 2010, p 22. *Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação do Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados*. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5324/controle_social_damasio_neto.pdf?sequence=1 >. Acesso em 11 de abril 2011.

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

_____. Função Regulatória. *Revista Eletrônica de Direito do Estado* (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, fevereiro/março/abril 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em 26 de novembro de 2010.

WILLEMAN, Flávio de Araújo; BARBALHO, Fernando Martins. Direito Administrativo. v. 6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

AMARAL, Silas Rodrigues do. Teoria de Delimitação da Função Normativa das Agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 30, maio/junho/julho, 2012. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-30-MAIO-2012-SILAS-AMARAL.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico