



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD
Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas

CAROLINA FEITOSA CRUZ CABRAL

**O CONTEÚDO JURÍDICO DO PODER REGULAMENTAR DAS AGÊNCIAS
REGULADORAS FEDERAIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

**BRASÍLIA
2020**

CAROLINA FEITOSA CRUZ CABRAL

**O CONTEÚDO JURÍDICO DO PODER REGULAMENTAR DAS AGÊNCIAS
REGULADORAS FEDERAIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, na área de concentração, Políticas Públicas, Estado e Desenvolvimento, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sandro Lúcio Dezan.

**BRASÍLIA
2020**

CAROLINA FEITOSA CRUZ CABRAL

**O CONTEÚDO JURÍDICO DO PODER REGULAMENTAR DAS AGÊNCIAS
REGULADORAS FEDERAIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, na área de concentração Políticas Públicas, Estado e Desenvolvimento, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

BRASÍLIA, 02 DE SETEMBRO DE 2020

BANCA EXAMINADORA

Prof. Sandro Lúcio Dezan, Dr.
Orientador

Prof. Eliomar da Silva Pereira, Dr.

Prof. Paulo Afonso Cavichioli Carmona, Dr.

Normalização e ficha catalográfica elaborada pela Bibliotecária Iris Soares Lourenço

CRB1/ 1818 e-mail: irisoares@hotmail.com

C117c

Cabral, Carolina Feitosa Cruz.

O conteúdo jurídico do poder regulamentar das agências reguladoras federais à luz da Constituição Federal de 1988/
Carolina Feitosa Cruz Cabral. – Brasília: Uniceub, 2020.

134f.

Orientação: Prof. Dr. Sandro Lúcio Dezan.

Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) – Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB, Programa de Mestrado em
Direito e Políticas Públicas, 2020.

Inclui bibliografia.

1. Agências Reguladoras. 2. Poder Regulamentar. 3. Ato
Normativo Regulatório. 4. Força normativa da Constituição
Federal. 5. Princípio da Juridicidade. 6. Direito administrativo. I.
Título.

342.9.591

DEDICATÓRIA

Dedico a presente dissertação à minha mãe, Patrícia, minha fonte de inspiração e minha maior apoiadora em todos os meus projetos acadêmicos e pessoais.

À minha irmã, Maria Eduarda, minha melhor amiga.

À minha avó, Lourdinha, meu exemplo de vida.

A meu pai, Casé, meu admirador.

Ao meu marido, Henrique, meu porto seguro e minha melhor companhia.

Ao meu futuro filho, concebido durante a produção desta dissertação, que, em breve, chegará, para me mostrar o amor mais sublime da vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por seu amor incondicional, por ser o meu sustentáculo, a minha força e o meu guia.

Ao meu orientador, pelo exemplo, pelos valiosos direcionamentos e por toda presteza e todo auxílio ao longo da minha preparação.

Aos meus pais, pela confiança de sempre em mim depositada, por todo o amor, toda vibração e todo incentivo ao longo da minha vida.

À minha família, pela torcida desmedida.

Ao meu marido, pela compreensão, por incentivar diariamente todos os meus sonhos, valorizar sempre as minhas qualidades e, com toda a certeza, por ser o melhor companheiro de vida.

Aos meus colegas de mestrado que, além de serem exemplos para mim, mostraram-me que seria possível a concretização deste projeto.

À Procuradoria Geral Federal, por contribuir com o aperfeiçoamento acadêmico e profissional de seus membros e pelo apoio prestado à realização desta dissertação.

Meu muito obrigada!

RESUMO

A presente dissertação analisará a figura das agências reguladoras federais enumeradas no artigo 2º., da Lei nº 13.848/19, dentro do modelo de Estado regulador brasileiro, com ênfase no poder regulamentar que detêm, para a consecução de suas finalidades públicas, entre as quais, a de regulação da prestação de serviços públicos e de atividades econômicas em sentido estrito, cuja referência advém do modelo norte-americano de agência reguladora. Objetiva-se, com esta pesquisa, investigar o feixe normativo do poder regulamentar destas agências reguladoras e a natureza jurídica dos atos normativos que lhe são resultantes, frente ao direito constitucional vigente, apontando que, em regra, estes atos decorrentes, deste poder regulamentar, são produzidos com espeque na lei fruto do processo legislativo. Não obstante, demonstrar-se-á que, em determinadas circunstâncias, estas agências estão aptas, ou melhor, têm o poder-dever de produzir ato normativo de conteúdo primário, com fulcro diretamente da Constituição Federal. Para tanto, destacaremos os seguintes fundamentos jurídicos capazes de legitimar esta produção: a força normativa da Constituição Federal de 1988, o princípio da juridicidade e a teoria dos poderes implícitos, aliados à jurisprudência e à legislação federal que as alicerça. Do cotejo dos fundamentos jurídicos acima apontados, concluiremos pela validade da edição normativa de conteúdo primário, pelas agências reguladoras federais, nas hipóteses de omissão legal inconstitucional, de lei declarada inconstitucional e de normas constitucionais cujos efeitos jurídicos principais se aplicam direta e imediatamente, como medida necessária à realização e implementação dos valores protegidos constitucionalmente, relacionados ao exercício do interesse público e de suas funções regulatórias, no gerenciamento dos múltiplos e antinômicos interesses da sociedade.

Palavras-chave: Agências Reguladoras. Poder Regulamentar. Ato Normativo Regulatório. Força normativa da Constituição Federal. Princípio da Juridicidade.

ABSTRACT

This paper will analyze the figure of the federal regulatory agencies listed in article 2, of Law n. 13,848 / 19, within the Brazilian regulatory state model, with an emphasis on the regulatory power they hold, for the achievement of their public purposes, among which, the regulation of the provision of public services and economic activities in the strict sense, whose reference comes from the North American regulatory agency model. The objective of this research is to investigate the normative beam of the regulatory power of these regulatory agencies and the legal nature of the resulting normative acts, in view of the current constitutional law, pointing out that, as a rule, these acts arising from this regulatory power, they are produced with respect to the law as a result of the legislative process. Nevertheless, it will be demonstrated that, in certain circumstances, these agencies are able, or better, they have the power-duty to produce a normative act with primary content, with a focus directly on the Federal Constitution. Therefore, we will highlight the following legal bases capable of legitimizing this production: the normative force of the 1988 Federal Constitution, the principle of legality and the theory of implicit powers, combined with the jurisprudence and the federal legislation that underlies them. From the comparison of the legal bases mentioned above, we will conclude by the validity of the normative edition of primary content, by the federal regulatory agencies, in the hypotheses of unconstitutional legal omission, of a law declared unconstitutional and of constitutional rules whose main legal effects apply directly and immediately, as a measure necessary for the realization and implementation of the constitutionally protected values, related to the exercise of the public interest and its regulatory functions, in the management of the multiple and antinomic interests of society.

Key-words: Regulatory Agencies. Regulatory Power. Regulatory Normative Act. Normative force of the Federal Constitution. Principle of Legality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 - O PODER REGULAMENTAR COMO LEGITIMADOR DO PAPEL NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS	20
1.1 As agências reguladoras federais como figuras legítimas na ordem constitucional brasileira	20
<i>1.1.1 Da compatibilidade do poder regulamentar com o princípio da separação dos poderes</i>	<i>27</i>
<i>1.1.2 Da compatibilidade do poder regulamentar com o princípio da legalidade</i>	<i>34</i>
<i>1.1.3 Da compatibilidade do poder regulamentar com a democracia.....</i>	<i>40</i>
1.2 Do fenômeno da deslegalização	47
1.3 Da delegação legislativa	49
1.4 Da competência regulamentar como característica inerente da Administração Pública.....	51
1.5 Do poder regulamentar amparado no artigo 84, IV, da Constituição Federal.....	53
1.6 Da evolução jurisprudencial do poder regulamentar das agências reguladoras federais	54
CAPÍTULO 2 - A PRODUÇÃO DE ATO NORMATIVO PARA O PREENCHIMENTO DE ESPAÇOS NORMATIVOS EM ABERTO DA LEGISLAÇÃO SETORIAL, COMO MEDIDA PRECÍPUA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS, NO DESEMPENHO DE SUAS FINALIDADES INSTITUCIONAIS	59
2.1 O ato normativo como produto do poder regulamentar das agências reguladoras federais	59
<i>2.1.1 As agências reguladoras federais como responsáveis pela regulação da prestação de serviços públicos e do exercício de atividades econômicas em sentido estrito.....</i>	<i>61</i>
<i>2.1.2 As agências reguladoras federais como responsáveis à satisfação do interesse público.....</i>	<i>66</i>
2.2 Os limites do poder regulamentar das agências reguladoras federais.....	73
CAPÍTULO 3 - A LEGITIMIDADE DO ATO NORMATIVO REGULATÓRIO PRIMÁRIO, À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	87
3.1 A força normativa da Constituição Federal como fundamento jurídico direto para a edição de ato normativo regulatório primário.....	87
3.2 O princípio da juridicidade como legitimador da produção de ato normativo regulatório primário	93

3.3 A teoria dos poderes implícitos como validadora de ato normativo regulatório primário	102
3.4 O ato normativo primário como exceção decorrente do poder regulamentar das agências reguladoras federais.....	105
<i>3.4.1 O ato normativo regulatório primário decorrente de omissão legal inconstitucional.....</i>	<i>108</i>
<i>3.4.2 O ato normativo regulatório primário decorrente de normas constitucionais cujos efeitos jurídicos principais se aplicam direta e imediatamente.....</i>	<i>110</i>
<i>3.4.3 O ato normativo regulatório primário como consequência de lei declarada inconstitucional.....</i>	<i>115</i>
CONSIDERAÇÕES FINAIS	117
REFERÊNCIAS.....	121

INTRODUÇÃO

A partir do século XX, ao fim da segunda guerra mundial, a ideia do pensamento positivista, de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais credibilidade e aceitação no pensamento contemporâneo.

No cenário brasileiro, a Constituição Federal de 1988 sobreveio para inaugurar a passagem para um constitucionalismo social de eficácia e juridicidade¹.

A consolidação e o avanço da Constituição Federal de 1988 permearam os novos contornos do Estado de Direito. As suas normas alçaram o status pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que a contemplam.²“A Carta de 1988 tem a virtude suprema de simbolizar a travessia democrática brasileira”.³

O desejo de efetividade da Constituição de 1988 foi a base sobre a qual se desenvolveu a nova interpretação constitucional, lastreando-se em torno de um conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, deixando de lado um sentido único e objetivo para tudo.

Nessa linha, os Títulos I e III, da Constituição Federal brasileira de 1988, apontam os seus princípios fundamentais e os fundamentos da organização do Estado, traçando as diretrizes básicas do ordenamento constitucional.

Destaca-se a importância atribuída aos direitos fundamentais, os quais se tornam a fonte jurídica primordial de sistematicidade de todo o ordenamento jurídico no âmbito de cada Estado.⁴

¹ BONAVIDES, Paulo. Constitucionalismo luso-brasileiro: influxos recíprocos. In: MIRANDA, Jorge. **Perspectivas constitucionais**. Lisboa: Coimbra, 1996. p. 52.

² Nesse sentido: “há uma total releitura do papel da Constituição Federal, vista não mais em uma perspectiva estática, mas sim em seu caráter dinâmico e aberto.” FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Coleção temas fundamentais de direito, v.1).

³ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 40.

⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização** - in memoriam de Marcos Juruena Villela Souto. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 119.

Esta quebra de paradigmas da Constituição Federal de 1988 inseriu- a no modelo do neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo inspirado na filosofia pós- positivista, a qual se caracteriza pelo resgate de valores, abrindo caminho para uma nova hermenêutica constitucional e para a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana, passando a Carta Magna a ser vista como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos supra- positivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central, adquirindo força e relevância jurídicas, como fatores de conformação judicial do direito.

A eficácia positiva dos princípios consiste na ideia de que todos, inclusive a Administração, estão subordinados não somente à lei, em sentido estrito, mas também aos princípios, sobretudo os constitucionais.⁵⁶

Ultrapassa-se, portanto, a fase do Estado Legislativo de Direito para o Constitucional de Direito, caracterizando-se pela supremacia da Constituição Federal.⁷

Com a inauguração da era pós-moderna⁸, a globalização como um paradigma desta nova era, ávida por soluções novas, aptas a superar as novas

⁵ BARROSO, Luís Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003. p. 58.

⁶ ISHIKAWA, Lauro; FROTA JÚNIOR, Clóvis Smith. A evolução do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa e seus reflexos jurisprudenciais. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 2, n. 55, p. 516 – 542, 2019. p. 525.

⁷ “O neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características, podem ser mencionadas: a)positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b)onipresença dos princípios e das regras; c)inovações hermenêuticas; d)densificação da força normativa do Estado; e)desenvolvimento da justiça distributiva.” AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁸ “Os desdobramentos sociais deste fenômeno são complexos e vertiginosos: as populações passam, sucessivamente, a ter amplo acesso ao conhecimento, a tomar consciência de seus interesses, a reivindicar participação e, cada vez mais, a se organizar e a exigir eficiência no atendimento de suas necessidades. Fácil identificar, portanto, nesta sequência causal, a íntima conotação da globalização com a administração dos interesses públicos, pelos Estados ou além deles, e, por isso mesmo, com a democracia, tomada muito mais em seu sentido material, enquanto realização de valores convivenciais, que, apenas, em seu tradicional sentido formal, como mera técnica de sufrágio popular.” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização-** in memoriam de Marcos Juruena Villela Souto. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 119.

crises que surgiam⁹, juntamente com a constitucionalização do direito, provocaram, no direito administrativo, a necessidade de adequações.

Assim, com a consagração da Constituição Federal de 1988, vários ramos do direito infraconstitucional tiveram matérias normatizadas diretamente pela Carta Magna em maior amplitude, tendo sido alçadas à esfera constitucional, indicando uma mudança no cenário destes direitos, entre eles, do Direito Administrativo, objeto do nosso estudo, que teve várias matérias elevadas a uma categoria do Direito Administrativo Constitucional, galgando, com solidez, ao que hoje chamamos de constitucionalização do direito administrativo.

Ao passo em que os princípios e as regras específicas de dada disciplina ascendem à Constituição, sua interação com as demais normas daquele subsistema muda de hierarquia e passa a ter um viés subordinante. É justamente o que chamamos de constitucionalização das fontes do direito naquela matéria. Esse aspecto, nem sempre desejável, interfere nos limites de atuação do legislador ordinário e na leitura constitucional.¹⁰

O ponto marcante da constitucionalização do direito administrativo foi a incidência, no seu domínio, dos princípios constitucionais — não apenas os específicos, mas, principalmente, os de caráter geral, que refletem por todo o sistema jurídico, a exemplo do princípio geral da dignidade humana, vindicando a preservação dos direitos fundamentais - valores supremos-, que alterou a qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais, entre eles, a redefinição de supremacia do interesse público sobre o privado e a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária.¹¹

Vê-se que este último ponto - vinculação do administrador público à Constituição e não apenas à lei ordinária - demonstra o novo traço do direito administrativo e o seu respeito ao princípio da juridicidade, vinculando o

⁹ ARNAUD, André- Jean. **O direito entre modernidade e globalização**: lições filosóficas do direito e do Estado. Tradução de Patrice Charles Guillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 3.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 41.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 49-50.

administrador público não apenas à lei, mas aos valores inseridos na Constituição Federal de 1988, os quais são normas jurídicas efetivas.

Passa a vigor, assim, na ordem jurídica pós-moderna, a pluralidade normativa, apta a solucionar inevitáveis lacunas e contradições.¹²

Depreende-se que as principais conquistas auferidas pelo neoconstitucionalismo foram: supremacia constitucional, efetividade constitucional, abertura constitucional e a democracia constitucional.¹³

Sob este cenário constitucional de 1988, na década de 1990, o Estado brasileiro, buscando mecanismos mais eficazes de intervenção, acelerou o processo de desestatização da economia, em direção à sua transformação de Estado de bem-estar social para um Estado regulador das atividades econômicas¹⁴, conforme papel definido no art. 174, da Constituição Federal.¹⁵

Reforma essa que, no Brasil, aconteceu em um momento de retorno à normalidade democrática e de tentativa de abandono do modelo autoritário e que se relacionou a um movimento internacional de meios mais eficazes de intervenção estatal e de revisão do modelo de Estado Social, que estava em crise fiscal.

A reforma brasileira de 1995 se deu em três frentes: abertura ao capital estrangeiro, flexibilização dos monopólios estatais e programa de desestatização e privatização.

O Plano Diretor de Reforma do Estado – PDRE, de 1995, veio com o propósito de retirar a regulação da economia das mãos da Administração central,

¹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, direito e Estado**: o direito administrativo em tempos de globalização- in memoriam de Marcos Juruena Villela Souto. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 126.

¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, direito e Estado**: o direito administrativo em tempos de globalização- in memoriam de Marcos Juruena Villela Souto. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 128.

¹⁴ Sobre este assunto, aborda Sérgio Guerra: “O pluralismo, a globalização, a unificação de mercados internacionais, a evolução e contínua mutação do tecnicismo e, sobretudo, a imperativa valorização dos direitos e garantias fundamentais exigem a retirada do Estado da atuação direta sobre os meios econômicos, passando de protagonista a diretor desse novo cenário.” GUERRA, Sérgio. **Controle judicial dos atos regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 60-61.

¹⁵ Art. 174, da CF. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 26 jul. 2020.

para não ficar atrelada à lógica político-eleitoral que circundava a esfera do Presidente da República, mormente por se tratar de setores estratégicos da economia, a fim de propiciar uma atuação imparcial, técnica e profissional.¹⁶¹⁷

Nesta perspectiva, o processo de desestatização demandava também, no mesmo passo, organização e regulamentação, pois construía-se um novo cenário político, social e econômico.

A sua retirada, como protagonista empresarial, e a sua transformação em Estado Regulador, provocou a ampliação do seu papel regulador. Com isso, ao cenário normativo já existente, acrescia-se a necessidade de uma regulação das vastas atividades econômicas que passavam a ser desempenhadas pela iniciativa privada, entre as quais, as de elevada importância para o país, exigindo um controle minucioso e criterioso pelo Estado.

A função reguladora, embora já existisse há muito antes, demandava agora detalhamento técnico, especialização setorial e constante atualização, impossível de se atingir, quando concentrada na máquina burocrática que é a Administração Central.

A regulação pressupõe quatro meios de ação: a elaboração de normas, a fiscalização, o julgamento e alocação de direitos e a composição de litígios.¹⁸

¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes, separação de poderes e processo democrático. **R. Dir. Proc. Geral**, Rio de Janeiro, v. 60, 2006. p. 59.

¹⁷ O Programa Nacional de Desestatização instituído pela Lei n°. 8.031/90, revogada pela Lei n°. 9.491/97, veio para reorganizar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades exploradas incorretamente pelo setor público e para contribuir para uma reestruturação econômica do setor público, retomando a confiança dos investidores, a entrada do capital internacional e pois do livre mercado. Vejamos, em seu art. 1°, I, os objetivos fundamentais do Programa Nacional de Desestatização – PND:

I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;

II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida;

III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;

IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito;

V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;

VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.

¹⁸ CHEVALIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 73.

O fenômeno da regulação¹⁹, em outros termos, é o processo através do qual o Estado controla a atividade econômica e social, objetivando corrigir falhas do mercado, ou a prestação de serviços públicos, com o propósito de deixá-los cada vez mais eficientes.²⁰ O Estado regulador de mercado preza pelo aperfeiçoamento, pelo conhecimento técnico, priorizando-o, em detrimento de uma escolha meramente política, especializando-se, assim, nos diversos setores e segmentos, para a correta implementação de políticas públicas setoriais.²¹

Reduziu-se o tamanho do Estado. Algumas atividades foram privatizadas; outras, entregues à iniciativa privada, através das concessões, permissões ou autorizações.²²

Em meio a este ambiente de modernização, surgiu a necessidade de se criar instrumentos que materializassem esta transformação do Estado e que disciplinasse e controlasse a prestação de serviço público e as atividades econômicas em sentido estrito, dando-lhes efetividade e promovendo a separação da função do Estado-empresário da do regulador, proporcionando um novo

¹⁹ Para Alexandre de Aragão, regulação é “o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 37. Para Leila Cuéllar, a regulação “pode ser concebida, em sentido amplo, como toda forma de intervenção do Estado na economia”. CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 53. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “a regulação se apresenta como uma terceira opção, de compromisso, entre a imposição de uma normatividade exclusivamente legal e a abertura de espaços discricionários para uma atuação regulamentar do administrador, aplicável a setores econômicos e sociais que apresentem alta complexidade e grande mutabilidade, para os quais, aquelas se mostram inconvenientes. Com efeito, o emprego exclusivo da norma legal, embora possa oferecer a garantia inerente à reserva legal, acaba entorpecendo e prejudicando as atividades econômicas e sociais dos setores assim normatizados, em razão da impossibilidade de as casas legislativas acompanharem o intenso dinamismo desses setores.” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização- in memoriam de Marcos Juruena Villela Souto**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 148. Para Maria Sylvia, a regulação pode ser entendida como o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, visando à proteção do interesse público. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 22.

²⁰ MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito econômico**. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 52-55.

²¹ SADDY, A. **Discricionariedade administrativa nas normas jurídicas em abstrato: limites e técnicas de contenção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

²² ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. **Controle da atividade normativa das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Synergia, 2013.

contexto de relação do Estado com a economia²³, dotados de conhecimentos técnicos e funções normativas.²⁴

Nesse contexto, a figura jurídica das agências reguladoras foi vislumbrada na legislação brasileira, pela Emenda Constitucional n.º. 8 de 1995.²⁵ ²⁶ A partir desta emenda, previu-se a criação de um órgão regulador para o setor de telecomunicações e, logo depois, veio a Emenda Constitucional n.º. 9²⁷, abordando mais uma agência reguladora, para regular os monopólios da União, nascendo, assim, o primeiro marco regulatório constitucional brasileiro, nesta nova concepção.

Diante desse cenário, o Poder Executivo, na pessoa do Presidente da República, munido da prerrogativa de iniciativa de projetos de leis que a Constituição Federal lhe confere, entre elas, a de alavancar processo legislativo para criação de órgãos administrativos, nos termos do art. 61, §1º, “b” e “e”, da Constituição²⁸, optou por atribuir a nova função, nas mãos de um nova pessoa jurídica, a fim de tornar a máquina administrativa operante e eficiente.

²³ CARMO, Flávia Figueiredo Franco; DIAS, Maria Tereza Fonseca; SIMÕES, Fabiana Coelho. O Poder normativo discricionário na atividade regulatória da Agência Nacional de Transportes Terrestres e a ausência de controle jurisdicional. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 12, n. 2, p. 212-233, jul./dez, 2017.

²⁴ Gustavo Binbenojm afirma que “o modelo regulatório brasileiro foi adotado no bojo de um amplo processo de privatizações e desestatizações, para o qual a chamada reforma do Estado se constituía em requisito essencial. É que a atração do setor privado, notadamente, o capital internacional, para o investimento nas atividades econômicas de interesse coletivo e serviços públicos objeto do programa de privatizações e desestatizações estava condicionada à garantia de estabilidade e previsibilidade das regras do jogo nas relações dos investidores com o Poder Público.” BINENBOJM, Gustavo. *Agências reguladoras independentes, separação de poderes e processo democrático*. **R. Dir. Proc. Geral**, Rio de Janeiro, v. 60, 2006. p. 66.

²⁵ LIMA, Gustavo Augusto F. de. **Agências reguladoras e o poder normativo**. 1. ed. São Paulo: Baraúna, 2013, p. 49.

²⁶ Art. 21, CF. Compete à União:
XI-explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 26 jul. 2020.

²⁷ Art. 177. Constituem monopólio da União:
§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;
²⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 26 jul. 2020.

Art. 61, § 1º, da CF. São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:
II - disponham sobre:
b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;
[...]

Com isso, as agências reguladoras federais foram surgindo, formalmente, na realidade brasileira, como entidades integrantes da administração indireta, submetidas a regime autárquico especial,²⁹ com poderes típicos de Estado, para o exercício da regulação econômica e social.³⁰

Estas figuras se tornaram a melhor opção para a atividade regulatória, pois as permite conciliar a atuação tipicamente de Estado, quando na função reguladora e de controle, que demandam uma atuação pública, porém com a flexibilidade negocial, em razão da sua ampla autonomia administrativa e financeira, conferida por lei, somada à redução das burocracias típicas da administração direta e do relativo isolamento do campo político-partidário.³¹ Reitere-se que a atividade regulatória já existia, mas era concentrada nas mãos da Administração Central.

Dentre as prerrogativas das agências reguladoras federais, encontra-se o seu poder regulamentar, cujos limites são bastante questionáveis e discutidos, sendo este o objetivo geral do presente trabalho: analisar o conteúdo jurídico do poder regulamentar conferido às agências reguladoras federais que estão enumeradas no artigo 2º., da Lei nº. 13.848/19³², pelo que a controvérsia que

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

²⁹ Art. 8º, da Lei nº 9.472/1997. Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.

Art. 7º, da Lei nº 9.478/97. Fica instituída a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, entidade integrante da Administração Federal Indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis, vinculada ao Ministério de Minas e Energia. (Redação dada pela Lei nº 11.097, de 2005). BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 26 jul. 2020.

³⁰ CARMO, Flávia Figueiredo Franco; DIAS, Maria Tereza Fonseca; SIMÕES, Fabiana Coelho. O poder normativo discricionário na atividade regulatória da Agência Nacional de Transportes Terrestres e a ausência de controle jurisdicional. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 12, n. 2, p. 212-233, jul./dez, 2017.

³¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 147.

³² BRASIL. **Lei nº 9.986, de julho de 2000**. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9986.htm. Acesso em: 26 jul. 2020. Art. 2º Consideram-se agências reguladoras, para os fins desta Lei e para os fins da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000:

- I - a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel);
- II - a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP);
- III - a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel);
- IV - a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa);
- V - a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS);

precede aos seus limites, relacionada a sua constitucionalidade ou não, resta superada nesta dissertação, sendo, inclusive, premissa lógica, para avançarmos na nossa problemática e adentrarmos nas suas possíveis respostas.

A problemática, como consequência da indefinição dos limites do conteúdo jurídico do poder regulamentar, caracteriza-se em investigar se é legítima a produção de ato normativo primário, pelas agências reguladoras federais, à luz da Constituição Federal.

Algumas hipóteses são desenvolvidas como resposta ao problema apresentado. A primeira hipótese legitimadora do ato normativo regulatório primário é o caso de omissão legal inconstitucional; a segunda, de normas constitucionais cujos efeitos jurídicos principais se aplicam direta e imediatamente e a terceira, de ato normativo regulatório primário, como consequência de lei declarada inconstitucional.

Os fundamentos jurídicos legitimadores destas hipóteses são a força normativa da Constituição Federal e a sua capacidade de, por si só, ser fonte jurídica, na medida em que este reconhecimento normativo e a sua dimensão objetiva condicionam a própria validade e existência do Estado à sua concretização, sendo, pois, fonte direta de validade para este ato normativo, o princípio da juridicidade administrativa que modificou os pilares do regime jurídico administrativo, reorientando o respeito da Administração Pública, para, além do princípio da legalidade, ao ordenamento jurídico como um todo, em especial, à Constituição Federal e a teoria dos poderes implícitos, como fundamento a albergar a produção normativa ampla das agências reguladoras, para o desempenho de suas funções constitucionalmente previstas.

O método que embasará esta pesquisa, na resposta de sua problemática, é o hipotético-dedutivo, limitando-se o estudo às hipóteses que autorizam a produção de ato normativo de conteúdo primário pelas agências reguladoras

VI - a Agência Nacional de Águas (ANA);
VII - a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq);
VIII - a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT);
IX - a Agência Nacional do Cinema (Ancine);
X - a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac);
XI - a Agência Nacional de Mineração (ANM).

federais, deduzindo, a partir destas, os limites do conteúdo jurídico, fruto do poder regulamentar destas agências.

No primeiro capítulo, versaremos sobre o surgimento das agências reguladoras federais e sobre os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito – separação dos poderes, princípio da legalidade e legitimidade democrática - que provocaram, há muito, inquietações contra o poder regulamentar destas agências, com o intuito de demonstrarmos que esta controvérsia resta superada.

Ultrapassado este ponto, no segundo capítulo, adentraremos, propriamente, no amplo poder regulamentar das agências reguladoras e na sua função normativa, como meio de perseguir e concretizar o interesse público a que é destinada. Abordaremos a natureza jurídica da norma produzida pelas agências reguladoras, na sua função normativa, bem como a extensão do seu conteúdo.

Após, no terceiro capítulo, analisaremos os fundamentos jurídicos capazes de respaldar a competência normativa primária, por estes agentes, conferindo-lhes legitimidade para a produção de veículos introdutores de normas e apontaremos os tipos de atos normativos de conteúdo primário capazes de ser produzidos, pelas agências reguladoras federais, com fulcro nestes fundamentos, sem ferir a ordem jurídico- constitucional.

Ao final, concluiremos, com a presente pesquisa, que, não obstante o princípio da legalidade atue como expressiva limitação constitucional ao poder regulamentar das agências reguladoras federais, esta sua função normativa legitima tanto a produção de ato normativo que inove secundariamente a ordem jurídica, com respaldo legal e constitucional, como de ato normativo que inove originariamente, com fulcro direto na Constituição, independentemente de intermediação legislativa, nos casos excepcionais de omissão legal inconstitucional e de normas constitucionais cujos efeitos jurídicos principais se aplicam direta e imediatamente.

Essa conclusão decorre de uma interpretação jurídica sistemática que prestigia a máxima efetividade das normas constitucionais, a teoria dos poderes implícitos, em sintonia com o princípio da juridicidade a que as agências devem respeito e alinhado com o microssistema constitucional que trata da disciplina jurídica das agências, nos setores regulados da economia, viabilizando, ao

máximo, sua efetividade social e o atingimento do seu dever institucional, que é propiciar uma ordem econômica fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, com o fim de assegurar a todos uma existência digna.

CAPÍTULO 1 - O PODER REGULAMENTAR COMO LEGITIMADOR DO PAPEL NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS

1.1 As agências reguladoras federais como figuras legítimas na ordem constitucional brasileira

A construção do modelo atual de Estado regulador brasileiro, através de agências reguladoras, inspirou-se no modelo norte-americano que surgiu pós New-Deal, ou seja, com um conjunto de medidas implementadas nos Estados Unidos, após a crise econômica de 1929, fruto do capitalismo liberal, mais precisamente entre 1933 e 1937, no governo do presidente Franklin Delano Roosevelt, de intervenção do Estado, nos setores econômico e social, com o objetivo de recuperar e reformar a economia norte-americana, além de auxiliar os prejudicados pela Grande Depressão, garantindo o pleno emprego dos trabalhadores e melhorando o seu bem-estar social.

Neste cenário de intervenção na economia, estruturaram-se as modernas agências reguladoras americanas, com acentuado grau de autonomia, em face do Chefe do Poder Executivo, com o intuito de formar administradores politicamente neutros, de elevada qualificação técnica, insurgindo a ideia de uma Administração policêntrica, mitigando as garantias liberais clássicas da propriedade privada e da autonomia da vontade.³³

A proliferação das agências reguladoras independentes ocorreu não apenas como resultado da crença na capacitação técnica e no melhor posicionamento da Administração Pública, para reagir, de modo eficiente e flexível, no sentido de estabilizar a economia e proteger os menos favorecidos contra as oscilações dos mercados desregulados, mas também pela necessidade de driblar os entraves, à regulação, opostos por um Judiciário predominantemente conservador. Outrossim, os reformadores criam que o sistema de tripartição de poderes e de freios e contrapesos geravam disputas políticas entre facções que

³³ BINENBOJM, Gustavo. Agência reguladoras independentes e democracia no Brasil. **Revista. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 147-165, abr./jun, 2005. p. 147-148.

impossibilitavam os servidores públicos de servir ao interesse público a médio e longo prazo.³⁴

Esse foi o cenário americano de inserção das agências. Entretanto, a despeito de servir de fonte de inspiração para o modelo regulador brasileiro, o contexto político e econômico de inserção das agências reguladoras norte-americanas ocorreu em um momento praticamente oposto ao brasileiro. Aquele coincidiu com os movimentos de superação do arcabouço jurídico – institucional do capitalismo liberal dito puro.³⁵ Este se deu com a passagem para um modelo de Estado- regulador, dentro de um processo de desestatização e privatização, em que se buscava um maior distanciamento do Estado da economia.

Embora em cenários e com propósitos quase que diametralmente opostos, podemos resgatar, do modelo das agências reguladoras norte-americanas, muito de suas características e adaptá-las às finalidades perseguidas, pelo ordenamento constitucional brasileiro, demonstrando que muitas de suas premissas são compatíveis e conferem lastro de legitimidade ao propósito aqui perseguido.

Germinadas no ambiente da Reforma do Aparelho do Estado, as agências brasileiras foram sendo criadas de modo pulverizado, a partir das diversas leis instituidoras, sem uma unicidade de regras e procedimentos a serem observados na atuação da atividade.³⁶

A despeito das particularidades de cada setor regulado, que justificam algum traço distintivo em determinado aspecto, a sua função precípua não destoa, dedique-se a agência a regular o setor de transporte terrestre ou de telecomunicações. O esqueleto jurídico que as sustenta é, em essência, uno. Diante disso, sobreveio a nova Lei nº 13.848, a fim de nortear a padronização de comportamentos, diante desta similitude da natureza jurídica e de atuação,

³⁴ BINENBOJM, Gustavo. Agência reguladoras independentes e democracia no Brasil. **Revista. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 147-165, abr./jun, 2005. p. 150.

³⁵ BINENBOJM, Gustavo. Agência reguladoras independentes e democracia no Brasil. **Revista. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 147-165, abr./jun, 2005. p. 148.

³⁶ FORTINI, Cristiana; FAJARDO, Gabriel. A nova Lei das Agências Reguladoras: impressões iniciais. **Revista Consultor Jurídico**, [S. l.], 27 jun. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-27/interesse-publico-lei-agencias-reguladoras-impressoes-iniciais>. Acesso em: 27 março. 2020.

aplicando-se a todas as agências reguladoras federais inseridas no seu artigo 2º e que são o objeto do nosso estudo.³⁷

As agências reguladoras federais brasileiras³⁸ possuem natureza jurídica de autarquia em regime especial e integram a Administração Pública Indireta, como pessoas jurídicas de direito público. A sua relevância jurídica se dá pela peculiaridade de suas funções, no modelo regulatório vigente, tendo sido concebidas com o propósito de desempenhar um papel antes concentrado na Administração Central. Por isso, foram imbuídas de certas particularidades especiais³⁹, que as diferencia das outras autarquias tradicionais previstas no Decreto nº. 200/67, entre as quais, maior autonomia e independência, em relação ao Poder Público e poder regulamentar⁴⁰, justificando a sua nomenclatura diferenciada.

³⁷ CALDAS, Filipe Reis. Os perigos do fenômeno da deslegalização no direito tributário. **Revista Consultor Jurídico**, [S.l.], 28 abr. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-28/filipe-reis-perigos-deslegalizacao-direito-tributario>. Acesso em: 15 abril. 2020.

³⁸ Lei nº 13.848/19. Art. 2º Consideram-se agências reguladoras, para os fins desta Lei e para os fins da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000:

- I - a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel);
- II - a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP);
- III - a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel);
- IV - a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa);
- V - a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS);
- VI - a Agência Nacional de Águas (ANA);
- VII - a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq);
- VIII - a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT);
- IX - a Agência Nacional do Cinema (Ancine);
- X - a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac);
- XI - a Agência Nacional de Mineração (ANM).

BRASIL. **Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm. Acesso em: 18 abr. 2020.

³⁹ Art. 3º, da Lei nº. 13.848/19. A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação. BRASIL. **Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm. Acesso em: 18 abr. 2020.

⁴⁰ “O poder normativo, em sentido geral, é a capacidade atribuída a determinado órgão ou pessoa da Administração no sentido de expedir normas com carga de incidência geral, abstrata e impessoal. A ordem jurídica confere essa capacidade a inúmeros órgãos e pessoas, e estes podem exercê-la por meio de diversas espécies de atos. Problema de outra ordem é o relativo à extensão da carga de incidência, ou seja, aos limites dentro dos quais podem ser expedidas a normas gerais, tendo em vista a existência de determinados parâmetros situados em norma de estatura superior. Trata-se, pois, apenas de verificar o princípio da adequação normativa diante do sistema de hierarquia das normas jurídicas - sistema esse que, afinal, serviu de base para a formação da pirâmide normativa de Kelsen.” CARVALHO FILHO, José Santos. A deslegalização

Essas diferenças, perante as outras autarquias, justificam-se, em razão do seu conhecimento técnico especializado sobre o setor regulado, para fins de excelência das políticas estatais concebidas e para garantir que não sofram influências externas e estranhas de suas funções, dando base à imparcialidade e neutralidade no exercício dos poderes regulatórios, razão pela qual são definidas como entidades politicamente neutras e imparciais, de setores de mercados específicos, estabilizando o convívio de interesses políticos, coletivos e privados.⁴¹

A sua criação possui respaldo constitucional na previsão geral contida no art. 174, cujo teor prevê expressamente que o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Vê-se que aquele dispositivo indica que o Estado, entendido genericamente, atue como regulador da atividade econômica, não especificando a pessoa responsável por esta função, deixando, a cargo da legislação infraconstitucional, a distribuição desta competência.

Mediante respaldo constitucional, há uma opção política pela atribuição desta competência à Administração Indireta, na figura das agências reguladoras. Vejamos, outrossim, que esta atribuição não sai da esfera do Poder Público, obediência ao comando prescrito no artigo 174, tendo em vista que a Administração Federal engloba a Administração Direta e a Indireta, conforme estabelece o artigo 4º, do Decreto- Lei nº 200/67, o qual dispõe sobre a organização da Administração Federal, bem como estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa.⁴²

no poder normativo das agências reguladoras. **Interesse Público**, [S.I.], Ano 7, n. 35, jan./fev. 2006. p. 51-53.

⁴¹ CALDAS, Filipe Reis. Os perigos do fenômeno da deslegalização no direito tributário. **Revista Consultor Jurídico**, [S.I.], 28 abr. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-28/filipe-reis-perigos-deslegalizacao-direito-tributario>. Acesso em: 15 abril. 2020.

⁴² Art. 4º. A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

a) Autarquias;
b) Empresas Públicas;
c) Sociedades de Economia Mista.
d) fundações públicas.(Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987)

Somada à previsão constitucional da função reguladora geral contida no art. 174, nossa Carta Magna foi além, já concebendo a criação, por lei, de dois órgãos com competência regulamentar, contendo seus aspectos institucionais, especificamente, para o setor de telecomunicação e exploração petrolífera.

O fato de a Constituição Federal não prever sobre a criação dos demais órgãos reguladores, não retira, em absoluto, as suas legitimidades, primeiro porque não vedou a possibilidade desta criação, segundo, porque a Constituição Federal não possui obrigatoriedade de elaborar rol extensivo sobre as matérias de que trata,⁴³ terceiro, porque as demais agências infraconstitucionais foram criadas para desempenhar funções de características similares às das constitucionalmente previstas, a exemplo dos serviços relacionados ao campo energético, à infraestrutura viária, portuária, ao espaço aéreo, entre outros.⁴⁴ Desse modo, à medida em que a execução dos serviços públicos e de outras atividades econômicas foram delegadas ao setor privado, gerou-se o estímulo legítimo para a criação das demais agências reguladoras.⁴⁵

Extraí-se, da narrativa acima, que as agências reguladoras federais, integrantes da Administração Pública Federal Indireta, retiram seu substrato de legitimidade e de seu poder regulamentar, a partir do permissivo constitucional extraído do artigo 174 e, especificamente, dos artigos 21, XI e 177, §2, III, e assumem o próprio sentido de Estado.

“No Brasil, a Administração Pública centralizada é aquela exercida diretamente pela União, Estados e Municípios que, para tal fim, utilizam-se de ministérios, departamentos ou outros órgãos. Por outro lado, a Administração Pública descentralizada ou indireta é exercida por outras pessoas jurídicas criadas pelos próprios entes federados, a saber: autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista.” GUERRA, Sérgio. **Controle judicial dos atos regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 66.

⁴³ Para Leila Cuéllar, “Em primeiro lugar, não se supõe que a Constituição Federal seja um diploma minucioso a respeito de cada um dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal. Ao contrário, exige-se que ela seja o mais genérica possível. Aliás, o fato de ter a Constituição Federal disposta sobre a criação de duas das agências reguladoras faz subentender que admite sejam instituídas outras além daquelas a que expressamente se refere.” CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 136.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade- MC nº 1949/RS**. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Intimado: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul; Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Ação direta de inconstitucionalidade. Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS) [...]. Relator. Min. Dias Toffoli. Brasília, 17 set. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7237463>. Acesso em: 15 ago. 2020.

⁴⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.180.

O modelo regulatório brasileiro, dentro do qual se insere as agências reguladoras, além de ter provocado um aumento na produção normativa, pela dinâmica da evolução econômica e tecnológica, requereu a construção de mecanismos que oferecessem respostas normativas rápidas, dentro do tempo mínimo, a problemas financeiros e sociais, pelo que a lei formal se tornava insuficiente aos novos padrões da sociedade plural e multifacetada que exigia normas específicas, com planejamento dos setores, proporcionando a intervenção do Estado, em garantia da realização do interesse público.⁴⁶

A atribuição do poder regulamentar, às agências reguladoras, justifica-se pela incapacidade isolada do Legislativo, por inúmeras razões. Primeiro pela rapidez com que os fenômenos sociais subjacentes à regulação mudam. Segundo, pela rigidez e a lentidão do processo legislativo,⁴⁷ incompatível com este ritmo de alteração exigido, no campo destes setores regulados. Terceiro, pela complexidade, pluralidade e tecnicismo destas matérias. Por último, por não serem dotados do conhecimento técnico e imparcial necessários à construção dos normativos, de forma satisfatória.

Nesse sentido, verifica-se que a atuação reguladora e normativa do administrador, fruto do nascimento do Estado Regulador, mostra-se como uma opção, somada à atuação legislativa, apta a ser aplicável aos setores econômicos e sociais que apresentem alta complexidade e grande mutabilidade e para os quais uma normatividade exclusivamente legal se mostra inconveniente. Com efeito, o emprego exclusivo da norma legal, não obstante possa oferecer a garantia inerente à reserva legal, entorpece e compromete as atividades econômicas e sociais dos setores assim normatizados, tendo em vista a impossibilidade de as casas legislativas acompanharem o intenso dinamismo desses setores.⁴⁸

Essa competência normativa concebida, às agências, é a chave de uma almejada atuação célere e flexível para a solução, tanto em abstrato, como em

⁴⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 233

⁴⁷ Conforme Marçal Justen Filho, o trâmite necessário para um projeto de lei se tornar lei não é inferior a dois anos; sendo este tempo incompatível com a natureza da regulação. JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 554.

⁴⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, direito e Estado**: o direito administrativo em tempos de globalização- in memoriam de Marcos Juruena Villela Souto. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 148.

concreto, de questões em que predomine a escolha técnica, distanciada dos conflitos partidários e dos seus complexos debates em que preponderam as escolhas político-administrativas.⁴⁹

As leis instituidoras das agências reguladoras, a despeito de não possuírem similitude total entre seus institutos, possuem, em geral, uma baixa densidade normativa, para possibilitar o desenvolvimento das normas setoriais, pela Administração Indireta, com a autonomia e agilidade necessárias, para regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente, propiciando, ainda, que a Administração atue, com alguma margem de negociação, junto aos agentes econômicos e sociais implicados.⁵⁰

Com este objetivo e pelo respaldo constitucional, estas leis concebem, a estas agências, poder regulamentar amplo, para expedirem normas voltadas a regular o setor de mercado de que são responsáveis, delineando o seu regime jurídico e dimensionando as suas competências.

Estas leis instituidoras não pautam a atuação concreta do administrador, mas apenas valores morais, políticos e econômicos, conferindo, à Administração Pública, um grande poder de integração normativa do conteúdo destas leis, a exemplo dos seguintes termos: saúde pública, competição no mercado, preços abusivos, continuidade dos serviços públicos, utilidade pública, entre outros.⁵¹

Desse modo, limitam-se a estabelecer finalidades e parâmetros genéricos, propiciando a autonomia necessária, para efetivar a disciplina regulatória,⁵² cujas matérias se caracterizam por sua particular complexidade técnica e pela suscetibilidade, fruto das mudanças econômicas e tecnológicas.⁵³

⁴⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 162.

⁵⁰ SANTOS DE ARAÇÃO, Alexandre. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 37 n. 148 out./dez. 2000. p. 286-287.

⁵¹ SANTOS DE ARAÇÃO, Alexandre. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 37 n. 148 out./dez. 2000. p. 286-287.

⁵² AGUIAR, Rodrigo Rodrigues de. **O poder normativo das agências reguladoras**. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Centro, Rio de Janeiro, 2011. p. 56.

⁵³ SANTOS DE ARAÇÃO, Alexandre. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 37, n. 148, out./dez. 2000. p. 286-287.

Vê-se, pois, que a baixa densidade normativa, destas leis instituidoras, propiciou, propositadamente, um amplo espectro de atuação do poder regulamentar destas agências, fato que suscitou grande controvérsia sobre sua constitucionalidade, por supostamente confrontar com os seguintes pilares constitucionais: princípio da legalidade, separação dos poderes e legitimidade democrática, aos quais a Administração Pública se sujeita. Apesar de considerarmos superada esta discussão, mister abordarmos, a seguir, os motivos pelos quais esta alegação não se sustenta.

1.1.1 Da compatibilidade do poder regulamentar com o princípio da separação dos poderes

Uma das razões descortinadas contra a constitucionalidade do poder regulamentar das agências reguladoras federais é a sua incompatibilidade com o princípio da separação dos poderes, o qual está encampado, no art. 2º, da CF, como um princípio fundamental,⁵⁴ estando, inclusive, protegido pelo art. 60, §4, III, contra eventual tentativa de revogação ou modificação, por emenda constitucional, sob a justificativa de sua função normativa e reguladora invadir seara de competência legislativa.

O princípio da separação dos poderes foi concebido, em sua origem, para evitar o abuso de poder, fruto do autoritarismo que vigia na época do Absolutismo. O Poder é expressão de uma capacitação para agir, objetivando determinado fim. Se o Estado é uma ordem jurídica, o poder estatal é capacitação para atingimento dos seus fins.⁵⁵

Não podemos pensar a doutrina clássica da separação de poderes com os fundamentos de uma sociedade que não mais existe; ao contrário, devemos construir um princípio que tenha aplicação em nossos dias.⁵⁶ Ou seja, precisamos

⁵⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 26 jul. 2020. Art. 2º, da CF. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁵⁵ GRAU. Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 176.

⁵⁶ FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Coleção temas fundamentais de direito, v.1).

analisar a época histórica em que se insere determinado instituto, para a sua correta compreensão e possível adequação ao presente.

O cerne do conteúdo material da Constituição se manifesta pela possibilidade atemporal de os seus valores fundamentais serem permanentemente reinterpretados e revisitados.⁵⁷

Um modelo estático de separação dos poderes não se mostra adequado frente ao nosso contexto histórico e, pois, à nossa evolução como Estado Democrático de Direito.

Outrossim, sequer existe uma única separação de poderes e sim muitas, as quais são variáveis, segundo o direito positivo de cada Estado e o momento histórico, diante do qual nos colocamos.⁵⁸

A ideia de separação dos poderes tem, como premissa básica, a necessidade de adequação constitucional dos mecanismos de repartição das funções do Estado, entre seus diferentes poderes, para um melhor desempenho e para evitar o seu abuso, tendo em vista que a sua concentração, inevitavelmente, provoca o abuso.⁵⁹

Outrossim, este princípio não leva à conclusão de que cada um dos respectivos poderes exercerá apenas uma das três funções tradicionalmente consideradas – legislativa, executiva e judicial -, bem como que todas as funções do Estado devam sempre se subsumir a uma dessas espécies classificatórias.⁶⁰

Se o princípio da separação implica uma distribuição equilibrada de funções estatais entre seus diferentes poderes, é correto afirmar que essa

⁵⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, direito e Estado:** o direito administrativo em tempos de globalização- in memoriam de Marcos Juruena Villela Souto. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 130.

⁵⁸ SANTOS DE ARAÇÃO, Alexandre. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 37, n. 148, out./dez. 2000. p. 280. Nesse sentido, FIGUEIREDO, Rodrigo Fraga Leandro de. **Função normativa das agências reguladoras:** natureza e hipóteses de exercício. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-09122014-132856/publico/dissertacao_RodrigoFragaLeandrodeFigueiredo.pdf. Acesso em: 15 ago. 2020. p. 22.

⁵⁹ CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo.** São Paulo: Dialética, 2001. p. 31.

⁶⁰ SANTOS DE ARAÇÃO, Alexandre. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 37, n. 148, out./dez. 2000. p. 281.

distribuição, inexoravelmente, é variável no espaço e no tempo. Nesse giro, a noção tradicional de separação dos poderes, como uma regra limitadora do exercício tirânico de competências estatais, atualmente, associa-se a outros fundamentos que justificam o novo olhar sobre a reordenação de poder dentro do Estado. A divisão funcional dos poderes, contemporaneamente, corresponde a um desejo de especialização, no exercício das atividades públicas, para um melhor desempenho das funções estatais.⁶¹

A separação dos poderes legitima a distribuição de funções estatais entre os órgãos mais capacitados, para desenvolver cada uma das atividades exigidas do Estado contemporâneo.⁶²

Quando o art. 2º., da Constituição Federal, encampou o princípio da separação dos poderes, como um dos fundamentos da República Federativa brasileira, objetivou, de fato, assegurar um sistema de freios e contrapesos, para evitar o abuso de um Poder face aos demais e a concentração de funções estatais, sem, entretanto, significar o impedimento de que funções precipuamente conferidas a dado poder fossem desempenhadas por outro, de forma atípica⁶³, como, por exemplo, que a função Legislativa fosse desempenhada pelo Judiciário e pelo Executivo, em determinadas situações. Há uma flexibilização, dentro da própria Constituição Federal de 1988, da especialização funcional dos poderes.⁶⁴

Tal flexibilização é inconteste, a exemplo do disposto, nos artigos constitucionais, 66, §1, 61, §1, 84, VI, 68 e 62, cujo teor nos permite verificar que o

⁶¹ FIGUEIREDO, Rodrigo Fraga Leandro de. **Função normativa das agências reguladoras: natureza e hipóteses de exercício.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-09122014-132856/publico/dissertacao_RodrigoFragaLeandrodeFigueiredo.pdf. Acesso em: 15 ago. 2020. p.22.

⁶² FIGUEIREDO, Rodrigo Fraga Leandro de. **Função normativa das agências reguladoras: natureza e hipóteses de exercício.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-09122014-132856/publico/dissertacao_RodrigoFragaLeandrodeFigueiredo.pdf. Acesso em: 15 ago. 2020. p.23.

⁶³ “Há, portanto, uma lógica no sistema constitucional. Por um lado, ele permite que cada uma das funções seja exercida por todos os Poderes. Todavia, há funções próprias e impróprias. A função própria é aquela tipicamente vinculada ao Poder, ainda que não exclusiva. Quando um Poder exerce uma função que é própria de outro Poder, ele está no exercício de uma função imprópria. Segundo a lógica do sistema constitucional em vigor, o exercício da função imprópria, como regra, é submetido ao controle do Poder que exerce a função própria.” LIMA, Gustavo Augusto F. de. **Agências reguladoras e o poder normativo.** São Paulo: Baraúna, 2013. p. 219.

⁶⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito de poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 11.

Poder Executivo, por exemplo, já participa ativa e fortemente da função legislativa, do processo de deflagração e de formação de leis.

Esta competência atípica do Poder Executivo, de atuação normativa, autônoma ou em colaboração, frente à competência legislativa que, precipuamente, é de responsabilidade do Legislativo,⁶⁵ dá-se, muitas vezes, reitere-se, em razão da rigidez e da complexidade do procedimento legislativo estabelecido pela Constituição, que o impossibilita de acompanhar a evolução e o surgimento de tantas relações e condutas humanas⁶⁶, tornando-se necessário a Administração ter, ao seu dispor, a fim de se desincumbir de suas funções, todos os instrumentos imprescindíveis ao seu escopo, a exemplo das leis delegadas, medidas provisórias com força de lei, entre outros.⁶⁷

Com a configuração do Estado- regulador das atividades econômicas, a escala de tarefas já conferidas ao Poder Executivo sofreu um aumento ainda maior, tornando-se inevitável a repartição de funções dentro da Administração Pública Federal. Nesse diapasão, com a inserção das Emendas Constitucionais ns.º 5, 6, 7, 8 e 9 de 1995, a regulação que outrora se concentrava na Administração Central, com a nova política de retirada do Estado da execução direta das atividades econômicas,⁶⁸ fora atribuída, pelo próprio Poder Executivo e Legislativo, à Administração Pública Federal Indireta.

A função normativa das agências reguladoras federais, de início, parece confundir-se com a função legislativa típica do Poder Legislativo, o que parece afrontar o princípio da separação dos poderes, pela usurpação de sua competência. Entretanto, as agências reguladoras realizam, com base no seu poder regulamentar, um trabalho conjunto com o Legislativo.

Este caráter complementar, à função legislativa, deve-se pelas exigências do Estado Moderno e regulador, o qual demanda produção normativa ampla, tornando a lei formal sozinha insuficiente aos novos padrões da sociedade plural e

⁶⁵ CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 111.

⁶⁶ AGUIAR, Rodrigo Rodrigues de. **O poder normativo das agências reguladoras**. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Centro, Rio de Janeiro, 2011. p. 56. p. 48.

⁶⁷ LEONEL, Ricardo de Barros. Limites do poder regulamentar. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 479.

⁶⁸ GUERRA, Sérgio. **Controle judicial dos atos regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 55.

multifacetada que exige normas específicas, com planejamento dos setores, proporcionando a intervenção do Estado, em garantia da realização do interesse público.⁶⁹

O fenômeno da crise da lei, reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência, no final do século XX, manifesta-se justamente pela incapacidade de o Poder Legislativo acompanhar, tempestivamente a mudança e a complexidade que atingem os mais diversos ramos do Direito, entre os quais o do Direito Público, permitindo com que as agências reguladoras independentes, munidas de aptidão técnica, desenvolvam o conteúdo de regras gerais e abstratas, editadas pelo Legislativo, atentas às particularidades, especificidades, do domínio regulado, fornecendo resposta ágil. Nesse caso, o Legislador contribui com sua representatividade plural, delimitando regras gerais, e as agências implementam e concretizam essas normas com seu conhecimento técnico e sua função normativa, no âmbito de sua competência.⁷⁰

O próprio Legislativo, diante desta complexidade, do dinamismo e tecnicização da sociedade, diferencia os aspectos políticos dos essencialmente técnicos da regulação social, possibilitando, às agências, a normatização de cunho marcadamente técnico. A necessidade desta descentralização normativa, como se vê, é a razão de ser das entidades reguladoras independentes, cuja atividade administrativa não pode ficar engessada, pois demanda celeridade e especificidade, implicando liberdade para atuar, inclusive em cenário de incerteza.⁷¹ Nessa perspectiva, não se caracteriza nenhuma afronta ao princípio da separação dos poderes.

Outrossim, retirar a função reguladora do Poder Central e entregá-la à pessoa diferente da Administração Direta, foi indiscutivelmente um meio de se

⁶⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 233.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4568/DF**. Constitucional. Valor do salário mínimo[...]. Requerente: Partido Popular Socialista e Outros(A/S). Intimado Presidente da República e Congresso Nacional. Relatora: Min. Cármen Lúcia, Brasília, 30 de março 2012. Disponível em: [bc6066b41e6ecb99c34bfe716e8d484f](https://www.stf.jus.br/portal/consulta.do?base=acoes&tipo=AD&numero=4568&id=bc6066b41e6ecb99c34bfe716e8d484f) . Acesso em: 10 ago. 2020. p. 2. Nesse sentido, BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 99-103; e BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 125-137.

⁷¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 380.

manter rígido e firme o sistema de freios e contrapesos, próprio do moderno Estado de Direito; do contrário, provocaria uma condensação de todas as funções normativas nas mãos da Administração Federal Direta, facilitando a desarmonia combatida pelo art. 2º., II, da Constituição Federal e provocando, inevitavelmente, o seu fortalecimento e o desequilíbrio na equação dos poderes.⁷²

Nesse diapasão, as competências complexas das quais as agências reguladoras federais foram dotadas, ao contrário de ferirem o princípio da separação dos poderes, fortalecem o Estado Democrático de Direito, na medida em que, ao retirar diretamente, do âmbito político, a regulação de atividades sociais e econômicas estratégicas, diminui a concentração de poderes na Administração Pública Central, alcançando, de modo proveitoso, o escopo maior, e não meramente formal, da separação de poderes: a segurança jurídica, a proteção da coletividade e dos indivíduos empreendedores de tais atividades ou por elas atingidos, e mantém possível a interferência do Legislador, seja para alterar o regime jurídico da agência reguladora, ou mesmo para extingui-la.⁷³

Infere-se que a autonomia das agências, não obstante seja relativa, pois sujeitas a controle pelos outros poderes⁷⁴, tornou- as centros editores de normas jurídicas, não integralmente submetidas às orientações do Chefe do Executivo, prestando-se, sobretudo, a evitar esta concentração desmesurada de poderes nas

⁷² MAURANO, Adriana. **A função normativa das agências reguladoras no Brasil e o princípio da legalidade**. São Paulo: Scortecci, 2006. p. 112-113.

⁷³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.375-376.

⁷⁴ “Verifica-se, portanto, que há, e deve haver, um controle político das agências, a ser exercido pelo Parlamento, o qual pode definir diretrizes e regras para limitar a atuação da agência, podendo, inclusive, em última instância, extinguir a delegação da função legislativa”. Além disso, como todo e qualquer órgão componente do Estado, na medida em que os atos das agências alegadamente causem lesão ao direito de terceiros, ela está submetida ao controle judicial, como todo e qualquer órgão público. Neste sentido, já poderíamos afirmar que a agência não é, em si, um órgão absolutamente independente, eis que seus atos já são controlados politicamente, pelo Parlamento, e judicialmente, pelos órgãos do Poder Judiciário. Tais medidas, por si só, já compatibilizam o instituto das agências reguladoras com o sistema de freios e contrapesos. E, ainda, em certo grau, à influência do próprio Chefe do Poder Executivo”. LIMA, Gustavo Augusto Freitas de. **Poder normativo das agências reguladoras e controle judicial**. Dissertação (Mestrado) - Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília, Centro universitário de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/5773/1/61000160.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2020. p. 209.

mãos de uma só pessoa,⁷⁵ contribuindo esta despolitização para um novo tipo de contenção do poder.⁷⁶

Conclui-se que, a despeito de ser a separação dos poderes um princípio fundamental dentro da Carta Magna de 1988, o seu teor oscila com o tempo e visa, primordialmente, a estabelecer determinados nichos de funções principais a cada poder, leia-se Legislativo, Executivo e Judiciário, e a permitir o controle externo entre os Poderes, servindo como uma garantia dos freios e contrapesos de um poder sobre o outro, em torno do equilíbrio fundamental.

A nova moldura institucional integra as escolhas políticas fixadas pelo Legislativo a um Executivo dividido entre agência reguladora e Administração Direta, cabendo, a esta, a política conjuntural e, àquela, a sua implementação, de modo adequado à lei. Nesta perspectiva, a agência reguladora se torna um importante instrumento de conexão entre o Poder Executivo e Legislativo, resguardando a liberdade política manifestada na lei.⁷⁷ Desse modo, a crise da lei conduz a um espaço normativo virtuoso de diálogo institucional entre o Poder Executivo e o Legislativo, visando a colher os frutos das virtudes destes dois poderes, no desenvolvimento das políticas públicas setoriais.⁷⁸

A moderna separação dos poderes sem embargo de manter, em relação à produção normativa do Estado, a centralização política-governamental no Poder Legislativo, que decidirá, politicamente, sobre a atribuição normativa e seus limites às Agências Reguladoras, fixando os preceitos básicos e as diretrizes, passou a exigir maior eficiência e eficácia, possibilitando uma maior descentralização

⁷⁵ FIGUEIREDO, Rodrigo Fraga Leandro de. **Função normativa das agências reguladoras: natureza e hipóteses de exercício.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-09122014-132856/publico/dissertacao_RodrigoFragaLeandrodeFigueiredo.pdf. Acesso em: 15 ago. 2020. p. 28.

⁷⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 153.

⁷⁷ LAENDER, Gabriel Boavista. As agências reguladoras e a jurisdição constitucional: uma análise a partir da decisão do STF na ADI 1.949-0. **Observatório da Jurisdição Constitucional.** Brasília, IDP, Ano 4, p.1-18, 2010/2011. ISSN 1982-4564

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4568/DF.** Constitucional. Valor do salário mínimo[...]. Requerente: Partido Popular Socialista e Outros(A/S). Intimado Presidente da República e Congresso Nacional. Relatora: Min. Cármen Lúcia, Brasília, 30 de março 2012. Disponível em: [bc6066b41e6ecb99c34bfe716e8d484f](https://www.stf.jus.br/portal/consulta.do?base=acoes&tipo=AD&numero=4568&ano=2012). Acesso em: 10 ago. 2020. p. 2 e 5.

administrativa, inclusive, no exercício de função normativa, por estes órgãos administrativos, para a consecução dos objetivos e metas traçadas em lei.⁷⁹

Conforme acima exposto, com evidência, razão não há, para se questionar a constitucionalidade do poder regulamentar das agências reguladoras, em face do princípio da separação dos poderes, cujo poder decorre do novo modelo constitucional de Estado Regulador que, propriamente, apenas outorgou funções que antes eram concentradas na Administração Central para uma pessoa jurídica especializada, visando à especialização e ao melhor desempenho de seu papel, através da função normativa. Portanto, apenas haveria uma verdadeira abdicação de suas competências e uma subversão do princípio da separação de poderes, caso houvesse uma transferência da função legislativa às agências reguladoras.⁸⁰

1.1.2 Da compatibilidade do poder regulamentar com o princípio da legalidade

O Capítulo VII, da Constituição Federal, dentro do qual está inserido o artigo 37⁸¹, preconiza as disposições gerais da Administração Pública Federal Direta e Indireta e os pilares a que deve respeito, entre os quais encontramos o princípio da legalidade.

O artigo 5º, II, da Constituição Federal de 1988 preconiza que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. Em uma concepção positivista, depreende-se, desse mandamento, que somente a lei é capaz de limitar a esfera de liberdade do particular, ao qual a Administração Pública deve obediência, diante do conteúdo constitucional específico do seu artigo 37.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4874/DF.** Ação Direta de inconstitucionalidade. Pedido de Interpretação conforme a constituição [...]. Requerente: Confederação Nacional da Indústria. Intimado: Presidente da República. Relatora: Min. Rosa Weber, Brasília, 1 de fevereiro 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339416790&ext=.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020. p. 102.

⁸⁰ ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. **Controle da atividade normativa das agências reguladoras.** Rio de Janeiro: Synergia, 2013.

⁸¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Na filosofia positivista e no modelo liberal de Estado de Direito, a lei era o próprio direito e serviu, precipuamente, de proteção aos direitos individuais e de limitação ao poder punitivo do Estado e a sua eventual intervenção arbitrária, fortalecendo o entendimento segundo o qual a Administração Pública só está autorizada a fazer o que a lei permite e dentro do contorno desta permissão, sendo-lhe negada o agir, sem que esta disponha expressamente nesse sentido.⁸²

Destarte, é preciso reconhecer que o princípio da legalidade administrativa assumiu novos contornos, após a instauração de um Estado Democrático de Direito, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e com a consolidação dos direitos fundamentais⁸³.

O reconhecimento da supremacia axiológica da Constituição, com os direitos fundamentais galgados à posição de centralidade na ordem jurídica, apegado na filosofia pós-positivista, provocou o redimensionamento de normas e categorias infraconstitucionais, a fim de implementação destes valores,⁸⁴ promovendo a superposição entre o público e o privado, albergando uma mudança de pensamento e a compreensão do Estado, como aliado da sociedade e não seu inimigo.

Se antes a lei era o instrumento de proteção do particular, em face do absolutismo e do super poder do Estado; na sociedade contemporânea, essa premissa deixa de ser absoluta, na medida em que os direitos fundamentais e suas garantias já estão cristalizados no texto constitucional, servindo-lhe como proteção imediata, pelo que a lei, em que pese ser fundamental para a sobrevivência do

⁸² Ideia hoje que merece ser reinterpretada, mormente porque há casos em que a própria lei apenas estabelece a competência para a adoção de certas medidas, deixando margem de liberdade para o agente fixar o conteúdo da norma. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 125.

⁸³ Os direitos fundamentais passaram de uma perspectiva de direitos subjetivos de defesa dos cidadãos, para valores do Estado, com reconhecimento de sua dimensão objetiva. PIEROTH, Bodo; SCHLINK. **Direitos fundamentais**. Tradução de Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 67.

⁸⁴ MOURA, Emerson Affonso da Costa Moura. Direito administrativo, direitos fundamentais e regime jurídico administrativo: a reconstrução dos seus fundamentos à luz do estado democrático de direito, p. 192-221. In: CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes Caldas; STELZER, Joana; BIRNFELD, Liane Francisca Hüning (coord.). **Direito e administração pública** [Recurso eletrônico on-line], Florianópolis, CONPEDI, 2014.

Estado Democrático de Direito, passa a contemplar uma função mais pragmática, de ordenação social, disciplinamento e estabilização das relações.⁸⁵

Diante desse cenário, o Direito Administrativo firmado, sob a égide do poder estatal e de um regime jurídico dotado de prerrogativas que elevam sua posição em relação aos administrados, volta-se ao redimensionamento de suas categorias essenciais.⁸⁶

O influxo da ordem objetiva de valores lançados pelos direitos fundamentais transmuda a submissão da Administração Pública à totalidade do ordenamento jurídico, incluindo esta submissão a seus próprios atos normativos e até aos princípios gerais de Direito, circunstância que transcende a mera submissão à lei.⁸⁷

Infere-se que, em comunhão ao princípio da legalidade administrativa, na visão contemporânea e inspirada no pós-positivismo, deve a Administração Pública respeito à Constituição, aos princípios constitucionais e gerais de direito, aos regulamentos, aos atos normativos secundários, entre outras formas de expressão jurídica, em conformidade com a nossa Constituição Federal vigente.⁸⁸

Esta evolução do pensamento jurídico e de sua interpretação é legítima, à medida em que o Direito precisa estar apto e munido dos instrumentos jurídicos eficazes, para acompanhar a evolução da sociedade, em seus aspectos sociais, políticos e econômicos.

Passa a vigorar o “fenômeno do policentrismo das fontes jurídicas”.⁸⁹ O direito não se esgota mais na lei pura e simples, sendo esta apenas um dos pilares

⁸⁵ AGUIAR, Rodrigo Rodrigues de. **O poder normativo das agências reguladoras**. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Centro, Rio de Janeiro, 2011, p. 45.

⁸⁶ MOURA, Emerson Affonso da Costa Moura. Direito administrativo, direitos fundamentais e regime jurídico administrativo: a reconstrução dos seus fundamentos à luz do estado democrático de direito, p. 192-221. *In*: CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes Caldas; STELZER, Joana; BIRNFELD, Liane Francisca Hüning (coord.). **Direito e administração pública** [Recurso eletrônico on-line], Florianópolis, CONPEDI, 2014.

⁸⁷ OLIVEIRA RAMOS, Doria Maria de. Os regulamentos jurídicos e os regulamentos de organização: breve estudo de sua aplicação no direito brasileiro. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 517.

⁸⁸ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Proibição administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 72-74.

⁸⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização**- in memoriam de Marcos Juruena Villela Souto. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 113.

da ordem jurídica. Pensamento este, todavia, que não aniquila a sua importância, mas prioriza todo o ordenamento jurídico.

A expressão lei contida no dispositivo constitucional do artigo 5º., II, não obstante vozes em sentido contrário, refere-se às normas originárias da Constituição Federal e às provenientes do processo legislativo.⁹⁰ Da leitura deste dispositivo, concluímos também que esta lei não necessariamente deve dispor sobre todo o regramento da matéria que disciplina. Desse modo, a lei a que se refere o artigo 5, II, não se reduz apenas àquela em sentido estrito, tampouco seu comando deve portar todo o conteúdo normativo.⁹¹

Entendimento contrário leva-nos equivocadamente a afirmar que toda norma constitucional deve ser regulada apenas por lei em sentido estrito. E o fato é que esta conclusão não pode ser extraída, mormente quando nos debruçamos a analisar a Constituição Federal em seu todo.

O Poder Constituinte brasileiro, propriamente, incumbiu-se de especificar, ao longo da Carta Magna, as matérias constitucionais que dependiam de reserva legal para serem normatizadas, as que dependiam apenas de norma⁹², bem como as que, sequer, precisariam de qualquer regulamentação.

Outrossim, infere-se que, dentre as matérias condicionadas à reserva legal, algumas se sujeitam à reserva absoluta; outras, relativa⁹³. Em sendo uma reserva

⁹⁰ Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;
- VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

⁹¹ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Proibidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 72-74.

⁹² Faz-se necessária uma norma, mas não lei formal, ou seja, “significa apenas exigência de uma disciplina normativa geral que pode ser alcançada através de actos normativos inferiores à lei”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 797. Nesse sentido, “se há um princípio de reserva de lei - ou seja, se há matérias que só podem ser tratadas pela lei - evidente que as excluídas podem ser tratadas por regulamentos” GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 247.

⁹³ Em rigor, “todas as reservas são relativas, porque deixam aos órgãos concretizadores (administrativos ou jurisdicionais) uma margem maior ou menor de intervenção.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 728. Sob esta lição, conclui Eros Roberto Grau: “[...] razão pela qual não

legal absoluta, a lei deve regular a matéria como um todo, sem margem à regulamentação por espécie normativa secundária; em sendo relativa, não há impedimento que a lei estabeleça apenas os seus elementos fundamentais, abrindo espaço para a espécie normativa secundária, mormente no caso de a lei envolver matérias relacionadas à ordem econômica e social, definir e preencher os seus contornos e especificidades e, inclusive, impor regras de conduta, restringindo direitos, ou determinando obrigações ou penalidades, em consonância ao espírito legal.

Ausente, pois, o comando de reserva legal absoluta, matérias reguladas através de reserva relativa de lei, podem chegar a sofrer restrições ou ampliações, em âmbito normativo secundário, cujo comando atinge inexoravelmente o particular, encontrando albergue na Constituição Federal e na própria lei autorizativa. Há um abrandamento da rigidez, segundo a qual direitos só podem ser restringidos necessária e estritamente por via de lei em sentido formal, abrandamento este, inclusive, que deve ocorrer nos termos desta própria lei.

Somada a estas considerações, a celeridade na atuação estatal e a impossibilidade de atendimento pela lei de tudo, propiciou a abertura legislativa.

Outrossim, o artigo 5, II, ainda nos permite aferir que o Estado, através dos próprios princípios constitucionais, pode condicionar e limitar as liberdades individuais, para a sua compatibilização com os demais princípios, garantias, direitos fundamentais e proteções constitucionais, individuais ou sociais, desde que não importe em seu esvaziamento.⁹⁴

Por partir de premissa equivocada, é que parte da doutrina, da qual não nos filiamos, entende que os atos normativos produzidos pelas agências reguladoras não poderiam impor obrigações positivas ou negativas aos particulares, por encontrarem barreira nos dispositivos constitucionais citados.

Não obstante tal premissa não ser verdadeira, é indiscutível que a legitimidade constitucional de qualquer intervenção do Estado sobre a esfera

impede a atribuição, explícita ou implícita, ao executivo para, no exercício de função normativa, definir obrigação de fazer e não fazer que se imponha aos particulares - e os vincule." GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 27.

⁹⁴ Destaca-se a obra do professor SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

jurídica do particular depende de uma finalidade lícita que a justifique e da obediência ao postulado da proporcionalidade, cujo fundamento cristaliza raízes, na própria noção de princípios jurídicos como mandamentos de otimização.⁹⁵ Precisa ter correlação com o interesse público primário, estando em conformidade com o regime jurídico- administrativo e com todo o bloco de legalidade.

A lei deixa de ser o próprio direito, e o manto da legalidade assume maior extensão, englobando, ordenado e coerentemente, o sistema de normas em todos os seus aspectos intrínsecos e extrínsecos, através de regras e princípios jurídicos. Assim, os valores normativos, representados pelos princípios de direito, assumem importância para o sistema.⁹⁶

Nesta nova perspectiva e na nova ordem constitucional, não há que se questionar a legitimidade de outro Ente que não apenas o Legislativo de emanar normas jurídicas, visando à regulação da sociedade.⁹⁷ Havendo lei autorizando, implícita ou explicitamente, e não contrariando o ato normativo a ordem legal e constitucional, atendido estará o princípio da legalidade.⁹⁸

O apego à visão tradicional do princípio da legalidade administrativa não pode mais ser um obstáculo ao poder regulamentar das agências reguladoras federais, cujo poder se vincula ao princípio da legalidade em seu sentido amplo e, portanto, ao ordenamento jurídico em sua totalidade.⁹⁹

⁹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 116.

⁹⁶ DEZAN, Sandro Lucio; BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. A juridicidade do Estado administração na concretização de políticas públicas de saúde: um método para a justificação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. **A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte; Curitiba, ano 16, n. 63, p. 211-238, jan./mar. 2016. p. 217.

⁹⁷ AGUIAR, Rodrigo Rodrigues de. **O poder normativo das agências reguladoras**. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Centro, Rio de Janeiro, 2011. p. 45.

⁹⁸ BRUNA, Sérgio Varella. **Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública e revisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.116-117.

⁹⁹ LIMA, Gustavo Augusto Freitas de. **Poder normativo das agências reguladoras e controle judicial**. Dissertação (Mestrado) - Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília, Centro universitário de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/5773/1/61000160.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2020. p. 219.

1.1.3 Da compatibilidade do poder regulamentar com a democracia

As agências reguladoras, malgrado entendimento em sentido contrário, foram um dos maiores avanços jurídicos conquistados nos últimos tempos, no que diz respeito à democracia.¹⁰⁰

Com a mudança de paradigmas no cenário pós- moderno, a atribuição de maior independência às agências reguladoras, fruto de competência recebida dos próprios poderes democraticamente eleitos, deve-se, justamente, à necessidade de instaurar um modelo regulatório eficiente, preocupado e visando ao melhor desempenho e atendimento racional das necessidades da sociedade, pelo que um certo distanciamento e a busca pela neutralidade política são essenciais para a preservação de sua imparcialidade técnica.

Assim, a concepção das agências reguladoras nasceu direcionada a privilegiar, nos campos relevantes da economia, decisões pautadas com tecnicidade e mais resistentes às interferências políticas, privilegiando a técnica em detrimento da legitimidade política.

A subordinação das decisões das agências reguladoras, ao agente político, seria incompatível com a eficiência para a regulação de atividades que mobilizam interesses múltiplos do Estado, como empresário, arrecadador de tributos ou agente social.¹⁰¹

Nesse sentido, registra-se que, embora a legitimação da atividade normativa das agências reguladoras não seja proveniente de investidora popular, já que não são órgãos democraticamente formados, esta pode ser justificada não apenas pela importância das funções exercidas por estas agências, mas também

¹⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Primeira Turma). Agravo Regimental nos Embargos de Declaração, nos Embargos de Declaração, no Agravo de Instrumento. **RE no AgRg nos EDcl nos EDcl no Ag nº 1215890/RJ**. Trata-se de recurso extraordinário interposto por [...]. Recorrente: Município de Balneário Barra do Sul e Outro Recorrido: Município de Araquari. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 23 fev. 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/891640369/re-no-agrg-nos-edcl-nos-edcl-no-agravo-de-instrumento-re-no-agrg-nos-edcl-nos-edcl-no-ag-1215890-rj-2009-0124028-9/decisao-monocratica-891640442?ref=juris-tabs>. Acesso em: 15 ago. 2020.

¹⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras: constituição: transformações do Estado e legitimidade democrática. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, v. 229, p. 285 -311, jul./set. 2002. p. 302.

pelo modo como são desenvolvidas as suas tarefas, de forma técnica, especializada e imparcial.¹⁰²

Desse modo, o caráter relevante da função desenvolvida, pela agência reguladora, privilegia o exercício da discricionariedade técnica normativa, em detrimento da política, pela vinculação que precisa ter a motivos científicos e tecnológicos que tornam a escolha tecnicamente mais adequada e, às vezes, a única adequada.¹⁰³

Esta tendência de permitir que parte da atividade que poderia ser legislativa seja produzida pela Administração Federal reflete as pressões da sociedade, por uma maior dinamização da ação do Estado, diante de uma realidade social cada dia mais instável.¹⁰⁴ Não significando, todavia, descompromisso nem déficit democrático, pelas seguintes razões.

Primeiro, porque este fenômeno, chamado de despolitização, elimina conteúdo político desnecessário de decisões concernentes a interesses públicos, gerando decisões mais vantajosas pelos entes técnicos ou comunitários, afastando-se a interferência direta da política partidária e da burocracia.¹⁰⁵ Quem melhor do que os especialistas em regulação, para construir as normas sobre regulação, organização e fiscalização dos agentes econômicos privados que exercem a atividade relativa ao setor econômico?¹⁰⁶ Corolário a isso, as escolhas técnicas administrativas incorporam a capacidade institucional da Agência Reguladora e é analisada, criteriosamente, por suas equipes técnicas especializadas.¹⁰⁷

¹⁰² CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 135-136.

¹⁰³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 181-182.

¹⁰⁴ FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa: no regime jurídico: administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 34.

¹⁰⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 152.

¹⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Decisão Monocrática). Recurso Especial. **Resp nº 1689801/SE**. Trata-se de Recurso Especial (art. 105, III, "a", da CF) interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal [...]. Recorrente: Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Recorrido: Município de Riachuelo. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 1 julho. 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/620964235/recurso-especial-resp-1689801-se-2017-0192058-7/decisao-monocratica-620964261?ref=juris-tabs>. Acesso em: 15 ago. 2020.

¹⁰⁷ Outrossim, não se pode descurar que as agências reguladoras federais estão submissas ao procedimento formal do concurso público na contratação de pessoal, pelo que os seus servidores públicos são investidos, no cargo, após o respectivo processo seletivo, nos termos do

Segundo, a presença acentuada de questões ético- normativas, da Administração Pública contemporânea, instaura a necessidade de institucionalização dos discursos de fundamentação, amparado na definição de Democracia Deliberativa, cuja ideia central se pauta no procedimento discursivo¹⁰⁸. A teoria discursiva do direito propõe soluções democráticas para uma integração social não violenta, permitindo com que não nos afastemos da realidade social, nem deixemos de lado conceitos referentes à legitimidade e justiça, inerentes à ideia de direito, oferecendo-nos uma solução de conformação do Estado com o direito, baseada na participação. A democracia deliberativa confere força legitimadora ao processo de normatização.¹⁰⁹

As regras do discurso – jurídico e prático geral- manejadas em um modelo deliberativo, instrumentalizam, em um só momento, a legalidade, a eficiência e a legitimidade. Assim, faz-se imperioso institucionalizar um processo de elaboração de norma que permita esta modalidade de entendimento.¹¹⁰

Seguindo este modelo de democracia deliberativa ou participativa, é que cada providência administrativa alavancada, pela agência regulatória, deve passar invariavelmente pelo crivo do devido processo legal administrativo, com a participação dos possíveis atingidos pela norma, para a prática de atos normativos, disciplinares ou de polícia. Nesse contexto, para cada providência normativa emitida por cada agência reguladora, é possível identificar um iter procedimental em suas leis específicas,¹¹¹ bem como na própria lei do processo administrativo, no âmbito da Administração Pública Federal.¹¹²¹¹³

artigo 37, II, da Constituição Federal, sendo mais um instituto garantidor da legitimidade democrática das agências reguladoras, previsto diretamente pelo próprio Poder Constituinte, bem como mais uma manifestação de garantia do respeito aos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência nas atividades administrativas regulatórias.

Art. 37, II. A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

¹⁰⁸ Sobre Teoria do Discursiva do Direito e Democracia Deliberativa, leia-se Jürgen Habermas. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre factilidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1.

¹⁰⁹ CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 277- 285.

¹¹⁰ CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 285.

¹¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Decisão Monocrática). Recurso Especial. **Resp nº 1689801/SE**. Trata-se de Recurso Especial (art. 105, III, “a”, da CF) interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal [...]. Recorrente: Agencia Nacional do Petróleo, Gás Natural e

Na seara do Direito Administrativo, a participação do cidadão, na ação administrativa, além de concretizar o princípio do Estado Democrático de Direito, confere-lhe maior aceitação para as normas impositivas.¹¹⁴

Nesse sentido, o processo administrativo é o instrumento de concretização da opção constitucional, por um Estado Democrático de Direito, pois permite não só um maior controle sobre o exercício da função administrativa, como a participação popular no *iter* de formação do ato administrativo. Controle e participação, portanto, são as principais finalidades do processo administrativo, essenciais para a efetivação do princípio democrático.¹¹⁵

No dia 25 de junho de 2019, foi publicada a Lei nº 13.848, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras.¹¹⁶ O novo marco legal cria uma padronização sobre essas

Biocombustíveis. Recorrido: Município de Riachuelo. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 1 julho. 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/620964235/recurso-especial-resp-1689801-se-2017-0192058-7/decisao-monocratica-620964261?ref=juris-tabs>.

Acesso em: 15 ago. 2020.

¹¹² SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O dever de motivação na edição de atos normativos pela administração pública. **A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 55-73, jul./set. 2011. p. 62.

¹¹³ Lei nº 9.784/1999. Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

[...]

III – formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;

[...]

Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada;

Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

¹¹⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **O princípio juridicidade: uma releitura da legalidade e da legitimidade administrativa**. Monografia (Graduação em Direito) - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2007, p. 93.

¹¹⁵ MELLO, Rafael Munhoz de. Processo administrativo, devido processo legal e a Lei 9784/99. **A & C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte; Curitiba, ano 3, nº 11, jan./fev. 2003. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/684/607>. Acesso em: 15 ago. 2020. p. 149.

¹¹⁶ BRASIL. **Lei nº 9.986, de julho de 2000**. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9986.htm. Acesso em: 26 jul. 2020. Art. 2º. Consideram-se agências reguladoras, para os fins desta Lei e para os fins da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000:

I - a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel);

II - a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP);

III - a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel);

IV - a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa);

V - a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS);

VI - a Agência Nacional de Águas (ANA);

disciplinas. Dessa forma, faz várias alterações nas leis instituidoras de cada uma das agências reguladoras federais, para os devidos ajustes, o que, de modo algum, compromete-as, na medida em que estas prevalecem nas outras matérias que lhe sejam específicas.

Esta lei prevê, em seu Capítulo I – do processo decisório das agências reguladoras- , o trâmite para a edição de ato normativo, o qual ocorre, em regra, com respeito às seguintes etapas, nesta ordem: análise de impacto regulatório, iniciativa ou proposta normativa, manifestação colegiada, consulta ou audiência pública, decisão colegiada.

Verificamos que o processo de construção do ato normativo garante a participação dos interessados na sua elaboração e o controle, por parte destes, do exercício da competência normativa.

A consulta pública, conforme art. 9º., § 1º, da Lei nº 13.848/19, é o instrumento de apoio à tomada de decisão, por meio da qual a sociedade é consultada previamente, através do envio de críticas, sugestões e contribuições por quaisquer interessados, sobre proposta de norma regulatória aplicável ao setor de atuação da agência reguladora; a audiência pública é o instrumento que faculta manifestação oral, por quaisquer dos interessados, em sessão pública voltada ao debate de matéria relevante.

Não obstante, a previsão de consulta e de audiência pública, a Lei nº 13.848/19 autoriza que cada agência reguladora estabeleça, internamente, outros meios de participação de interessados em suas decisões, de forma direta ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

Esta participação permite uma ponderação, pelos agentes administrativos, de todos os interesses em jogo, traduzindo não apenas uma melhoria na qualidade das decisões administrativas, mas viabilizando uma acertada configuração dos problemas e das diferentes perspectivas possíveis da sua solução. Desse modo, a participação dos interessados, no procedimento de elaboração destas normas,

VII - a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq);
VIII - a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT);
IX - a Agência Nacional do Cinema (Ancine);
X - a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac);
XI - a Agência Nacional de Mineração (ANM)

constitui um importante fator de legitimação e de democraticidade de atuação da Administração Pública.¹¹⁷

Além desses mecanismos de participação popular, a nova Lei, prevê, expressamente, em seu Capítulo II, os de controle social, a exemplo do sistema de ouvidoria, além do controle já realizado internamente.

Outrossim, não devemos esquecer que, a despeito de sua autonomia decisória, as decisões das agências reguladoras não estão isentas do controle externo, desempenhado pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União e pelo Judiciário, demonstrando que tampouco os danos que as suas medidas jurídicas concretas causam estão libertos de produzir responsabilização do Estado, no direito positivo pátrio.¹¹⁸

A obrigatoriedade de participação prévia à tomada de decisão, para a formação do ato normativo regulatório e a transparência e publicidade dos seus atos revelam um aumento da segurança jurídica, um fortalecimento da legitimidade democrática das agências reguladoras, principalmente, quando na função normativa e o avanço de uma democracia efetivamente participativa.

A democracia participativa, na proposta discursiva, oferece uma solução aceitável à conformação do Estado pelo direito, cada vez mais, participativo. A democracia, nessa proposta, dispõe de elementos, a fim de dar qualidade às decisões políticas e legitimá-las, conforme interesse da sociedade.¹¹⁹

A participação social é característica da modernidade e indicação do nível democrático de uma sociedade.¹²⁰

As normas elaboradas, com a participação da sociedade, são em número cada vez maior, e estas contribuem para aprimorar a governabilidade, mais freios em face do seu abuso, proporcionando o olhar voltado a todos os interesses em jogo, gerando decisões mais sólidas e prudentes, tornando, inclusive, as normas

¹¹⁷ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 402.

¹¹⁸ FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa: no regime jurídico: administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 35.

¹¹⁹ CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 277.

¹²⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 182.

mais aceitáveis e obedecidas¹²¹ e evitando práticas de favorecimento a segmentos influentes da atividade regulada.

A consensualidade representa tanto uma técnica de coordenação de interesses e ações, como um novo modo de valorização do indivíduo, prestigiando, no mesmo compasso, a autonomia da vontade, motor do progresso, e a parceria que protagoniza a sociedade e o Estado, como autores.¹²²

Diante do exposto, o fator mais importante para a legitimidade democrática das agências reguladoras não é a simples eleição de quem está no seu comando, por alguma forma de sufrágio popular. A legitimidade democrática das agências é assegurada pela garantia do direito de os diversos setores da sociedade civil serem ouvidos, pela possibilidade de discussão pública dos temas de interesse da sociedade e pelo dever de o Estado justificar publicamente seus atos.¹²³ Assim, a participação da sociedade, no processo regulador, evidencia as demandas e reivindicações do setor regulado, contribuindo para o conhecimento, pelas agências reguladoras, dos diversos interesses subjacentes à regulação, permitindo que elas solucionem problemas jurídicos com maior probabilidade de acerto.¹²⁴

O permanente diálogo da sociedade com o seu aparelho governante, sejam os órgãos públicos ou privados, tornará as decisões estatais não apenas legais, mas, sobretudo, legítimas, resultado da harmonia dos valores, interesses, necessidades e aspirações do grupo nacional.¹²⁵

Portanto, a participação dos interessados, no processo de produção do ato normativo regulatório, associada a um diálogo institucional fomentam a transparência e favorecem a diminuição dos custos de erro relativos à tomada de

¹²¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 27.

¹²² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 26.

¹²³ LIMA, Gustavo Augusto Freitas de. **Poder normativo das agências reguladoras e controle judicial**. Dissertação (Mestrado) - Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília, Centro universitário de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/5773/1/61000160.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2020. p. 272.

¹²⁴ URBAN, Renan Lucas Dutra. Decisões técnicas, escolhas morais e democracia: agências reguladoras e deliberação sobre direitos fundamentais. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v. 13, n. 2, 2º quadrimestre 2018. ISSN 1980-7791. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. p. 628.

¹²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização**- in memórias de Marcos Juruena Villela Souto. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 142.

decisão pelos entes de regulação. Nesse sentido, pode-se afirmar que a efetivação desses mecanismos tende a elevar o desempenho deliberativo das agências, aumentando o seu grau de legitimidade, para editar normas jurídicas e fazer escolhas morais.¹²⁶

Ultrapassados estes pontos, e partindo, pois, da premissa lógica da constitucionalidade do poder regulamentar das agências reguladoras federais, faremos, a seguir, um cotejo esquemático dos principais fundamentos jurídicos que respaldam o amplo poder regulamentar que se confere a estas agências, enfatizando que, mesmo dentro de cada corrente, os posicionamentos, entre os autores, não são uniformes.

1.2 Do fenômeno da deslegalização

O fenômeno da delegação legislativa surgiu, em decorrência da necessidade de o Poder Legislativo separar as matérias que exigem escolhas político-administrativas das que exigem escolhas técnicas.¹²⁷

Diante disso, para justificar o amplo poder regulamentar das agências reguladoras, Diogo de Figueiredo, apoiando-se na classificação geral de delegação oferecida por Eduardo García de Enterría¹²⁸, incorporou, ao direito brasileiro, o termo chamado de deslegalização ou delegificação, cuja técnica possibilita a “retirada, pelo próprio Legislador, de certas matérias do domínio da lei (*domaine de la loi*) passando-a ao domínio do regulamento (*domaine de l’ordonnance*).”¹²⁹.

Segundo aquele autor, a lei “deslegalizadora” fundamentaria o poder regulamentar e sequer precisaria adentrar na matéria objeto da delegação, pelo que os atos normativos produzidos, pelas agências, estariam respaldados por esta

¹²⁶ URBAN, Renan Lucas Dutra. Decisões técnicas, escolhas morais e democracia: agências reguladoras e deliberação sobre direitos fundamentais. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v. 13, n. 2, 2º quadrimestre 2018. ISSN 1980-7791. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. p. 629.

¹²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 162.

¹²⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 164.

¹²⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 166.

técnica.¹³⁰ Nesse sentido, há um rebaixamento do status normativo da matéria pelas próprias leis.

Defende, ainda, que não há razão para rebatermos esta técnica, porque a nossa Constituição Federal não a proibiu genérica, tampouco expressamente, transmitindo, para nós, a ideia de que o legislador constituinte pretendeu reestruturar, a partir desta nova ordem jurídica de 1988, todas as hipóteses de deslegalização. Outrossim, ressalta que tal técnica é fruto da tendência flexibilizadora, sobre a qual o Direito Público contemporâneo busca apoiar suas bases.¹³¹

Como não se proibiu genericamente a delegação, há de se entender que o legislador constituinte pretendeu reestruturar a partir da nova ordem jurídica do país, todas as hipóteses de deslegalização, o que efetivamente vem ocorrendo a partir de então, tanto em nível constitucional quanto em nível legal. [...] A delegação legal será sempre possível.¹³²

Pontua que a nossa Constituição Federal previu diretamente várias hipóteses de deslegalização, entre elas, as das Emendas Constitucionais n.º. 8 e 9 que se referem justamente à criação dos órgãos reguladores, e a do art. 48, quando autoriza, expressamente, que o Poder Legislativo poderia dispor das matérias ali discriminadas; pelo que lhe seria permitido, legislar, não legislar e até deslegalizar, caso considerasse prudente.¹³³

Por outro lado, os que rechaçam a deslegalização se utilizam do mesmo argumento em sentido contrário: somente a Constituição Federal poderia permitir expressamente a delegação de poderes. Sem previsão expressa nesse sentido, aquela seria inconstitucional. Para tanto, trazem, à lume, o conteúdo disposto no artigo 25¹³⁴ do Ato de Disposição Constitucionais Transitórias (ADCT). Isso, porque

¹³⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 166

¹³¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 172-173.

¹³² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Agências reguladoras (descentralização e deslegalização)*. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 223.

¹³³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.122.

¹³⁴ Art. 25, ADCT. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I - ação normativa;

este artigo revogou, no prazo de 180 dias, contados da vigência da Constituição Federal de 1988, todos os mandamentos legais que conferiam ou delegavam função normativa que era atribuída ao Congresso, pela Constituição, a órgãos do Executivo, pelo que afirmam que esta revogação é clara, no sentido de só permitir delegação, nos casos especificamente permitidos.

1.3 Da delegação legislativa

Parte dos defensores do poder normativo das agências reguladoras federais, a exemplo dos que citaremos abaixo, a despeito de defenderem a deslegalização, entendem que esta técnica legislativa só é legítima, no direito brasileiro, quando operada através de parâmetros inteligíveis, em prestígio ao princípio democrático. Desse modo, haveria uma deslegalização limitada, pelas leis instituidoras das agências reguladoras.

Alexandre Santos de Aragão¹³⁵ reconhece que:

[...] não há qualquer inconstitucionalidade na deslegalização, que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria.

Não obstante, ressalta este autor que esta delegação legislativa, com largo campo de atuação normativa para a Administração, utilizando-se do sistema de “standards”,¹³⁶ seria apenas técnica e, em todo caso, subordinada às leis formais. Nesse sentido:¹³⁷

Podem existir regulamentos com bastante poder decisório, mas desde que existam, sobre eles, standards, critérios e princípios jurídicos com base nos quais o exercício do poder regulamentar possa ser controlado. A inexistência de parâmetros legais impossibilitaria o controle. Numa realidade dinâmica, esperar que todo e qualquer tipo de atuação estatal se faça diretamente por meio de leis em sentido formal é esperar o impossível; por outro lado, leis meramente atributivas de poder regulamentar,

¹³⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 148, Ano 37, p. 275-299, out./ dez. 2000. p. 423.

¹³⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 148, Ano 37, p. 275-299, out./ dez. 2000. p. 423.

¹³⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 37.

excessivamente genéricas, podem não oferecer parâmetros seguros de controle e de orientação ao exercício do poder regulamentar, e o Estado Democrático de Direito sempre exige a possibilidade de controle sobre os atos estatais.

José dos Santos Carvalho Filho aponta ¹³⁸ que a edição de normas, de caráter técnico, formaliza-se através de atos administrativos, em razão de delegação prevista na respectiva lei. Em verdade, não há, como supõem alguns estudiosos, transferência do poder legiferante a órgãos ou pessoas da Administração, mas apenas o poder de estabelecer regulamentação sobre matéria de ordem técnica, que, por ser muito particularizada, não poderia mesmo estar disciplinada na lei.

Complementa José dos Santos Carvalho Filho¹³⁹ que se trata, como definiu Barroso¹⁴⁰, do que se chama “delegação com parâmetros”, segundo a qual compete ao Poder Legislativo traçar as linhas dentro das quais o ato regulamentar deve ser produzido.

Luís Roberto Barroso, a despeito de defender que é proibida a delegação de funções entre Poderes, com exceção das hipóteses previstas no texto constitucional, não descarta o fato de ser esta delegação viável, quando justamente acompanhada de parâmetros ou diretrizes obrigatórias, ou seja, sendo uma delegação por standards.¹⁴¹

Para Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, a lei deslegalizadora estabelece parâmetros e princípios (standards) a serem seguidos pelo regulamento, que está vinculado aos princípios constitucionais (expressos e implícitos). Em vez de se falar em delegação de poderes, seria mais adequado falar em atribuição de competência pelo legislador ao administrador.¹⁴²

¹³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 392.

¹³⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências reguladoras e poder normativo. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, fev./mar./abr. 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 9 mar. 2020. p. 10.

¹⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 173.

¹⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras: constituição: transformações do Estado e legitimidade democrática. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, v. 229, p. 285 -311, jul./set. 2002. p. 307.

¹⁴² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. **A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Sérgio Varella Bruna defende que:¹⁴³

Deve a lei estabelecer, ao menos, os princípios a serem seguidos e os objetivos a serem atingidos, o alcance e os limites dos poderes conferidos à Administração, de forma a possibilitar um mínimo aceitável de controle sobre a atividade regulamentar. Não se pode admitir, que a lei simplesmente transfira ao Poder executivo a função de disciplinar uma certa matéria, é imperioso que ela mesma estabeleça, em linhas gerais, qual deverá ser essa disciplina, quais os objetivos a atingir, sob pena de representar verdadeira abdicação da função de legislar sobre o assunto, aí sim uma subversão da legalidade e do sistema de distribuição de competências previsto na Constituição Federal.

Aponta Egon Moreira que a competência normativa das agências reguladoras federais “é uma realidade normativa atribuída pela lei – a qual, ao mesmo tempo em que outorga a capacidade da prática de determinados atos à Administração, estabelece lindes estreitos à sua própria compreensão e exercício”.¹⁴⁴

Infere-se que, conforme os autores aqui apontados, o fundamento do amplo poder regulamentar decorre do fenômeno da delegação legislativa, que se dá em diferentes proporções e com limites, não havendo uma transferência total da disciplina, de certa matéria, às agências.

1.4 Da competência regulamentar como característica inerente da Administração Pública

Há também quem defenda que a ampla competência regulamentar das agências reguladoras, conferida por suas leis instituidoras, é própria da Administração Pública como um todo e do seu poder normativo em sentido amplo, inserido no conjunto de deveres atribuídos à Administração. Desse modo, esta competência normativa seria decorrente do poder regulamentar geral inerente à própria atividade administrativa desempenhada. Não havendo razão de se falar em delegação legislativa, quando já há uma competência intrínseca de integração do ordenamento jurídico pela Administração.

¹⁴³ BRUNA, Sérgio Varella. **Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública e revisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 116.

¹⁴⁴ MOREIRA, Egon Bochman. Os limites à competência normativa das agências reguladoras. p. 186. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de. (coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Nesse sentido, Leilla Cuéllar defende, no que diz respeito à atividade normativa, que é inerente à própria definição da função regulatória, razão pela qual não admite ser proveniente de uma delegação legislativa a natureza desta competência normativa, mormente porque esta delegação, por ter caráter temporário e excepcional, poderia ficar, à mercê, da vontade ou não do legislador, ameaçando, inclusive, a perpetuação deste poder, já que, na delegação, em tese este pode ser retirada a qualquer tempo.¹⁴⁵¹⁴⁶ Registra a autora, entretanto, que a intensidade deste poder regulamentar, pela lei, é delimitada em “standards”, devendo ser pautado segundo o ordenamento jurídico.¹⁴⁷

Para Eros Roberto Grau¹⁴⁸,

Essa atribuição conferida ao Executivo pelo Legislativo consubstancia permissão para o exercício de função própria do Executivo, como faculdade vocacionada à integração do ordenamento jurídico. Por isso, ela preexiste à atribuição, da qual podemos dizer cumprir o papel de instrumento do controle da legalidade daquele exercício.

A visão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, embora não enquadrada, especificamente, em nenhuma das correntes aqui discriminadas, aproxima-se mais desta, no que se refere ao fato de seu poder ser inerente à Administração Pública. Contudo, defende que sua produção tem efeitos internos.¹⁴⁹ Em outras palavras, a função normativa que desempenham não pode, sob pena de inconstitucionalidade, ser além do que a exercida por qualquer outro órgão administrativo ou entidade da Administração Indireta, com exceção dos órgãos reguladores previstos expressamente pela Constituição, tampouco estão autorizadas a regular matéria

¹⁴⁵ CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 141.

¹⁴⁶ Ainda complementa Leila, “no Brasil, o que existe é um poder normativo/ regulamentar diverso daqueles que existem em outros países. Trata-se de um poder temperado, adaptado ao sistema jurídico brasileiro, não podendo (i) inovar de forma absoluta, *ab ovo*, na ordem jurídica, (ii) contrariar a lei e o direito, (iii) desrespeitar o princípio da tipicidade, (iv) impor restrições à liberdade, igualdade e propriedade ou determinar alteração do estado das pessoas, (v) ter efeito retroativo (em princípio).” Inclusive, para a autora: “Deve-se construir uma teoria do regulamento autônomo brasileiro, buscando-se principalmente, elaborar regras que permitam seu uso e vedem o abuso, levando-se em consideração os limites acima arrolados.” CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 142.

¹⁴⁷ CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 135-136.

¹⁴⁸ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 167-190.

¹⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 86.

não disciplinada em lei, porque os regulamentos autônomos não possuem fundamento constitucional no direito brasileiro e a regulamentar leis, porque essa competência é privativa do Chefe do Poder Executivo e, se pudesse ser delegada, teria que ser feita pela autoridade que detém o poder regulamentar e não pelo legislador.¹⁵⁰

1.5 Do poder regulamentar amparado no artigo 84, IV, da Constituição Federal

Outra parcela relevante da doutrina defende que o amplo poder regulamentar das agências reguladoras se confunde com o do Chefe do Executivo contido no artigo 84, IV, da Constituição Federal. Para os seus defensores, compete, às agências reguladoras, a produção normativa infralegal referente à sua área de regulação.

Nesse sentido, Anna Cândida da Cunha Ferraz¹⁵¹, bem como Marçal Justen Filho, que aponta que a competência normativa abstrata é fruto do poder regulamentar do Chefe do Executivo. Como a função reguladora é do Estado, este pode exercê-la através de seus órgãos despersonalizados ou de seus entes autônomos. Nessa segunda possibilidade, a função reguladora, com os deveres-poderes inerentes, é transferida para a entidade personalizada. Em razão dessa delegação, a agência pode baixar decretos regulamentares que facilitem a execução da lei.¹⁵²

É o que afirma, também, Gustavo Binbenbom, ao ensinar que “a competência normativa das entidades reguladoras exibe natureza regulamentar infralegal, semelhante àquela reconhecida ao chefe do Poder Executivo.”¹⁵³ Sendo tal poder essencialmente infralegal. Afirma que:¹⁵⁴

A dignidade da lei deve ser preservada como condição para a existência de parâmetros de controle externos à atividade

¹⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

¹⁵¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito de poderes: o poder congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 74.

¹⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 498-510.

¹⁵³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria de direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 286.

¹⁵⁴ BINENBOJM, Gustavo. Agência Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. **Revista. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 147-165, abr./jun, 2005. p. 157.

regulatória, que permitam aos cidadãos e agentes econômicos o acionamento de salvaguardas contra eventuais abusos. De outro lado, tais parâmetros ou standards funcionam como verdadeiras diretrizes democráticas a guiar o trabalho das agências, preordenando finalisticamente a sua atuação.

1.6 Da evolução jurisprudencial do poder regulamentar das agências reguladoras federais

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 1.668-5/DF¹⁵⁵ trouxe, ao direito brasileiro, uma importante análise sobre a legitimidade e a natureza jurídica do poder regulamentar de todas as agências reguladoras. Senão vejamos:

[...] nada impede que a Agência tenha funções normativas, desde, porém, que absolutamente subordinadas à legislação, e, eventualmente, às normas de segundo grau, de caráter regulamentar, que o Presidente da República entenda baixar. Assim, [...] entendo que nada pode subtrair da responsabilidade do agente político, que é o Chefe do Poder Executivo, a ampla competência reguladora da lei das telecomunicações. Dou interpretação conforme para enfatizar que os incisos IV e X referem-se a normas subordinadas à lei e, se for o caso, aos regulamentos do Poder Executivo.

Em decorrência deste julgado, houve uma tendência jurisprudencial, no sentido de que as normas criadas, pelas agências reguladoras, deveriam observar tanto os parâmetros substanciais da lei, como do regulamento que regessem a matéria. Não obstante ter considerado legítima a sua função normativa abstrata, suas normas teriam natureza infra- regulamentar.

Na ADI 4093/SP¹⁵⁶, o STF, reconheceu, em caráter *incidenter tantum*, que a função das agências reguladoras não é a de legislar, mas de normatização dos

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1668/DF**. Comunicações-Lei Geral nº 9.472/97 [...]. Requerente: Partido Comunista do Brasil- PCdo B. Requerido: Congresso Nacional. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, 16 de abril 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347202>. Acesso em: 10 ago. 2020. Nesta ADI, discutiu-se a constitucionalidade de disposições da Lei Geral de Telecomunicações (Lei n 9.472/97), decidindo-se, pela aplicação da interpretação conforme à Constituição, que a competência normativa da ANATEL apresenta natureza infra- regulamentar, estando sujeita aos limites legais e ao regulamento. No julgamento, a dúvida gerada pela Lei era se a agência poderia editar resoluções que viessem a derogar a Lei de Licitações, por exemplo, o que seria permitido com a adoção da tese da deslegalização. O STF rejeitou tal possibilidade, assentando que a ANATEL se sujeitava às normas da Lei de Licitações. BINENBOJM, Gustavo. Agência Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. **Revista. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 147-165, abr./jun, 2005. p. 157.

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI nº 4093/SP**. Ementa Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo [...]. Requerente: Governador do

setores cuja regulação lhes foi, pela lei, conferida. A norma regulatória deve estar em consonância com a ordem legal, integrar a espécie normativa primária, adaptando e especificando o seu conteúdo e não inovando na criação de direitos e obrigações. A competência regulatória, além de obedecer à ordem constitucional e legal vigente, não possui atribuição ilimitada de competências discricionárias. O campo em que o agente regulador atua com liberdade possui “suas margens definidas pelos conteúdos que podem ser inequivocamente extraídos, senão da letra da lei, pelo menos do propósito claro e manifesto do legislador.”¹⁵⁷

Neste julgamento, a sua Relatora, Ministra Rosa Weber¹⁵⁸, proferiu as seguintes palavras sobre esta competência regulatória das Agências Reguladoras, atribuindo-lhe o caráter técnico:

O poder normativo atribuído às agências reguladoras pelas respectivas leis instituidoras consiste em instrumento para que dele lance mão o agente regulador de um determinado setor econômico ou social na implementação das diretrizes, finalidades, objetivos e princípios expressos na Constituição e na legislação setorial. No domínio da regulação setorial, a edição de ato normativo geral e abstrato (poder normativo) destina-se à especificação de direitos e obrigações dos particulares. Não permite a Constituição, no entanto, lhes seja emprestada força legislativa suficiente para criá-los ou extingui-los.

A norma regulatória deve se compatibilizar com a ordem legal, integrar a espécie normativa primária, adaptando e especificando o seu conteúdo, e não substituí-la ao inovar na criação de direitos e obrigações. Seu domínio próprio é o do preenchimento dos espaços normativos deixados em aberto pela legislação, e não o da criação de novos espaços. Hierarquicamente subordinado à lei, o

Estado de São Paulo. Intimado: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo e *et al.* Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, 17 out. 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25294927/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4093-sp-stf>. Acesso em: 10 ago. 2020. Nesta ADI, discutiu-se sobre a legitimidade de legislador estadual se imiscuir em matéria de competência legal da União, referente à edição de normas gerais sobre proteção e defesa da saúde, ao permitir a comercialização de todo e qualquer artigo de conveniência e não apenas os correlatos em farmácias e drogarias, supostamente inovando o ordenamento jurídico e ferindo sua competência suplementar. Neste âmbito processual, a Anvisa se manifestou pela inconstitucionalidade do ato estadual. Ao final, decidiu-se, por unanimidade, pela improcedência do feito, entendendo não ter havido extravasamento do legislador estadual, em sua competência supletiva, para tratar sobre proteção e defesa da saúde.

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4093/ SP**. Relatora Min. Rosa Weber, Brasília, 17 out. 2014, p.10.

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI nº 4093/ SP**. Ementa Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo [...]. Requerente: Governador do Estado de São Paulo. Intimado: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo e *et al.* Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, 17 out. 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25294927/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4093-sp-stf>. Acesso em: 10 ago. 2020. p. 10-11.

poder normativo atribuído às agências reguladoras não lhes facultava inovar ab ovo na ordem jurídica.

Isso em absoluto significa reduzir a regulação setorial ao preenchimento de lacunas e muito menos à execução mecânica da lei. Dotada de inquestionável relevância e responsabilidade, a função regulatória só é dignificada pelo reconhecimento de que não é inferior nem exterior à legislação. Exercida em um espaço que se revela qualitativamente diferente daquele em que exercida a competência legiferante, a competência regulatória é, no entanto, conformada pela ordem constitucional e legal vigente.

De forma resumida, de acordo com o referido julgado, o Supremo entendeu que o poder regulamentar das agências reguladoras teria uma característica técnica, de natureza nem superior, nem inferior à lei, cujo fundamento decorria da delegação legislativa ao Executivo, de forma moderada.

Já na ADI nº 4.874/DF¹⁵⁹, em decisão paradigmática, o Supremo Tribunal Federal devolveu, às instâncias ordinárias, do Judiciário, o poder-dever de realizar a Constituição Federal, o qual deve ter, como premissa vinculante, o Poder Regulamentar das Agências Reguladoras, para editarem normas técnicas suficientemente idôneas, para concretizarem as políticas públicas.

Neste julgamento, por imensa maioria, foi reiterado o poder regulamentar das agências reguladoras federais. Ainda, neste julgado, discutiu-se acerca da extensão deste poder, tendo sido questionada a validade de Resolução de autoria da Anvisa. Com relação a este ponto, a despeito de ter havido empate e, por conta disso, não ter efeito vinculante nem eficácia erga omnes, o Supremo validou a

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4874/DF**. Ação Direta de inconstitucionalidade. Pedido de Interpretação conforme a constituição [...]. Requerente: Confederação Nacional da Indústria. Intimado: Presidente da República. Relatora: Min. Rosa Weber, Brasília, 1 de fevereiro 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339416790&ext=.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020. Nesta ADI, proposta pela Confederação Nacional das Indústrias – CNI questionou-se a constitucionalidade da RDC nº. 14/12 da ANVISA, em especial do seu artigo 7º, incisos III e XV, da Lei nº. 9.782/99, o qual conferia o poder regulamentar a esta agência reguladora. O pedido principal referente à inconstitucionalidade do artigo 7º. foi julgado improcedente por imensa maioria do Plenário. No que concerne aos pedidos sucessivos, também foram julgados improcedentes, mantendo-se os efeitos e validade da citada Resolução no mundo jurídico, porém sem efeito vinculante, porquanto não atingido o quórum para a declaração de sua constitucionalidade. Frise-se que o pano de fundo da discussão foi a iniciativa da ANVISA de proibir a importação e a comercialização no país de produtos fumígenos derivados do tabaco que contenham substâncias ou compostos que define como aditivos.

Resolução da Anvisa, ficando mantida a sua presunção de constitucionalidade. Vejamos um trecho da ementa:¹⁶⁰

9. Definidos na legislação de regência as políticas a serem perseguidas, os objetivos a serem implementados e os objetos de tutela, ainda que ausente pronunciamento direto, preciso e não ambíguo do legislador sobre as medidas específicas a adotar, não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida por uma Agência ao seu próprio estatuto legal, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da lei. Deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente administrativo acerca do diploma definidor das suas próprias competências e atribuições, desde que a solução a que chegou a agência seja devidamente fundamentada e tenha lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição. Aplicação da doutrina da deferência administrativa (*Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council*).

11. [...] a ANVISA atuou em conformidade com os lindes constitucionais e legais das suas prerrogativas, observados a cláusula constitucional do direito à saúde, o marco legal vigente e a estrita competência normativa que lhe outorgam os arts. 7º, III, e 8º, § 1º, X, da Lei nº 9.782/1999. Improcedência do pedido sucessivo.

Para o STF, nesta ADI, a função normativa das agências reguladoras não se confunde com a função regulamentadora da Administração (art. 84, IV, da Lei Maior), nem com a figura do regulamento autônomo (arts. 84, VI, 103-B, § 4º, I, e 237 da CF). A competência, para editar atos normativos, com fins à organização e fiscalização das atividades reguladas, enquadra-se no poder geral de polícia da Administração. Qualifica-se a sua competência normativa, pela edição, no exercício da regulação setorial, de atos gerais e abstratos, de caráter técnico, necessários à implementação da política pública setorial e subordinados à observância dos parâmetros fixados na ordem constitucional e na legislação setorial, ou tenha lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição. Há uma delegação de funções normativas e não legislativas.

Nessa esteira, podemos afirmar que atualmente o entendimento do Supremo Tribunal Federal é que as agências reguladoras, a despeito de encontrarem limites em sua atuação, não estão adstritas à reprodução de textos de

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4874/DF**. Ação Direta de inconstitucionalidade. Pedido de Interpretação conforme a constituição [...]. Requerente: Confederação Nacional da Indústria. Intimado: Presidente da República. Relatora: Min. Rosa Weber, Brasília, 1 de fevereiro 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339416790&ext=.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020. p. 4-5.

lei e, sendo seu poder de caráter eminentemente técnico, mesmo editando normais gerais, atuam no exercício de sua função normativa e no seu poder geral de polícia, não havendo que se falar, em regra, de usurpação de natureza legiferante, mas na criação de regras aptas a regular o seu setor.

Os precedentes do Superior Tribunal de Justiça reconhecem o amplo poder regulamentar das agências reguladoras federais, com fundamento na teoria da delegação legislativa, segundo a qual o próprio legislador ordinário lhes confere competência normativa ampliada, no âmbito de sua atuação, inclusive para tipificar condutas passíveis de punição, tendo, portanto, liberdade para inovar, mas não totalmente.¹⁶¹

¹⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Decisão Monocrática). Recurso Especial. **REsp nº 1.522.520/RN**. Recorrente: Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. Recorrido: Viação Nordeste Ltda. Direito administrativo [...]. Relator. Min. Gurgel de Faria. Brasília, 22 fev. 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548180711/recurso-especial-resp-1522520-rn-2015-0064901-6/decisao-monocratica-548180720>. Acesso em: 15 ago. 2020.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2. Turma). Recurso Especial. **REsp nº 1635889/RS**. Administrativo. Execução fiscal. Agência Nacional de Transportes Terrestres. ANTT [...]. Relator: Min. Herman Benjamin, Brasília, 19 dez. 2016. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.2:acordao;resp:2016-12-06;1635889-1586189>. Acesso em: 15 ago. 2020.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2. Turma). Recurso Especial. **REsp nº 1.386.994/SC**. Administrativo. Recurso Especial [...]. Recorrente: Superintendência do Porto de Itajaí. Recorrido: Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ. Relatora: Min. Eliana Calmon. Brasília, 13 nov. 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24619777/recurso-especial-resp-1386994-sc-2013-0152898-6-stj/inteiro-teor-24619778>. Acesso em: 15 ago. 2020.

CAPÍTULO 2 - A PRODUÇÃO DE ATO NORMATIVO PARA O PREENCHIMENTO DE ESPAÇOS NORMATIVOS EM ABERTO DA LEGISLAÇÃO SETORIAL, COMO MEDIDA PRECÍPUA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS, NO DESEMPENHO DE SUAS FINALIDADES INSTITUCIONAIS

2.1 O ato normativo como produto do poder regulamentar das agências reguladoras federais

Ultrapassada a questão referente à constitucionalidade do poder regulamentar das agências reguladoras, vimos que são diversos os fundamentos jurídicos em que se apoiam a doutrina pátria e a jurisprudência, para respaldar o seu amplo poder, não existindo consenso entre si.

Do cotejo das teorias jurídicas discriminadas no primeiro capítulo, partilhamos o entendimento, segundo o qual o fundamento do amplo poder regulamentar das agências reguladoras federais aproxima-se mais do da delegação legislativa, embora não como uma delegação ou uma transferência legislativa propriamente e, sim, pela característica, proposital, de baixa densidade normativa que assume a legislação setorial, conforme veremos com mais detalhamento nos próximos tópicos, o que confere uma maior margem de atuação e integração normativa às agências, nas matérias ali tratadas, com supedâneo constitucional explícito.

O fundamento jurídico-constitucional de atribuição deste poder é aferível através dos seus artigos 174, 177, §2, III e 21, XI, quando a Constituição, respectivamente, conferiu a função de agente normativo e regulador ao Estado, no âmbito da ordem econômico-social e previu a criação de órgãos reguladores para tanto.

Desse modo, as características conferidas ao poder regulamentar das agências reguladoras e o seu lastro jurídico não se confundem com o poder regulamentar contido no artigo 84, IV, da Constituição Federal, de competência privativa do Presidente da República, cuja prerrogativa é editar atos gerais que têm, como função, permitir a fiel aplicação da lei ou de outro ato normativo

primário, viabilizando o seu cumprimento, nem com o poder regulamentar tradicional da Administração.¹⁶²

A função reguladora das agências tem um sentido mais amplo, abrangendo a própria regulamentação¹⁶³¹⁶⁴. Entende-se, inclusive, que a nomenclatura mais apropriada, para a função normativa conferida às agências, seria poder regulador, à luz da literalidade dos próprios textos constitucionais que as legitimam e que respaldam uma função normativa mais ampla que a de mera execução de lei.¹⁶⁵

Não obstante, seu poder regulamentar apresentar características um pouco diversas do tradicional poder regulamentar, em sendo as agências reguladoras integrantes do Poder Executivo e da Administração Pública Indireta, os seus institutos apresentam pontos de contato, a exemplo da natureza jurídica de ato administrativo de sua produção normativa.

Os atos normativos das agências reguladoras multiplicam-se e afetam, cada vez mais, a vida do cidadão brasileiro, até mais do que as leis editadas pelo Congresso Nacional.¹⁶⁶

Estes atos apresentam características de normas de caráter geral, abstratas, impessoais, voltados ao preenchimento da legislação setorial que os circunda, completando o seu sentido, sem, contudo, contrariá-la, e de observância

¹⁶² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 59.

¹⁶³ CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O poder normativo das agências reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2016. p. 209.

¹⁶⁴ “Ao falar em órgão regulador, está a Constituição reconhecendo ao mesmo a possibilidade de regulamentar a lei a partir de conceitos genéricos, princípios, standards, tal como as agências reguladoras norte - americanas.” A despeito de este ser o entendimento de Maria Sylvania apenas no que se refere aos órgãos reguladores que tiveram sua previsão expressa na Constituição Federal, razão não há para não se estender este argumento aos demais. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999b. p. 147.

¹⁶⁵ “Observa-se que o próprio texto constitucional, na sua parte estrutural pertinente, no que concerne à ordem econômica, em contraponto com o art. 5º, II e 84, IV da Constituição Federal, deu tratamento diverso ao que se chama poder regulamentar e seus limites, quando conferiu função de agente normativo e regulador ao Estado, além de prevê expressamente a criação de órgãos reguladores. A menos que os órgãos e entidades reguladoras tenham aptidão para criar normas técnicas, pertinentes aos seus respectivos mercados, não contidas na lei, proporcionando inovação no ordenamento jurídico, torna-se ineficaz, insuscetível de concretização prática e eficiente a intervenção do Estado na economia como ente regulador.” CONCEIÇÃO, Janaina Machado. Fundamento jurídico do poder regulamentar do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2379, 5 jan. 2010. ISSN 1518-4862. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14142>. Acesso em: 21 maio 2020.

¹⁶⁶ ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. **Controle da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Synergia, 2013. Nesse sentido, BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 168.

obrigatória para os particulares que desenvolvem atividades inseridas na sua área de regulação e para os demais envolvidos no campo de esfera de sua atuação.

Qualificam-se, formalmente, como atos normativos secundários que completam o sentido de uma norma legislativa preexistente, atribuindo-lhe a densidade¹⁶⁷ necessária à regulação setorial e à implementação da política pública setorial.

Assim, o seu poder regulamentar, legitimador deste papel normativo, produz atos normativos de grau inferior à lei, voltados à sua complementação, conferindo-lhes exequibilidade e efetividade, para o desempenho de suas finalidades institucionais, em especial, a regulação da prestação de serviços públicos e do exercício de atividades econômicas em sentido estrito, para a promoção das políticas públicas idealizadas pelo Estado e do interesse público¹⁶⁸, pelo que esta ação regulamentar, quando necessária, é um poder-dever, em nome do princípio da igualdade.¹⁶⁹

2.1.1 As agências reguladoras federais como responsáveis pela regulação da prestação de serviços públicos e do exercício de atividades econômicas em sentido estrito

Como é sabido, no modelo de Estado Regulador, com a desestatização, há uma transferência do exercício de atividades econômicas para o setor privado, bem como da execução de muitos serviços públicos. Com a transformação do papel do

¹⁶⁷ AGUIAR, Rodrigo Rodrigues de. **O poder normativo das agências reguladoras**. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Centro, Rio de Janeiro, 2011. p. 56. p. 47.

¹⁶⁸ Merece destaque a opinião em contrário de Alexandre Santos de Aragão, traduzindo o entendimento de Marcos Juruena Villela sobre o poder regulamentar: “Há, contudo, a opinião (verbia gratia, a posição de Marcos Juruena Villela Souto, manifestada no I Congresso Estadual de Advocacia Pública do Rio de Janeiro, Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2001), pela qual apenas o Chefe do Executivo tem poder regulamentar; que determinadas autarquias podem até ter um poder normativo lato sensu, mas que poder regulamentar só o Chefe do Executivo. Afirmam que o poder regulamentar propriamente dito teria conteúdo político, ao passo que as normas editadas por outras autoridades administrativas só podem ter conteúdo técnico.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 382. citação 35.

¹⁶⁹ BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2011. p.352-353.

Estado, este passa a desempenhar funções de planejamento, regulação e fiscalização.¹⁷⁰

Com relação à prestação dos serviços públicos, é sabido que o Estado pode prestá-los diretamente, ou outorgá-los, através de lei, a pessoas jurídicas de direito público ou privada da Administração Indireta, a exemplo de autarquia, fundação, sociedades de economia mista e empresas públicas. Não obstante, com a mudança do seu papel na economia, grande parte destes serviços públicos passou a ser delegado ao setor privado.

Esta exploração¹⁷¹, pelo setor privado, ocorre através de concessão, permissão ou autorização, dentro das competências definidas e permitidas pelo art. 21, da Constituição Federal.¹⁷²

O citado artigo 21, XI, XII e XXIII, da Constituição Federal, trata dos serviços considerados públicos e de competência da União, entre os quais estão os serviços postais, de correio aéreo nacional, de telecomunicações, de radiodifusão, de difusão de sons e imagens, de energia elétrica, de aproveitamento energético de cursos de água, de navegação aérea, aeroespacial, de infraestrutura aeroportuária, de transporte ferroviário e aquaviário, nos casos especificados, de estatística, geografia, geologia e cartografia nacional, de exploração nuclear e similares.¹⁷³

A possibilidade que o Estado possui de delegar e de permitir que o setor privado atue em seu auxílio, cria-lhe deveres de regulamentação, de coordenação e de fiscalização, a fim de que a prestação desses serviços, de interesse público, seja mais eficiente e atenda aos valores sociais plasmados, ou não, no texto constitucional.¹⁷⁴

¹⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras: constituição: transformações do Estado e legitimidade democrática. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, v. 229, p. 285 -311, jul./set. 2002. p. 293.

¹⁷¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 26 jul. 2020. Art. 175, da CF. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

¹⁷² GUERRA, Sérgio. **Controle judicial dos atos regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 39, 45 e 47.

¹⁷³ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1073-1074.

¹⁷⁴ FARO, Júlio Pinheiro. Políticas públicas, deveres fundamentais e concretização de direitos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 250-269, 2013. p.264.

Nessa perspectiva, são as agências reguladoras federais responsáveis por controlar a prestação destes serviços públicos, com o objetivo de torná-los, cada vez mais, eficientes,¹⁷⁵ submetendo-os, total ou parcialmente, a regras próprias do regime jurídico de direito público, caracterizadas pelo predomínio, entre outros, dos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.¹⁷⁶ Suas normas são impositivas para as entidades atuantes no setor regulado.¹⁷⁷

Segundo Marçal Justen Filho, “certa atividade é qualificada como serviço público em virtude de dirigir-se à satisfação direta e imediata de direitos fundamentais.”¹⁷⁸ “É a prestação de utilidades destinadas a satisfazer direta e imediatamente os direitos fundamentais.”¹⁷⁹

Nesse sentido, para este autor, a concessão de um serviço público é um modo de efetivar os valores fundamentais da Constituição Federal, ou seja, é um instrumento de implementação de políticas públicas,¹⁸⁰ para quem o Estado tem o dever de assegurar que as demandas individuais e coletivas sejam satisfeitas, mesmo com a privatização. A empresa privada que assume a atividade correspondente ao serviço público, ainda que através do Direito privado, possui o dever de realizá-lo universalmente, com observância dos princípios da igualdade, continuidade e modicidade das tarifas.¹⁸¹

Ressalta André Ramos Tavares que “é na preservação da dignidade da pessoa humana que se deverá pautar a caracterização de um serviço como público.”¹⁸²

¹⁷⁵ MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito econômico**. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 52-55.

¹⁷⁶ CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 51.

¹⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Primeira Turma). Recurso Especial. **Resp nº 806304/RS**. Processo civil. Administrativo. Ação civil pública [...]. Recorrente: Ministério Público Federal; Tim Celular S/A. Recorrido: União; Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 17 dez. 2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2351987/recurso-especial-resp-806304-rs-2005-0212409-1/inteiro-teor-12222796?ref=serp>. Acesso em: 15 ago. 2020.

¹⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 482.

¹⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 484.

¹⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 500.

¹⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 325.

¹⁸² TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1067.

Para Leila Cuéllar, não obstante parte das atividades reguladas pelas agências reguladoras também ser desenvolvida pelo regime privado, existe um objetivo claro dos agentes reguladores, por uma regulação, com escopo à promoção da eficiência na prestação do serviço público.¹⁸³ Ainda, para a autora, a regulação social não teria um viés primariamente econômico, mas priorizaria a viabilidade da prestação de serviços públicos de caráter universal e à proteção do meio ambiente.¹⁸⁴

A maioria das agências reguladoras atua, principalmente, no controle da prestação de serviços públicos. Nesses casos, o objetivo destas agências é regular adequadamente a sua prestação, a sua qualidade e o seu funcionamento a preços módicos, para proporcionar o seu alcance a todos os cidadãos, vislumbrando um equilíbrio entre o Estado, os usuários do serviço e seus delegatários, resguardando o interesse coletivo e dinamizando a ação do Estado na economia, sempre com a finalidade de garantir um funcionamento em condições de excelência tanto para fornecedor/produzidor como principalmente para o consumidor/usuário.¹⁸⁵ Há um sopesamento de todos os interesses envolvidos.

No que compete às atividades econômicas em sentido estrito, algumas destas também estão sob a fiscalização dos órgãos reguladores, cuja missão é assegurar a livre concorrência, sem, entretanto, descuidar da qualidade dos produtos e serviços, entre outras medidas preventivas, e da defesa dos consumidores.

Nesse caso, o Estado não assume diretamente o exercício da atividade empresarial, mas interfere, no mercado, através de seus instrumentos de autoridade.¹⁸⁶

¹⁸³ CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 79.

¹⁸⁴ CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 54.

¹⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Primeira Turma). Recurso Especial. **Resp nº 806304/RS**. Processo civil. Administrativo. Ação civil pública [...]. Recorrente: Ministério Público Federal; Tim Celular S/A. Recorrido: União; Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 17 dez. 2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2351987/recurso-especial-resp-806304-rs-2005-0212409-1/inteiro-teor-12222796?ref=serp>. Acesso em: 15 ago. 2020.

¹⁸⁶ Carlos Ari Sundfeld anota que: “a regulação enquanto espécie de intervenção estatal, manifesta-se tanto por poderes e ações com objetivos declaradamente econômicos(o controle de concentrações empresariais, a repressão de infrações à ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado) como por outros com justificativas diversas,

Dentro desse rol de atividades afetas à disciplina e controle das agências reguladoras estão as seguintes: serviços públicos propriamente ditos (ANEEL, ANATEL, ANTT, ANTAQ E ANAC); as atividades de fomento e fiscalização de atividade privada (ANCINE); atividades exercidas para promover a regulação, a contratação e fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo (ANP); atividades que o Estado também desempenha e, em o protagonizando, serão consideradas serviços públicos, embora paralelamente sejam facultadas aos particulares (ANVISA, ANS) e exploração de bem público (ANA).¹⁸⁷ A Lei nº.13.575/17 criou a mais jovem agência reguladora, a ANM, responsável pelo planejamento, fomento da exploração mineral e aproveitamento dos recursos minerais, bem como por superintender as pesquisas geológicas, minerais e de tecnologia mineral, e por assegurar, controlar e fiscalizar o exercício das atividades de mineração em todo o território nacional.

De forma mais resumida, é possível afirmarmos que as agências reguladoras se prestam a regular três situações: regular monopólios, regular a concorrência e os serviços públicos.¹⁸⁸

Depreende-se, outrossim, que, em ambas as atividades econômicas, tanto nas de sentido estrito, como na de prestação de serviços públicos, a finalidade da regulação é implantar um programa regulatório - política pública de regulação - e satisfazer o interesse público.¹⁸⁹

Portanto, no exercício de suas funções, compete, às agências reguladoras, o zelo pelo cumprimento dos contratos de concessão, o fomento pela

mas efeitos econômicos inevitáveis (medidas ambientais, urbanísticas, de normalização, de disciplina das profissões, etc)". SUNDFELD, Carlos Ari (org.) *Serviços Públicos e regulação estatal*. In: _____. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 18 e 23.

¹⁸⁷ Categorização oferecida por Celso Antônio Bandeira de Mello. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 170-171.

¹⁸⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 27.

¹⁸⁹ MAURANO, Adriana. **A função normativa das agências reguladoras no Brasil e o princípio da legalidade**. São Paulo: Scortecci, 2006. p. 82. Nas palavras da autora, a política pública de regulação se dá através "a) da elaboração de regras gerais que disciplinem a atividade sob sua tutela(regulamentando a prestação de serviços públicos, definindo tarifas, etc); b) controle da execução das atividades, recebendo e investigando denúncias e reclamações; c) aplicação de sanções aos agentes sob sua vigilância, nos termos da Constituição Federal, da Lei de Processo Administrativo (Lei 9784/99) e de outras leis específicas; d) solucionando conflitos e questões controversas postas a seu encargo. Nas hipóteses de regulação de serviços públicos, somam-se ainda as tarefas exercidas pelo poder concedente, a saber: a) realização de licitações para a escolha do concessionário, permissionário ou autorizatário; b) encampação da atividade; c) rescisão do contrato; e) reversão de bens ao término do prazo de vigência do contrato."

competitividade, a indução à universalização dos serviços, a definição das políticas tarifárias e a solução de conflitos entre o poder concedente, os concessionários e usuários.¹⁹⁰

Com isso, a regulação supre as falhas do mercado, utilizando-se de instrumentos jurídicos pré-estabelecidos que permitam a tentativa de equalização, do equilíbrio na atividade dos agentes econômicos, buscando sempre compatibilizar o interesse público posto à proteção da Administração e os direitos e garantias fundamentais.¹⁹¹

2.1.2 As agências reguladoras federais como responsáveis à satisfação do interesse público

A missão precípua de todas as agências reguladoras federais é a persecução do interesse público identificado na norma ou decorrente da ponderação dos diversos valores jurídicos protegidos pelo ordenamento e envolvidos, concretamente, em cada decisão administrativa¹⁹², sendo dever jurídico da Administração Pública atingi-lo, da maneira mais eficaz possível. Frise-se que o interesse público, em foco, é o primário, responsável pelas atividades – fim de realização das necessidades coletivas.

A doutrina pátria perfilha que a nomenclatura interesse público apresenta natureza jurídica de conceito jurídico indeterminado. Afirma-se, inclusive, que este é “por natureza, o mais amplo e plurissignificativo dos conceitos indeterminados.”¹⁹³ Isso ocorre, em razão de sua conceituação variar, conforme o caso concreto posto sob análise. “Tal característica possibilita a sua melhor adequação e aplicação ao caso concreto”.¹⁹⁴

¹⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras: constituição: transformações do Estado e legitimidade democrática. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, v. 229, p. 285 -311, jul./set. 2002. p. 310.

¹⁹¹ CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 53.

¹⁹² GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 115, p. 267-318, jul./dez. 2017. p. 278-281.

¹⁹³ BORGES, Alice Gonzalez. Interesse público: um conceito a determinar. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 205, p. 109-118, 1996. p.115.

¹⁹⁴ HACHEM, Daniel Wunder. **O princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011b. p. 276.

Nessa perspectiva, como conceito jurídico indeterminado, apresenta a vantagem de adquirir uma conceituação mutável, dependente da interpretação conferida ao ordenamento jurídico, diante do contexto histórico em cotejo e, pois, dos valores sociais ressaltados em cada época,¹⁹⁵ realizando-se através da proteção dos valores que a sociedade elege como relevantes.

“Somente a partir da concretização das normas constitucionais e legais vigentes (essas, sim, juridicamente relevantes) pode-se alcançar, em determinada circunstância, a dimensão do que seja o interesse público.”¹⁹⁶

Com a Constituição Federal de 1988 e a constitucionalização do direito administrativo, exsurge a necessidade de releitura dos principais paradigmas, até então, deste direito¹⁹⁷, entre os quais, o princípio da supremacia do interesse público¹⁹⁸, que cede lugar à necessidade de ponderação dos interesses envolvidos na atuação administrativa, seja em razão de haver múltiplos interesses públicos, seja pelo fato de a Constituição Federal consagrar direitos fundamentais que precisam ser respeitados e promovidos pelo Estado. Ocorre a passagem de uma viciosa relação de supremacia a uma virtuosa relação de ponderação.¹⁹⁹²⁰⁰

A nova interpretação conferida à então supremacia do interesse público sobre o privado, afetando positivamente a relação entre Administração e administrado, deve-se, em grande parte, pela importância conferida, pela atual Constituição vigente, aos direitos fundamentais e pela inserção da dignidade humana, como fundamento de todo o sistema.

¹⁹⁵ GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 115, p. 267-318, jul./dez. 2017. p. 278.

¹⁹⁶ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-31, jan./mar. 2005. p. 18.

¹⁹⁷ SALES, Pedro Carneiro. O conflito entre direitos fundamentais e interesse público: uma questão de proporcionalidade. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 14, n. 2, p. 801-830, jul./dez. 2019. p. 814.

¹⁹⁸ Com relação à desconstrução do princípio da supremacia do interesse público, vide: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 26.

¹⁹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p.129-156, jan./mar. 2003. p. 142.

²⁰⁰ Vide o trabalho pioneiro de Humberto Bergmann Ávila sobre a não existência de um princípio da supremacia do interesse público: Repensando o "Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". ÁVILA, Humberto Bergmann. **O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**, [S.l.: s.n.], 1999. p. 99-127.

Em uma ordem constitucional, como a nossa, voltada à promoção dos direitos fundamentais, não é válido considerar uma hierarquia absoluta e em abstrato do interesse público sobre o privado.

Em verdade, os interesses públicos e privados guardam uma conexão de sentido que impõem a ideia de mútua complementação e auto-delimitação, que não os tornam antagônicos ou conflitantes, ao contrário, fazem-nos se complementar e harmonizar, de tal sorte que a realização de um importa na tutela do outro.²⁰¹ Não é suficiente apenas a busca do interesse público inserido na norma, mas o equilíbrio entre esta finalidade e os direitos individuais contidos na Constituição da República de 1988.

Não raro, a compreensão sistemática da Carta Constitucional brasileira impõe a necessidade de realização de uma certa finalidade pública, através de norma que vise à promoção ou defesa de direitos individuais,²⁰² podendo coincidir, inclusive, o conceito de interesse público com o de interesse do particular.²⁰³

A realização de interesses particulares, quando em confronto com interesses públicos não constitui desvio de finalidade para a Administração, pois aqueles são também fins públicos, denotando que a proteção de um interesse privado constitucionalmente consagrado, ainda que, parcialmente, representa, da mesma forma, a realização de um interesse público. A satisfação de um representa igualmente o sucesso do outro.²⁰⁴ Noutro giro, reconhece-se a excepcional restrição dos direitos e garantias fundamentais pelo interesse público, caso justificada a sua limitação.²⁰⁵

²⁰¹ MOURA, Emerson Affonso da Costa Moura. Direito administrativo, direitos fundamentais e regime jurídico administrativo: a reconstrução dos seus fundamentos à luz do estado democrático de direito, p. 192-221. In: CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes Caldas; STELZER, Joana; BIRNFELD, Liane Francisca Hüning (coord.). **Direito e administração pública** [Recurso eletrônico on-line], Florianópolis, CONPEDI, 2014.

²⁰² BUSSATO, Carlos Ernesto Maranhão. **Reflexões críticas acerca do papel e significado do interesse público no direito administrativo brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós – Graduação em Direito, 2011. p. 83.

²⁰³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 157.

²⁰⁴ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-31, jan./mar. 2005. p. 16.

²⁰⁵ MOURA, Emerson Affonso da Costa Moura. Direito administrativo, direitos fundamentais e regime jurídico administrativo: a reconstrução dos seus fundamentos à luz do estado democrático de direito, p. 192-221. In: CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes Caldas;

Desse modo, a “intelecção do que seja o interesse público vai apontar não para a ocorrência de colisão, mas sim para a convergência entre este e interesses legítimos dos indivíduos, sobretudo aqueles que se qualificarem como direitos fundamentais”²⁰⁶, sendo atendidos através da promoção dos direitos individuais ou na imbricação entres estes e os de cunho coletivo, vedando prevalências antecipadas.²⁰⁷

A nossa Carta Magna indica a necessidade de respeito simultâneo dos interesses privados e públicos, a fim de que haja o maior atendimento possível de certos princípios – onde esses interesses se traduzem em valores -, com a mínima desatenção aos demais.

Nesse diapasão, ora o interesse público prevalece sobre o privado, mas sem esvaziá-lo, ora o interesse público prevalece sobre o privado, por ser este ilegítimo, ora o interesse público coincide com o privado, ora ambos se realizam mútua e equivalentemente.

A realização do interesse público, com a vigência da nova ordem constitucional, assume uma dimensão ética, incorporando tanto interesses da maioria, como das minorias, bem como de apenas um indivíduo, em prol da coletividade,²⁰⁸ tendo em vista que, para a verdadeira concretização deste bem-comum e, pois, dos valores que devem ser perseguidos pelo Estado Democrático de Direito, todos estes interesses devem ser protegidos.

Esta sociedade plural e a segmentação dos diferentes grupos exigem que a ação administrativa ocorra em respeito a esta multiplicidade de interesses e na

STELZER, Joana; BIRNFELD, Liane Francisca Hüning (coord.). **Direito e administração pública** [Recurso eletrônico on-line], Florianópolis, CONPEDI, 2014.

²⁰⁶ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia Constitucional. *In*: SARMENTO, Daniel (org.) **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 81.

²⁰⁷ BUSSATO, Carlos Ernesto Maranhão. **Reflexões críticas acerca do papel e significado do interesse público no direito administrativo brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós – Graduação em Direito, 2011. p. 88.

²⁰⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 45-46.

busca da preservação da dignidade da pessoa humana e dos direitos que dela derivam. Este dever pauta também toda a atividade regulatória.²⁰⁹

Por ser variado e complexo o interesse público, a lei é capaz apenas, em alguns casos, de predefinir qual interesse público deverá ser atendido, não dando margem de escolha para o administrador; em outros, entretanto, escapa à previsibilidade do Poder Legislativo o interesse público que deve ser protegido, não acompanhando a necessária dinâmica da atividade administrativa, pelo que deixa certo espaço de liberdade para que a Administração Pública, dentro dos parâmetros legais e principiológicos aplicáveis, escolha o meio pelo qual irá buscar a realização deste interesse, que não é identificado de pronto, mas apenas à luz de circunstâncias concretas.²¹⁰ Sob este viés, mister pontuar que não reina um campo intangível e insindicável de escolha na atuação administrativa, ao contrário, a Administração se sujeita aos limites e deveres impostos pela Constituição, em especial, aos direitos fundamentais.²¹¹ A dicção fundamental do interesse público se deslocou para a sede constitucional, permanecendo as normas infraconstitucionais apenas com a missão de especificá-lo, na medida do possível.

212

Nessa trilha, elencamos algumas das vozes modernas que corroboram com a ideia de superação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, bem como que traçam, *prima facie*, o possível conteúdo deste interesse público.

Para Marçal Justen Filho, interesse público coincide com a salvaguarda dos direitos fundamentais. O núcleo do direito administrativo reside não no interesse público, mas na promoção dos direitos fundamentais indisponíveis. A invocação, ao interesse público, pressupõe a realização de direitos fundamentais. O processo de satisfação do direito conduzirá à prevalência de interesses, mas não de forma antecipada, sendo escolhido o interesse do Estado, da maioria ou minoria das pessoas, em razão das circunstâncias e desde que essa seja a solução mais

²⁰⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 42-43.

²¹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 81-82.

²¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 44-48

²¹² SADDY, A. **Discricionariedade administrativa nas normas jurídicas em abstrato: limites e técnicas de contenção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

compatível com o ordenamento jurídico e represente o modo mais adequado e satisfatório da realização dos direitos fundamentais protegidos constitucionalmente.²¹³

Na visão de Gustavo Binbenbojm, o significado do que é o interesse público e de sua supremacia sobre os interesses particulares não está mais ao inteiro arbítrio do administrador, dependendo de juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados.²¹⁴

Alexandre Santos de Aragão sustenta que a realização do interesse público perpassa pelo atendimento aos direitos fundamentais individuais, coletivos e difusos, bem como que qualquer ação ou omissão da Administração Pública só pode beneficiar ou prejudicar pessoas, em prol da realização de objetivos previstos no ordenamento jurídico, legitimamente aferidos.²¹⁵

Para Emerson Gabardo e Maurício Resende, inclusive, a conceituação de interesse público envolve muito mais que a perseguição apenas dos direitos fundamentais, constituindo estes apenas parcela do conteúdo jurídico do que se está a tratar.²¹⁶ Senão vejamos:²¹⁷

A natureza ética do interesse público se fundamenta apenas inicialmente, como ponto de partida, na dignidade da pessoa humana. O conteúdo do interesse público, portanto, não se restringe aos ditames inerentes aos direitos fundamentais, mas é compreendido a partir de todo o ordenamento jurídico estabelecido pela Constituição da República de 1988 – que impõe um modelo de Estado social ao Brasil pautado pelo objetivo geral da felicidade do povo – ou seja, o máximo possível de bem-estar.

Nesse sentido, Ricardo Martins defende que Constituição positivou todos os valores que devem ser perseguidos pelo Estado brasileiro para a concretização

²¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 58-59.

²¹⁴ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-31, jan./mar. 2005. p. 8

²¹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 81.

²¹⁶ GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 115, p. 267-318, jul./dez. 2017. p. 307.

²¹⁷ GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 115, p. 267-318, jul./dez. 2017. p. 310.

do bem comum, para ele, tratado como sinônimo de interesse público. No nosso ordenamento jurídico, o interesse público está fixado na Constituição Federal, através do rol de princípios jurídicos, expressos e implícitos, consistentes na positivação dos valores cuja concretização foi considerada necessária, pelo constituinte, para a realização do bem comum.²¹⁸

Depreende-se que a compreensão do que vem a ser o interesse público, em um ordenamento constitucional, como o brasileiro, leva à conclusão de que se trata de conceito vinculado essencialmente com as finalidades pretendidas pela norma e cujo preenchimento impescinde o atendimento aos princípios gerais de direito público, explícita ou implicitamente, consagrados no ordenamento, notadamente os da legalidade ampla e da impessoalidade, como atuação essencialmente desinteressada.²¹⁹

À Administração, portanto, é concedida a garantia de construção do significado do interesse público em cada ato que pratica, dentro do seu âmbito de liberdade discricionária, respeitados os limites impostos pelo princípio da juridicidade, ou seja, sua atuação não pode configurar afronta à norma jurídica, tampouco restringir, de maneira desmedida, direitos individuais daqueles que, de alguma forma, são atingidos direta ou indiretamente.²²⁰ O melhor interesse público somente é obtido, mediante um procedimento racional que englobe a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que possibilite a realização de todos eles na maior extensão possível.²²¹

Por todo o exposto, conclui-se que o interesse público e os direitos fundamentais estão em constante interação, ora convergindo, ora divergindo, mas nunca se excluindo ou anulando. Como a satisfação de ambos é dever das

²¹⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios dos atos administrativos**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 36.

²¹⁹ BUSSATO, Carlos Ernesto Maranhão. **Reflexões críticas acerca do papel e significado do interesse público no direito administrativo brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós – Graduação em Direito, 2011. p. 71

²²⁰ BUSSATO, Carlos Ernesto Maranhão. **Reflexões críticas acerca do papel e significado do interesse público no direito administrativo brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós – Graduação em Direito, 2011. p. 68.

²²¹ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-31, jan./mar. 2005. p. 30.

agências reguladoras federais, por estarem compromissadas com a regulação econômica e social de setores relevantes e essenciais da sociedade, o interesse público perseguido, por estes entes, alia-se fortemente ao espírito da proteção e efetivação dos direitos fundamentais, pelo que, mesmo quando necessário limitações, por receberem o mesmo tratamento jurídico, impõe-se a harmonização e o respeito ao núcleo essencial de cada um deles.^{222 223 224}

2.2 Os limites do poder regulamentar das agências reguladoras federais

As agências reguladoras, conforme esmiuçado nos tópicos anteriores, devem regular a prestação das atividades econômicas em sentido amplo, mas sua função normativa, para tanto, encontra limites e sobre os quais passamos a tratar.

A nova Lei nº13.848/19, em seu Capítulo I, dispõe, de forma padronizada, sobre o processo decisório das agências reguladoras federais, estabelecendo o rito prévio a ser seguido, para a criação ou para a proposta de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados. Em regra, entre as exigências necessárias à formação do ato normativo, está a realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterà os estudos de viabilidade e natureza técnica, econômica, bem como as informações e os dados sobre o seu possível impacto na sociedade, e a participação popular nesta construção, exigindo, outrossim, uma exposição motivada das razões que propiciarem certa decisão, em um dado sentido. Ressalvado o que dispuser a legislação específica, aplica-se o disposto, nesta Lei, às agências reguladoras e às futuramente criadas.

²²² OLIVEIRA, Diogo Pignataro de; MENDONÇA, Fabiano André de Souza; XAVIER Yanko Marcius de Alencar. A governança pública e o estado regulador brasileiro na efetivação do direito fundamental ao desenvolvimento. *In*: MENDONÇA, Fabiano André De Souza; ROCHA FRANÇA, Vladimir da; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar (org.). **Regulação econômica e proteção dos direitos humanos**: um enfoque sob a óptica do direito econômico. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2008. p. 41-89. p. 55.

²²³ SALES, Pedro Carneiro. O conflito entre direitos fundamentais e interesse público; uma questão de proporcionalidade. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 14, n. 2, p. 801-830, jul./dez. 2019. p.822.

²²⁴ Ao falarmos de proteção dos direitos fundamentais, em meio à atuação do Estado Regulador, estamos falando, por exemplo, da proteção do consumidor ante o empresariado detentor de poder econômico, do cidadão que tem o direito a um meio ambiente sadio e limpo, ainda que o desenvolvimento econômico seja, por outro lado, um direito constitucionalmente garantido. QUEIROZ, Lizziane Souza; MENDONÇA, Fabiano André de Souza. O Papel do Estado Regulador na Concretização dos Direitos Fundamentais. *In*: MENDONÇA, Fabiano André De Souza; ROCHA FRANÇA, Vladimir da; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar (org.). **Regulação econômica e proteção dos direitos humanos**: um enfoque sob a óptica do direito econômico. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2008. p. 121-150. p. 129.

A motivação, pelas agências reguladoras, sinaliza o respeito à garantia do devido processo legal administrativo e, pois, viabiliza o direito de defesa, em respeito, também, aos mandamentos constitucionais do artigo 5º, incisos LIV e LV e da Lei nº 9.784/99, mormente, quando o ato se perfaz, em perspectiva de confronto com a esfera de direitos individuais dos administrados.²²⁵

Ultrapassada a observância destes requisitos formais inafastáveis à produção do ato normativo, passamos a tratar do seu conteúdo material.

A Constituição Federal, ao conferir, ao Estado, o dever de regulador da ordem econômica e ao anunciar órgãos reguladores como responsáveis por esta atribuição, entregou-lhes os instrumentos necessários, para o seu desempenho, entre os quais, a função normativa.

Verifica-se, no artigo 174, que sedia a regulação econômica em geral, uma atribuição originária de competência normativa ao ente que adquirir, nos termos da lei, a responsabilidade de agente regulador, dentro do esquadro de repartição de funções estabelecidas na Carta Política.²²⁶ Em decorrência deste imperativo constitucional, sobrevieram as leis instituidoras das agências reguladoras, para lhe dar concretude.

Da leitura única dos citados artigos constitucionais, é possível extrair que a Constituição Federal não limitou o campo de atuação deste poder normativo, deixando esta limitação a cargo da legislação específica, cujo poder, nada obstante, não é indiscriminado, pois seus ditames precisam ser coerentes com o restante da Constituição Federal, pelo que se deve conferir a interpretação que melhor atenda aos seus mandamentos, e ao princípio da unidade constitucional, que visa à harmonia entre as suas normas.²²⁷

Nesse sentido, é preciso compatibilizar o mandamento constitucional que confere poder normativo e regulador ao Estado com o que estabelece que parcela

²²⁵ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O dever de motivação na edição de atos normativos pela administração pública. **A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 55-73, jul./set. 2011. p. 59-60.

²²⁶ CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O poder normativo das agências reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2016. p.167.

²²⁷ CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O poder normativo das agências reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2016. p.223.

significativa da competência normativa é do Poder Legislativo.²²⁸ É cediço que, no modelo político vigente brasileiro, compete ao Legislativo traçar as orientações gerais referentes à sua política administrativa e econômica, sendo a lei o veículo próprio, para promover, em regra, inovação na ordem jurídica, no que se refere a estas matérias, bem como às demais insertas, pela Constituição Federal, nos artigos 22 e 24, cujo teor, respectivamente, aponta, competir, de forma privativa, à União legislar sobre e, concorrentemente, com os Estados e Municípios; ao Executivo, a sua regulamentação, quando cabível, do conteúdo legal.

Do mesmo modo que a Constituição Federal não dita, expressamente, a extensão do poder regulamentar das agências reguladoras, também não aponta a densificação mínima do conteúdo normativo das matérias sujeitas à reserva legal relativa, pela que esta delimitação pode ser extraída com base em uma análise conjunta dos demais artigos constitucionais, combinada com o artigo 48, o qual dispõe que cabe, ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta, para o especificado nos artigos 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, ressalvados os limites constitucionais e com o artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que revoga qualquer dispositivo legal atribuindo a órgão do Poder Executivo assunto de competência do Congresso Nacional, em particular, a função legislativa.

Depreende-se da leitura desses artigos, em comunhão com o artigo 5º, II, do mesmo diploma, que há uma liberdade do Congresso Nacional, para dispor sobre todos os assuntos que façam parte da esfera de atribuições da União, não significando, contudo, uma permissão para o esvaziamento desta competência, tampouco para sua transferência a outrem. A dosagem deste disciplinamento é que se faz permitido,²²⁹ podendo ser graduado, para melhor atender ao princípio da eficiência.

Vale dizer, não se colhe do texto constitucional que todo regramento alusivo à matéria dos setores social e econômico dê-se estritamente mediante lei

²²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 72.

²²⁹ CONCEIÇÃO, Janaina Machado. Fundamento jurídico do poder regulamentar do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2379, 5 jan. 2010. ISSN 1518-4862. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14142>. Acesso em: 9 maio 2020.

específica e exaustiva, mas sim que se esquadrinhe legislativamente as balizas para uma legítima e constitucionalmente adequada atuação regulamentar, pelas agências reguladoras.²³⁰

Nessa esteira, adentramos propriamente no conteúdo dos atos administrativos normativos produzidos, pelas agências reguladoras, o qual deve estar em harmonia com o conteúdo de suas leis instituidoras, das leis específicas que regulam as matérias setoriais e das leis gerais que vinculam estes entes, ou seja, com todo o subsistema do setor regulado.²³¹ Não obstante, além do respeito à lei, deve estar em consonância com o restante do ordenamento jurídico, mormente com as normas que se encontram no mesmo patamar jurídico que o seu e no hierarquicamente superior.

As leis instituidoras do poder regulamentar das entidades reguladoras federais são de baixa densidade normativa, a fim de possibilitar o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e generalidade, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente. As leis, com essas características, não fornecem maiores elementos, pelos quais o administrador deva pautar sua atuação concreta ou regulamentar, referindo-se genericamente a valores morais, políticos e econômicos existentes no seio da sociedade, conferindo, à Administração Pública, um grande poder de integração do conteúdo da vontade do legislador. São marcadas por uma vagueza que possibilita o manejo dos fenômenos sociais, muito fugazes, para se prestarem ao aprisionamento em uma regra precisa.²³²

²³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4874/DF**. Ação Direta de inconstitucionalidade. Pedido de Interpretação conforme a constituição [...]. Requerente: Confederação Nacional da Indústria. Intimado: Presidente da República. Relatora: Min. Rosa Weber, Brasília, 1 de fevereiro 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339416790&ext=.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020. p. 114.

²³¹ “Há, como balizas para a Administração, (i) o direito haurido da estrutura literal da lei e (ii) o direito proveniente dos valores oriundos das possibilidades de interpretação dessa mesma lei, com fundamento em abertura normativa, de característica plurissignificativa e, mesmo, evolutivo-constructiva.” DEZAN, Sandro Lúcio; VITORIANO CUNHO, Ricarlos Almagro. O substancialismo jurídico na administração pública concretista de direitos fundamentais: a juridicidade administrativa como instrumento de justiça constitucional. **Justiça do Direito**, [S. l.], v. 31, n. 2, p. 304-328, maio/ago. 2017. DOI: <https://doi.org/10.5335/rjd.v31i2.6974>. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/6974/4344>. Acesso em: 15 ago. 2020. p. 317.

²³² ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 441.

A escolha da densidade normativa assumida, por estas leis, é possível, tendo em vista serem responsáveis por disciplinar matérias sujeitas apenas à reserva legal relativa, o que confere ao legislador a liberdade de conferir a densificação jurídica que entenda ser a necessária, para atender à finalidade pretendida, razão pela qual, em certos casos, é capaz de produzir um núcleo normativo extremamente reduzido.

Em verdade, grande parte dos diplomas legais atuais de Direito Administrativo se manifestam através de um regramento básico, revelando-se através de menções a princípios, finalidades e valores, sem esgotar o detalhamento do tema de que tratam, sendo conhecidas, pela doutrina, como “leis-quadro” ou “leis-moldura. Não raras vezes, só apontam a finalidade de interesse público a ser atingida; os meios e as regras necessárias, para tanto, são definidos pela Administração.²³³

Eis o que ocorre, em regra, com as demais leis setoriais que regem o setor econômico ou social de atuação das agências reguladoras, pelo que o nível de densidade normativa (espectro de abertura), de cada uma destas, é o parâmetro da atuação normativa das agências, quando as disciplina, conferindo-lhes eficácia, ou seja, é a dose responsável por informar se há ou não espaço normativo a ser implementado pela agência.

As leis, portanto, que limitam a atuação das agências reguladoras e que possibilitam, sobre seu teor, variadas interpretações, conforme a sua abertura normativa, não se tornam, a priori, por isso, inconstitucionais. São comandos meramente genéricos. E isso ocorre, com muito mais frequência, nestas leis que tratam de matéria de regulação, por ser tema de bastante complexidade.²³⁴

O próprio STF e STJ seguem esta linha de raciocínio. Para ambos, pode a lei, intencionalmente, apenas fixar parâmetros genéricos e standards, permitindo a sua complementação pela espécie normativa secundária, caracterizando fatos,

²³³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 32-33.

²³⁴ “Neste íterim as leis passaram a ser mais genéricas e abstratas, prevendo tão somente o essencial para que não se configure a abdicação normativa ou a delegação do poder legiferante a outro órgão ou entidade, deixando para o Poder Executivo, sempre no exercício do poder regulamentar, a tarefa de completar-lhe o sentido, dando densidade à norma, o que se convencionou chamar de discricionariedade o Administrador Público.” AGUIAR, Rodrigo Rodrigues de. **O poder normativo das agências reguladoras**. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Centro, Rio de Janeiro, 2011. p. 47.

situações ou comportamentos enunciados na lei, cuja determinação, mais precisa, necessite ser embasada em índices, fatores, elementos configurados, a partir de critérios ou avaliações técnicas, segundo padrões uniformes, para a garantia da igualdade e segurança jurídica.²³⁵

A extensão do conteúdo dos atos normativos produzidos pelas agências reguladoras é inversamente proporcional à densidade normativa das leis que os origina. Ou seja, quanto maior a densidade normativa destas leis, menor o espectro de atuação deste Entes, quando da sua regulação, razão pela qual este poder normativo produz tanto normas com conteúdo de fiel execução da lei, como normas que, a despeito de encontrarem limites e ter seus parâmetros de atuação definidos, com maior ou menor exatidão e detalhamento na legislação, acabam criando Direito.

O ponto de partida, portanto, para avaliarmos a extensão que determinado ato normativo regulatório pode assumir, é analisarmos a lei que está regulando. Esta investigação específica de cada lei se deve, como demonstrado acima, em virtude de suas densidades normativas serem variadas, “podendo ir desde normas legais detalhistas até as que fixam apenas standards”²³⁶, o que impossibilita o estabelecimento de critérios apriorísticos do limite do conteúdo regulatório, o qual, conseqüentemente, acaba assumindo características e contornos variados.

Em alguns atos normativos derivados, a maior parte das normas concernentes a uma determinada matéria já se encontra disciplinada na lei, e a matéria permanece regulada principalmente por esta lei e, de forma subsidiária, pelo ato normativo derivado; em outras situações, ao revés, a parte principal da disciplina da matéria é assumida pelo ato normativo secundário, dada a exiguidade da norma legislativa, que não se reveste da normatividade suficiente.²³⁷

Veamos, como já delineado, que esta variação de conteúdo normativo secundário está relacionada com a flexibilidade que a reserva legal relativa proporciona, enquadrando a maioria dos atos produzidos pelas agências reguladoras em atos normativos que inovam, de forma secundária, no mundo

²³⁵ BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 366.

²³⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 39.

²³⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, v. 236, p. 51-6, abr./ jun., 2004. p. 56-57.

jurídico, preenchendo o que a lei de baixa densidade normativa estrategicamente deixou em aberto, por entenderem serem estas agências mais suficientemente idôneas para este mister.²³⁸

Em razão de o seu parâmetro de validade ser a abertura conferida pela lei, inexoravelmente, há uma liberdade normativa em menor ou maior grau²³⁹. Embora munida deste amplo poder regulamentar, não é permitido, às agências reguladoras, extrapolar esta função, indo de encontro a um conteúdo contido em lei, assegurando ao Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que, porventura, exorbitem do poder regulamentar, sendo este o imperativo constitucional do artigo. 49, V da nossa Constituição Federal.

A controvérsia circunda em torno da medida desta inovação jurídica, que, para a maioria da doutrina, não chega a ser propriamente uma inovação, mas uma mera possibilidade de criação de novas regras, sem, contudo, criar direitos ou obrigações.²⁴⁰ Abstraindo-se a hipótese de divergência existente acerca da possibilidade ou não de os atos normativos regulatórios promoverem inovação na ordem jurídica, posto que esta negação torna inócua e frustradas as razões que levaram à instituição das agências reguladoras e do seu amplo poder

²³⁸ GUERRA, Glauco Martins. Agências reguladoras no Brasil: princípio da legalidade e regulação. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 327.

²³⁹ O professor José Santos Carvalho Filho defende que as agências reguladoras possuem um poder técnico expandido, haja vista que o legislador seria incapaz (na verdade, inapto) a disciplinar todas as questões particulares afetas aos objetivos institucionais daquelas entidades autárquicas especiais. *In: CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de direito administrativo*. 27. ed., São Paulo: Atlas, 2014. p. 59.

²⁴⁰ José dos Santos Carvalho Filho entende que, a despeito de o modelo atual do exercício do poder regulamentar, a exemplo do que tem sido encontrado na instituição de algumas agências reguladoras, não servir apenas para complementar a lei, através de normas de conteúdo organizacional, e sim para criar normas técnicas não contidas na lei, proporcionando, em consequência, inovação no ordenamento jurídico, registra que não podem criar direitos e obrigações, mas apenas obrigações subsidiárias ou derivadas. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 62. Marçal Justen Filho pontua que a “sumariedade da disciplina constante de uma lei propicia à autoridade administrativa emitir regulamento para dispor sobre as questões omitidas”, “podendo veicular inovações relevantes no tocante à disciplina legislativa”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 81 e p. 83. Leila Cuéllar entende que o poder regulamentar brasileiro é temperado, não podendo inovar, de forma absoluta, na ordem jurídica, nem impor restrições à liberdade, igualdade e propriedade, ou alterar o estado das pessoas. CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 142.

regulamentar, perdendo o seu sentido de ser e prejudicando a qualidade da ordem econômica e social,²⁴¹ passamos a analisar a extensão desta inovação.²⁴²

Primeiramente, no que concerne à extensão desta inovação, entendemos que a linha de diferenciação existente entre criar novas regras, como alguns preferem defender, e restringir direitos e impor obrigações é muito tênue, quando o objeto de análise é o conteúdo de um ato normativo regulatório decorrente de uma lei de baixa densidade normativa. Outrossim, deixar eventual restrição de direito e imposição de obrigações apenas a cargo da lei, esgotaria o tema legislado, implicando esvaziamento do poder regulamentar destas agências.

Fato é que a maioria das leis que delimitou as atribuições de cada órgão regulador não disciplinou e nem poderia as obrigações e os limites de restrição de direitos que os particulares poderiam sofrer. A questão de ordem fática evidencia-se pela complexidade e alto grau de exigência de conhecimentos técnicos sobre o mercado financeiro e a economia, além da dinâmica do próprio mercado, a demandar um poder regulador que, inevitavelmente, inove a ordem jurídica, especificando os direitos e obrigações, a partir da leitura da lei e afetando, de forma direta, a esfera de direitos dos administrados, porém esse argumento isolado não seria suficiente, se não existisse, conforme acima demonstrado, fundamento jurídico e espeque constitucional, respaldando esta atuação.²⁴³

O que é vedado e, claramente, ilegal é a exigência de obrigações impertinentes ou desnecessárias, em relação à obrigação legal²⁴⁴, destoantes do seu espírito e do seu conteúdo.

²⁴¹ CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 129.

²⁴² As agências têm o condão de produzir atos que inovem a ordem jurídica, não apenas criando novas regras, mas restringindo direitos ou impondo obrigações, afetando, diretamente, a esfera de direitos dos administrados, a exemplo da criação de limitações ou de imposição de novos encargos, como a criação de norma administrativa que prescrevesse uma nova obrigação para uma concessionária de serviço público ou que, em relação a exploradores de espaço público, criasse um novo encargo econômico. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O dever de motivação na edição de atos normativos pela administração pública. **A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 55-73, jul./set. 2011. p. 61.

²⁴³ CONCEIÇÃO, Janaina Machado. Fundamento jurídico do poder regulamentar do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2379, 5 jan. 2010. ISSN 1518-4862. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14142>. Acesso em: 9 maio 2020.

²⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. ver. São Paulo: Atlas, 2017. p. 63.

Sem embargo de inovarem a ordem jurídica nos termos aqui defendidos, a despeito das festejadas opiniões em sentidos contrários e variados²⁴⁵, limitam-se à moldura normativa existente nas leis produzidas dentro do setor regulado e no restante da pirâmide vertical²⁴⁶, não invadindo a esfera de competência dos outros poderes. Dessarte, para além dos parâmetros contidos na respectiva lei permissiva, sujeitam-se ao caso concreto e ao restante do bloco de legalidade, imprimindo a máxima eficiência em sua ação, para a satisfação do interesse público.²⁴⁷

Nessa sequência, além da obediência direta à legislação infraconstitucional delimitadora de sua competência normativa, devem estes agentes respeito à Constituição Federal e a seus princípios jurídicos, não podendo agir em desrespeito, tampouco agravar a posição jurídica dos destinatários, aceitável apenas, quando indispensável, na extensão e intensidade exigidas, para atender ao bem jurídico que possam curar, com respeito à razoabilidade.²⁴⁸ Não se nega a legitimidade constitucional de restringir direitos, quanto tal restrição tenha fundamento idôneo, adequado e proporcional à proteção de outro bem jurídico com assento na Constituição e decorrente de autorização legal.²⁴⁹

Amparam-se, para o desempenho de sua função normativa, além do direito positivo, nas normas-princípios, para cumprir corretamente suas ações de interesse público, suas finalidades precípuas de regulação e, não obstante a segurança

²⁴⁵ Para entender melhor a divergência de entendimento acerca do poder regulamentar das agências reguladoras, vide o panorama apresentado por Henrique Ribeiro Cardoso, que faz uma interessante compilação, que envolvem os autores de maior relevo, expondo os seus entendimentos sobre a natureza dos atos normativos regulatórios, o fundamento deste poder e a possibilidade ou não de inovarem a ordem jurídica. CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O poder normativo das agências reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2016.

²⁴⁶ Com isso, a Agência, por exemplo, ao expedir uma norma sobre o consumo de energia elétrica deve observar os limites das leis específicas que preveem a fruição do mencionado serviço público, bem como as normas do Código de Defesa do Consumidor e todas as outras que lhe são correlatas.

²⁴⁷ CARMO, Flávia Figueiredo Franco; DIAS, Maria Tereza Fonseca; SIMÕES, Fabiana Coelho. O poder normativo discricionário na atividade regulatória da Agência Nacional de Transportes Terrestres e a ausência de controle jurisdicional. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 12, n. 2, p. 212-233, jul./dez, 2017.

²⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 173.

²⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4874/DF**. Ação Direta de inconstitucionalidade. Pedido de Interpretação conforme a constituição [...]. Requerente: Confederação Nacional da Indústria. Intimado: Presidente da República. Relatora: Min. Rosa Weber, Brasília, 1 de fevereiro 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339416790&ext=.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020. p.107.

jurídica, de uma atuação que propicie a justa medida da realização dos valores encontrados na nossa Constituição Federal.²⁵⁰

Vejamos que assume bastante destaque a função dos princípios do Direito Público e do Direito Administrativo, a exemplo dos da proporcionalidade, da moralidade, da eficiência, como limitadores e condicionadores do exercício de qualquer competência discricionária²⁵¹, para deduzir a compatibilidade do ato normativo e do seu conteúdo essencial, com os fins legal e constitucionalmente previstos.²⁵²

Para quaisquer cadernos procedimentais dedicados à satisfação do interesse público, partindo-se da premissa de que compete, à Administração Pública, a par da precípua função atinente ao Poder Judiciário, o dever de interpretar e aplicar o direito ao caso concreto posto à sua decisão, o princípio da legalidade, em harmonia com o princípio da juridicidade, demarcam o agir do Estado concretizador e executor de políticas públicas e a garantia de persecução dos fins públicos, consoante os preceitos legais em sentido lato e, assim, em harmonia com o direito, englobando seus princípios, regras e valores. Não se afasta o princípio da legalidade, mas se amplia o seu alcance, a fim de constar, em seu bojo, o plexo de valores que caminha em consonância com o texto da lei interpretada, consubstanciando campo fértil de incidência e de especial força normativa ao novel princípio da juridicidade, ou da atuação conforme a lei e o direito.²⁵³

A lei é o ponto de partida, e o direito, como ciência dogmática, a sua fronteira intransponível. Em resumo, duas balizas se mostram como impositivas de observância pela autoridade administrativa, na realização executiva dos valores que se presta a proteger: a lei e o decorrente princípio da legalidade, e o direito,

²⁵⁰ DEZAN, Sandro Lucio; BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. A juridicidade do Estado administração na concretização de políticas públicas de saúde: um método para a justificação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. **A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte; Curitiba, ano 16, n. 63, p. 211-238, jan./mar. 2016. p. 219.

²⁵¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 164.

²⁵² MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade. *In*: BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. M. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1172.

²⁵³ DEZAN, Sandro Lucio; BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. A juridicidade do Estado administração na concretização de políticas públicas de saúde: um método para a justificação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. **A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte; Curitiba, ano 16, n. 63, p. 211-238, jan./mar. 2016. p. 222.

compreendido como a juridicidade lograda com a ciência do direito, para autorizar a condução das questões regulatórias com discricionariedade, autonomia, isenção e imparcialidade. O dever de juridicidade dá, à autoridade encarregada da tomada de decisões regulatórias, esse dever de atuação, conforme seu livre convencimento técnico-jurídico (juridicidade administrativa).²⁵⁴

É inerente, às agências reguladoras, no exercício da sua discricionariedade²⁵⁵ técnica, a aplicação de regras, bem como a escolha de meios eficientes, para a implementação de diretrizes, objetivos, princípios expressos na legislação finalística, que, em respeito à regra da proporcionalidade, especificam direitos e obrigações a todos os atingidos pelo setor regulado.²⁵⁶

Corolário a isso, a nova Lei nº 13.848/2019, em seu artigo 4º e 5º, já determina que as agências reguladoras devem observar, em suas atividades, a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público, indicando os pressupostos de fato e de direito que determinaram as suas decisões.

Para os pressupostos de validade do ato, dessa feita, não basta a lei ter previsto os elementos de validade, para a sua prática, é forçoso a estrita observância de todo o ordenamento de direito, sob os seus aspectos positivados e deles decorrentes, com o devido respeito ao processo legal material e formal.²⁵⁷

Nesse diapasão, predomina o entendimento, segundo o qual o ato normativo regulatório, para ter validade, depende da existência de lei, não podendo ir de encontro ao previsto na legislação a que deve submissão, sendo esta, junto à Constituição, o seu parâmetro de validade. Nesse sentido, o quadro normativo dos atos regulatórios é mais reduzido comparado ao legal, haja vista a legislação atuar

²⁵⁴ DEZAN, Sandro Lucio; BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. A juridicidade do Estado administração na concretização de políticas públicas de saúde: um método para a justificação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. **A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte; Curitiba, ano 16, n. 63, p. 211-238, jan./mar. 2016. p. 222.

²⁵⁵ Art. 4º, da Lei nº 13848/2019. A agência reguladora deverá observar, em suas atividades, a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público.

²⁵⁶ CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 278.

²⁵⁷ DEZAN, Sandro Lucio; BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. A juridicidade do Estado administração na concretização de políticas públicas de saúde: um método para a justificação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. **A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte; Curitiba, ano 16, n. 63, p. 211-238, jan./mar. 2016. p. 229.

como uma espécie de “funil” entre a Constituição e o ato administrativo. E, para a sua formação, não há intermediação normativa. Ou seja, por mais que o ato normativo regulatório também crie regras, como entende a maioria, ou inaugure conteúdo normativo, ele age de modo secundário (fonte secundária do Direito), dentro dos parâmetros previstos na lei, que é a fonte primária do Direito – inovação primária.²⁵⁸

Desse modo, o alcance do poder regulamentar, das agências reguladoras federais, perpassa pelo entendimento que, a despeito de os seus atos normativos possuírem legitimidade, para, em certas circunstâncias, produzirem conteúdo inovador, criando obrigações, deveres ou direitos, não previstos na lei, fazem com base nas diretrizes desta lei, sem, portanto, perderem a sua natureza jurídica formal secundária. A distinção entre estes atos seria apenas quanto ao maior ou menor detalhamento (dosagem normativa) que cada um precisa adquirir, para tornar viável a execução da lei que os legitima, mesmo que implicitamente.²⁵⁹ Ou seja, a circunstância de as agências reguladoras gozarem de um acentuado grau de autonomia não tem o condão de subverter a clássica hierarquia formal existente entre os seus atos e os atos legislativos.²⁶⁰

Portanto, as agências reguladoras possuem competência, através do seu poder regulamentar, de promover a complementação legal, para concretizar a sua finalidade pública, o que se fará de modo mais robusto ou não, conforme o nível da abertura legislativa, pelo que devemos aferir a sua compatibilidade com os padrões básicos mínimos configurados na lei e com os fins constitucionalmente previstos, observando do princípio da proporcionalidade.²⁶¹

Diante da possibilidade de as agências reguladoras produzirem atos normativos, com força de lei, aptos a inovarem, secundariamente, a ordem jurídica, pelas razões e contornos aqui delimitados²⁶², resta-nos o questionamento se há

²⁵⁸ DUARTE JÚNIOR, Ricardo. A natureza jurídica dos atos normativos elaborados pelas agências reguladoras. *Revista de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 61, jul./set. 2015. p. 189.

²⁵⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 409 e 411-414.

²⁶⁰ BINENBOJM, Gustavo. Agência Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. *Revista. Dir. Adm.* Rio de Janeiro, 240:147-165, abr./jun, 2005, p. 156.

²⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade. *In*: BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. M. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p 1172.

²⁶² A grosso modo, a doutrina pátria moderna e a jurisprudência comungam das conclusões aqui lançadas, quanto ao amplo poder regulamentar das agências reguladoras federais e à

respaldo jurídico- constitucional, para estas agências, produzirem atos normativos com substrato de validade retirado diretamente da Constituição Federal, sem prévia lei disciplinadora da matéria, assumindo um conteúdo jurídico- normativo primário, como veículos introdutórios de normas. Noutras palavras, somente a lei, como ato normativo primário, teria a primazia de criar direitos e obrigações com fulcro direto na Constituição Federal?²⁶³

Utilizamo-nos da expressão “assumir um conteúdo jurídico normativo primário”, considerando-se que os atos normativos das agências reguladoras, formalmente, não podem ser considerados primários, pois não são produzidos com esboço no processo legislativo constitucional. O ato normativo primário é aquele que inova, originariamente, a ordem jurídica e é produzido em decorrência direta da Constituição Federal, tendo nesta o seu critério de validade, obedecendo tanto ao processo legislativo nela inserido quanto aos princípios constitucionais que orientam a sua elaboração. Este ato normativo tem a qualidade de criar, modificar e revogar relações jurídicas, sempre em observância ao que preceitua a Constituição. Para tanto, são revestidos dos atributos da generalidade, impessoalidade e abstratividade.²⁶⁴

Nessa esteira, apegados ao amplo poder regulamentar conferido às agências reguladoras federais, abordaremos, no capítulo seguinte, os fundamentos

necessidade de conformação de suas normas com a ordem constitucional e legal vigente, embora com variações na tradução do raciocínio e na sua fundamentação. O próprio Supremo, a despeito de concluir pela impossibilidade de as agências reguladoras federais criarem ou extinguirem direitos e obrigações, admite a possibilidade de estes Entes especificá-los e criarem regras novas, com base apenas em diretrizes, objetivos e princípios contidos na lei, ou seja, sem estarem expressamente definidos. O STJ, noutro passo, mas na mesma sintonia, admite que as agências reguladoras criem novas regras, inovando na ordem, contudo apenas parcialmente, conforme detalhado nos capítulos anteriores.

²⁶³ Sobre o tema de ato normativo primário regulatório, registra-se que a doutrina pátria, em sua maioria, não admite esta criação, nem os tribunais superiores. Com relação ao STF, entendemos que ainda caminha para uma orientação mais definida acerca do alcance deste poder regulamentar, especialmente no que se refere à possibilidade de produção normativa primária pelas agências reguladoras. Embora atualmente não reconheça a vocação das agências para esta produção, já evoluiu na matéria, como já demonstramos em capítulo anterior, ao reconhecer que o ato normativo regulatório não é inferior nem exterior à legislação. Outrossim, a despeito de não se tratar de ato normativo regulatório, em 16/02/06, na ADC n°.12, proferiu decisão se manifestando favorável à produção normativa primária pelo CNJ, com parâmetro de validade retirado diretamente da Constituição, independente de lei. Sobre esta orientação, trataremos melhor mais à frente.

²⁶⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Vocabulário Jurídico** (Tesouro), Brasília, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarTesouro.asp?txtPesquisaLivre=ATO%20NORMATIVO>. Acesso em: 25 maio. 2020.

jurídicos aptos a legitimizar esta produção normativa regulatória de conteúdo primário e, por conseguinte, as condições em que esta seria legítima.²⁶⁵

²⁶⁵ Sobre o tema de ato normativo primário regulatório, registra-se que a doutrina pátria, em sua maioria, não admite esta criação, nem os tribunais superiores. Com relação ao STF, entendemos que ainda caminha para uma orientação mais definida acerca do alcance deste poder regulamentar, especialmente no que se refere à possibilidade de produção normativa primária pelas agências reguladoras. Embora atualmente não reconheça a vocação das agências para esta produção, já evoluiu na matéria, como já demonstramos em capítulo anterior, ao reconhecer que o ato normativo regulatório não é inferior nem exterior à legislação. Outrossim, a despeito de não se tratar de ato normativo regulatório, em 16/02/06, na ADC n°.12, proferiu decisão se manifestando favorável à produção normativa primária pelo CNJ, com parâmetro de validade retirado diretamente da Constituição, independente de lei. Sobre esta orientação, trataremos melhor mais à frente.

CAPÍTULO 3 - A LEGITIMIDADE DO ATO NORMATIVO REGULATÓRIO PRIMÁRIO, À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

3.1 A força normativa da Constituição Federal como fundamento jurídico direto para a edição de ato normativo regulatório primário

Uma das grandes mudanças de paradigmas ocorridas, ao longo do século XX, foi a atribuição, à norma constitucional, do status de norma jurídica. Superou-se o modelo que vigorou na Europa, até meados do século XIX, segundo o qual a Constituição era um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos, tendo em vista a concretização de seu conteúdo ficar invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Com a reconstitucionalização que sobreveio à Segunda Guerra Mundial, esse quadro começou a ser alterado. Logo na Alemanha, e, com muito mais retardo, na Itália, em Portugal e na Espanha.²⁶⁶

No Brasil, esta mudança foi mais demorada, tendo ocorrido com o fim do regime militar, consolidando-se com a redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988. Neste cenário, o fenômeno da força normativa alcança a nossa Constituição,²⁶⁷ elevando o seu texto ao centro do sistema jurídico, passando a desfrutar não apenas da supremacia formal, mas da supremacia material, fortalecida pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios.²⁶⁸

O seu conteúdo material se propaga com força normativa para todo o sistema jurídico brasileiro, repercutindo sobre os demais Poderes e sobre a relação destes com os particulares.²⁶⁹ As suas disposições constitucionais possuem caráter

²⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 255.

²⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 99.

²⁶⁸ ALVES, Amanda Fontelles; FAMPA, Daniel Silva. A constitucionalização do direito administrativo e seus reflexos sobre a discricionariedade administrativa. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, Belém, v. 5, n. 2, p. 76 – 95, jul./dez. 2019. p. 78.

²⁶⁹ ALVES, Amanda Fontelles; FAMPA, Daniel Silva. A constitucionalização do direito administrativo e seus reflexos sobre a discricionariedade administrativa. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, Belém, v. 5, n. 2, p. 76 – 95, jul./dez. 2019. p. 78.

vinculante e obrigatório. Ou seja, são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas.²⁷⁰

A força normativa da Constituição permite-nos afirmar que “todas as normas constitucionais possuem força normativa, o que implica reconhecer-lhes, necessariamente, alguma sorte de eficácia, sempre.”²⁷¹ Porém, não quer isso dizer que todas têm densidade normativa ou técnica legislativa hábil para sua completa eficácia de imediato.²⁷² Em razão desta variação de eficácia, a doutrina pátria envidou esforços para classificá-las com base na sua aptidão para produzir, de imediato, seus efeitos jurídicos principais e em qual medida. A questão envolve justamente a identificação daquelas que possuem, além da aplicabilidade direta e imediata, a capacidade de produzir seus principais efeitos.

Tal proposta classificatória, a despeito de não ser abordada no presente estudo, é importante na medida em que se reconhece que nem todas as normas constitucionais possuem idêntico grau de eficácia, de capacidade de sua incidência plena, automática e independente de outro texto normativo, sem que, com isso, esteja-se a afirmar aqui aquela programaticidade vulneradora da Constituição,²⁷³ por lhes reconhecer a capacidade de serem diretamente aplicáveis, mesmo que na medida dos limites de sua eficácia e normatividade.

Embora todas as normas constitucionais sejam sempre eficazes e, na medida desta eficácia (variável segundo o grau de densidade normativa de cada norma), imediatamente aplicáveis²⁷⁴, algumas destas, em virtude da ausência de normatividade suficiente, não estão em condições de gerar, de forma imediata, seus principais efeitos, dependendo, para tanto, de uma atuação concretizadora do legislador ordinário.

²⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 255.

²⁷¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.196.

²⁷² DANTAS, Eduardo Sousa. A força normativa da Constituição e a eficácia das normas constitucionais no direito brasileiro. **Revista Direito e Liberdade: ESMARN**, Natal, v. 11, n. 2, p. 21–36, jul./dez. 2009. p. 24-25.

²⁷³ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.197.

²⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 255.

Nesse diapasão, algumas normas constitucionais, de baixa densidade normativa, não possuem normatividade suficiente para, de forma direta e sem intervenção do legislador, gerar seus efeitos principais, demandando, inegavelmente, um preenchimento ou certa integração, para se tornarem compreensíveis e imediatamente aplicáveis em sua totalidade.²⁷⁵ Nesses casos, o princípio da força normativa da Constituição se caracteriza, então, pela não afronta a seus dispositivos e pela imposição, aos Poderes Públicos, de efetivarem o desenvolvimento dessa normatividade, em especial, o Legislativo.²⁷⁶

As normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais, não obstante, apresentam uma juridicidade reforçada, diante do comando constitucional do artigo 5º, §1, que prevê, expressamente, que estas normas têm aplicação imediata, demonstrando o seu papel relevante e sua forte revalorização, tendo sido inseridas logo no pórtico da Constituição. Diante da referência inequívoca a sua incidência imediata, combate-se aqui qualquer entendimento contrário da doutrina, que reduza a sua imperatividade constitucional.²⁷⁷

Nesse sentido, todas as normas consagradoras de direitos fundamentais, com muita mais propriedade, são dotadas de eficácia e, em certa medida, diretamente aplicáveis, já ao nível da Constituição e independentemente de intermediação legislativa.²⁷⁸ Isso significa dizer que algumas normas são aptas, desde logo, a produzirem todos os seus efeitos jurídicos, já ao nível da Constituição, independente de medida concretizadora; outras, a exemplo de alguns direitos prestacionais, embora também sejam direta e imediatamente aplicáveis, em geral, possuem baixa densidade normativa, pelo que, quando desde logo aplicados, geram apenas um mínimo de efeitos jurídicos.²⁷⁹

²⁷⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 189.

²⁷⁶ DANTAS, Eduardo Sousa. A força normativa da Constituição e a eficácia das normas constitucionais no direito brasileiro. **Revista Direito e Liberdade**: ESMARN, Natal, v. 11, n. 2, p. 21–36, jul./dez. 2009. p. 26.

²⁷⁷ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 116.

²⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 294.

²⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 280-281.

Diante dessa eficácia mínima, prefere-se falar de uma dimensão programática dos direitos fundamentais prestacionais,²⁸⁰ pelo que se infirma a ideia de aplicabilidade direta e imediata dos direitos sociais apenas, quando decorram de normas constitucionais com suficiente densidade jurídica. Nos casos em que desfrutam de menor detalhamento constitucionais,²⁸¹ embora tenham aplicação imediata, seus efeitos serão melhor alcançados, com a atuação futura do legislador.²⁸² “O quanto de eficácia cada direito fundamental a prestações desencadeará dependerá, por outro lado, sempre de sua forma de positivação no texto constitucional e das peculiaridades do seu objeto”.²⁸³

É possível concluirmos que a maioria dos dispositivos constitucionais consagradores de direitos fundamentais, não apenas os insertos no Título II, encontram seu âmbito de disciplina normativa apenas na Constituição,²⁸⁴ com salvaguarda de alguns direitos sociais, que, por sua concretização ser bastante mais complexa do que a dos demais direitos, dependem, em geral, de prestações positivas, fazendo com que a sua implementação sujeite-se, com maior intensidade, a escolhas políticas e à alocação de recursos.²⁸⁵

Sendo uma exigência constitucional que todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tenham aplicação imediata e sejam efetivas, a falta de lei concretizadora não poderá ser obstáculo à aplicação imediata destas normas, pelo que, tanto a Administração Pública, quanto o Poder Judiciário têm o dever de promover as condições, para que estas normas adquiram plena eficácia. A omissão legislativa não pode ser óbice para a aplicação imediata da Carta Magna, nem servir de escusa para a não eficácia da sua normatividade e

²⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 280-281.

²⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 504.

²⁸² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 204.

²⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 280-281.

²⁸⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 536.

²⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 504.

juridicidade. O legislador aqui passa a não mais possuir o monopólio da produção do Direito.²⁸⁶

Nessa esteira, por força do disposto no artigo 5, §1, da nossa Carta Magna, a concretização dos direitos fundamentais não fica subordinada somente ao alvedrio do Legislativo, vinculam diretamente os três Poderes.²⁸⁷ O Judiciário e a Administração Pública estão, em tese, aptos a, desde logo e em qualquer procedimento, aplicar diretamente a norma em questão, conferindo-lhe plena eficácia, independentemente de qualquer provimento de natureza legislativa.²⁸⁸

Frisa-se, então, mais uma vez, que todas as normas de direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata. Entretanto, algumas já carregam todos os seus efeitos jurídicos de pronto, retirando da Constituição toda a sua eficácia; outras precisam de intermediação legislativa. E, em não ocorrendo esta intermediação, os outros órgãos estatais precisam garantir-lhes que atinjam esta eficácia plena. Ou seja, por mais que o dispositivo do artigo 5º, §1, da Constituição Federal não tenha, por si só, força suficiente, para transformar todas estas normas em imediatamente aplicáveis e dotadas de plena eficácia, porque certos preceitos não receberam do constituinte normatividade suficiente para tanto, reclamando uma intervenção do legislador, a omissão legislativa não impede, aos outros órgãos públicos, ao revés, exige-lhes, a regulamentação, que lhes confira a eficácia necessária, para produzirem seus efeitos principais.

Com relação aos princípios constitucionais, por exemplo, há quem entenda que estes podem ser fundamento direto, incidindo sobre a realidade à semelhança de uma regra, pelo enquadramento do fato relevante na proposição jurídica nele contida. Muito comumente um princípio constitucional servirá de fundamento para a edição de uma regra legal, ou de sua incidência sem a intermediação legislativa.²⁸⁹

²⁸⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 58.

²⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 503-504.

²⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 266.

²⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 307.

Os princípios constitucionais gerais são especificações dos princípios fundamentais e, por seu menor grau de abstração, prestam-se, com mais facilidade, à tutela direta e imediata das situações jurídicas que contemplam; os setoriais são aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Eles se irradiam limitadamente, mas no seu âmbito de atuação são supremos.²⁹⁰

A diferença, em verdade, das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais das demais situadas na Carta Constitucional está no reforço de juridicidade daquelas e por vincularem, de forma imediata, todos os poderes públicos.²⁹¹

Dessarte, depreende-se que todas as normas constitucionais, pelo princípio da máxima efetividade e da força normativa da Constituição, possuem eficácia jurídica e estão aptas, na medida desta, a serem aplicadas imediatamente,²⁹² devendo os órgãos estatais fornecer-lhes a maior eficácia possível. A essência da força normativa da Constituição é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa e exigir-lhes respeito. A Constituição Federal de 1988 é fonte direta de muitos direitos e obrigações, independentemente de intermediação do legislador.²⁹³

Desse reconhecimento jurídico às normas constitucionais, resultam as seguintes consequências relevantes: a sua aplicabilidade direta e imediata às situações que contemplam, inclusive e notadamente, às referentes à proteção e promoção dos direitos fundamentais; são parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional; os seus valores, fins, direitos fundamentais e os comportamentos insertos nos princípios e regras da Carta Constitucional, como

²⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 311-312.

²⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 73-74.

²⁹² GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória**. São Paulo: RT, 2002. p. 155-156.

²⁹³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 408-409.

vetor principal de interpretação de todas as normas que compõem o sistema jurídico brasileiro, pautando a argumentação jurídica a ser desenvolvida.²⁹⁴²⁹⁵

Portanto, pela força normativa, “o administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário.”²⁹⁶

3.2 O princípio da juridicidade como legitimador da produção de ato normativo regulatório primário

O Estado Constitucional de Direito tem, por característica central, a imperatividade das suas normas constitucionais. A Constituição Federal de 1988 não apenas impõe limites ao legislador e ao administrador, mas lhes determina também deveres de atuação.²⁹⁷

A doutrina pós-positivista que serviu de guia ao nosso atual ordenamento constitucional se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, o seu propósito é ir além da legalidade estrita, sem, contudo, desprezá-la. Procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis. Nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e sua diferença qualitativa em relação às regras, a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica, a formação de uma nova hermenêutica e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais

²⁹⁴BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 200.

²⁹⁵ Segundo Canotilho, as normas constitucionais do direito constitucional constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria; as normas de direito constitucional são normas de normas, afirmando-se como fonte de produção jurídica de outras normas; implica o princípio da conformidade de todos os atos dos poderes políticos com a CF. CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 137.

²⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 50.

²⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 240.

edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Promove-se uma reaproximação entre o direito e a ética.²⁹⁸

A Constituição Federal, como norma suprema e central do ordenamento jurídico, tanto formal como materialmente²⁹⁹, irradia a sua força normativa sobre todo o direito administrativo, provocando significativas mudanças neste hemisfério, como o abandono da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado, a vinculação do administrador público à Constituição Federal e não apenas à legislação ordinária e a possibilidade de controle judicial do mérito administrativo.³⁰⁰

Como forte expressão desta constitucionalização do direito administrativo, há uma imensa quantidade de normas de Direito Administrativo nos dispositivos constitucionais de 1988, as quais, não raras vezes, chegam a um impressionante detalhismo, abrigando regras que seriam mais bem localizadas em leis, ou, até mesmo, em regulamentos administrativos. Sem falar nos seus princípios e valores aplicáveis, de modo abrangente, às diversas searas do Direito Administrativo. As normas de Direito Administrativo não estão somente concentradas no capítulo dedicado à Administração Pública (Capítulo VII, do Título III), mas espalhadas por todo o texto constitucional.³⁰¹ Diante disso, Alexandre Santos de Aragão dividiu estas normas nas seguintes categorizações, para melhor demonstrar como repercutem sobremaneira no direito administrativo:

(i) Principiológica: A Constituição estabelece, explícita ou implicitamente, os princípios específicos da matéria, com destaque para os discriminados no caput do artigo 37, aos quais, cada vez mais, por sua força normativa, confere-se aplicabilidade plena e imediata. Contempla também, em seu bojo, os princípios

²⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 244.

²⁹⁹ CYRINO, Roberta Faria; AMORIM, Rosendo Freitas de. Fornecimento Gratuito de Medicamentos pelo Poder Público: Possibilidade de Controle Judicial? **Revista Jurídica: UniCuritiba**, Curitiba, v. 2, n. 43, p. 312-344, 2016. p. 314.

³⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 49-50.

³⁰¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 30.

gerais do direito público, que possuem aplicação corriqueira e muito relevante no Direito Administrativo, como os da proporcionalidade e da igualdade;³⁰²

(ii) Institucional: Estrutura os Poderes, através dos quais se exercerão as funções administrativas; dispõe sobre as competências administrativas dos Poderes Judiciário e Legislativo e confere o arcabouço básico do Poder Executivo, que exerce a grande maioria das funções administrativas, prevendo, ainda, as espécies de entidades da Administração Indireta e os requisitos de sua criação (artigo 37, XIX e XX);³⁰³

(iii) Normativa: Estabelece uma série de regras específicas de Direito Administrativo, como a obrigatoriedade de realização de concurso público (artigo 37, II) e de licitação (artigo 37, XXI), a responsabilidade civil objetiva do Estado (artigo 37, § 6º), limites para a remuneração de servidores públicos (artigo 37, XI), a concessão de serviços públicos (artigo 175), a exploração de monopólios públicos (artigo 177), a regulação do setor econômico e social (artigo 174);³⁰⁴

(iv) Direitos Fundamentais: Impõem, diretamente, à Administração Pública, obrigações de prestação de serviços à população (ex.: o direito à saúde – artigo 196), característica, aliás, de grande parte das Constituições modernas, em oposição às funções mais restritas das Constituições liberais, que só estruturavam os mecanismos de exercício do Poder Político e garantiam alguns direitos fundamentais de abstenção do Estado;³⁰⁵

(v) Controles: A nossa Carta Magna também estabelece garantias processuais administrativas e judiciais de controle e de proteção do cidadão e da coletividade, diante da Administração Pública (mandado de segurança, habeas data, ação civil pública, direito de petição, entre outros), estruturando, ainda, outras modalidades de controle, como o financeiro exercido pelos Tribunais de Contas (artigos 70 e segs.);³⁰⁶

³⁰² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 31.

³⁰³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 31.

³⁰⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 31.

³⁰⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 31.

³⁰⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 31.

Neste ambiente, vê-se que a promulgação da Constituição promoveu intensamente a constitucionalização do direito administrativo, elencando, em seu bojo, de modo expresso, não só princípios setoriais próprios do direito administrativo, mas outras normas constitucionais voltadas à disciplina da Administração Pública, influenciando todas as categorias deste ramo jurídico.³⁰⁷

Esses fatos demonstram o fortalecimento do processo de constitucionalização do direito administrativo e inauguram uma nova vertente do princípio da legalidade, obrigando o administrador a atuar com fulcro, tanto na ordem constitucional brasileira, como na legislação ordinária, retirando, de pauta, a ideia clássica do seu respeito apenas ao domínio da lei.

Transmutando-se a finalidade precípua da Administração para a realização primordial da Constituição da República, a releitura do princípio da legalidade administrativa é uma consequência necessária.³⁰⁸ Este, como princípio basilar do Estado Democrático de Direito, passa a se harmonizar com a força normativa da Constituição e com a nova atuação administrativa.³⁰⁹

Como reflexo direto desta obrigatoriedade de concretização constitucional, nasce o art. 2º., I, da Lei nº. 9.784/99 regulamentadora do processo administrativo, no âmbito da Administração Pública Federal, cujo teor consagra o princípio da juridicidade.

Pelo princípio da juridicidade, a Administração Pública está limitada não somente pela lei, mas pelo direito, pela ideia de justiça, pelos valores morais e pelo interesse público.³¹⁰ A consagração do princípio da juridicidade considera o valor normativo dos princípios e das demais normas jurídicas produzidas pelo Estado,

³⁰⁷ ALVES, Amanda Fontelles; FAMPA, Daniel Silva. A constitucionalização do direito administrativo e seus reflexos sobre a discricionariedade administrativa. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, Belém, v. 5, n. 2, p. 76 – 95, jul./dez. 2019. p. 79.

³⁰⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **O princípio juridicidade**: uma releitura da legalidade e da legitimidade administrativa. Monografia (Graduação em Direito) - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2007. p. 24.

³⁰⁹ DEZAN, Sandro Lúcio; VITORIANO CUNHO, Ricarlos Almagro. O substancialismo jurídico na administração pública concretista de direitos fundamentais: a juridicidade administrativa como instrumento de justiça constitucional. **Justiça do Direito**, [S. l.], v. 31, n. 2, p. 304-328, maio/ago. 2017. DOI: <https://doi.org/10.5335/rjd.v31i2.6974>. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/6974/4344>. Acesso em: 15 ago. 2020. p. 316.

³¹⁰ SADDY, A. **Discricionariedade administrativa nas normas jurídicas em abstrato**: limites e técnicas de contenção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

exigindo a atuação da Administração em atendimento ao bloco de legalidade e de constitucionalidade.³¹¹

O princípio da juridicidade é uma expressão ampliada do princípio da legalidade, sendo consequência da visão neoconstitucionalista do direito e da filosofia jus-positiva, englobando, a nível de importância, juntamente com as regras constitucionais e legais, os princípios jurídicos, as finalidades públicas, os valores e os direitos fundamentais que legitimam e, ao mesmo tempo, impõem limites à ação administrativa. Não se tem mais em consideração apenas esta ou aquela regra legal específica, mas o ordenamento jurídico como um todo.³¹²

É possível afirmar, então, que o princípio da juridicidade, em uma visão contemporânea e inspirada no pós-positivismo, caracteriza-se como um estágio evolutivo do princípio da legalidade e incorpora, além do conceito deste último, o respeito à Constituição e as fontes subsidiárias a que se reporta.

A Administração Pública deve atuar em harmonia com todos estes valores. A atuação juridicizada engloba verdadeiro princípio de interpretação e aplicação da Constituição pela Administração. Há, como balizas, para a Administração, o direito clarificado pela estrutura literal da lei e o direito originado dos valores oriundos das possibilidades de interpretação dessa mesma lei, com respaldo em abertura normativa, de característica plurissignificativa e mesmo evolutivo-constitutiva.³¹³ Não raras vezes, a Administração Pública, para atuar legitimamente, não pode se restringir apenas à letra da lei, devendo compatibilizar a sua atuação com fulcro no espírito do sistema normativo, como um todo.

³¹¹ “Com efeito, evoluiu-se para se considerar a Administração Pública vinculada não apenas à lei, mas a todo um bloco de legalidade, que incorpora os valores, princípios e objetivos jurídicos maiores da sociedade, com diversas Constituições (por exemplo, a alemã e a espanhola) passando a submeter a Administração Pública expressamente à ‘lei e ao Direito’, o que também se infere implicitamente da nossa Constituição e expressamente da Lei do Processo Administrativo Federal (art. 2º, parágrafo único, I). A esta formulação dá-se o nome de Princípio da Juridicidade ou da legalidade em sentido amplo.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. “A concepção pós-positivista do princípio da legalidade”. “A concepção pós-positivista do princípio da legalidade”. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Renovar, n. 236, abr./jun., 2004. p. 63.

³¹² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 58.

³¹³ DEZAN, Sandro Lúcio; VITORIANO CUNHO, Ricarlos Almagro. O substancialismo jurídico na administração pública concretista de direitos fundamentais: a juridicidade administrativa como instrumento de justiça constitucional. **Justiça do Direito**, [S. l.], v. 31, n. 2, p. 304-328, maio/ago. 2017. DOI: <https://doi.org/10.5335/rjd.v31i2.6974>. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/6974/4344>. Acesso em: 15 ago. 2020. p. 317

Outrossim, o princípio da juridicidade nos permite concluir, inclusive, que o administrador pode agir tendo, por fundamento direto, a Constituição e independente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário, compreendendo sua subordinação à Constituição e a lei, nessa ordem.³¹⁴

Desse modo, a constitucionalização do direito e o princípio da juridicidade, no tocante à Administração Pública, além de igualmente limitar-lhe a discricionariedade e impor-lhe deveres de ação, ainda é fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independente da interposição do legislador ordinário.³¹⁵

Já há, por si só, uma vinculação direta e imediata da atividade administrativa à Constituição, independente da conformação pelo Legislador, sem que isso resulte na exclusão, como parâmetro de validade, da atividade administrativa à regulamentação dada pelo legislador ordinário, através da lei ou das demais espécies normativas adequadas. Em havendo a lei, “a constitucionalização do ordenamento jurídico obriga o operador do Direito a interpretar a legislação à luz da Constituição”.³¹⁶

Entendimento contrário, negando a possível vinculação direta da Administração Pública à Constituição, eleva o princípio da legalidade a um patamar superior ao das normas constitucionais, incompatível com o interesse público atual, alicerce central do regime jurídico da administração pública, pelo que o atendimento desta legalidade deve dar-se através do sistema normativo como um todo.

Há uma tendência de mitigação da exigência de lei formal para autorização da ação administrativa, em decorrência de que: “a Administração Pública encontra-

³¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 354.

³¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 335.

³¹⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **O princípio juridicidade: uma releitura da legalidade e da legitimidade administrativa**. Monografia (Graduação em Direito) - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2007. p. 36.

se vinculada não apenas à lei, mas antes a todo um ‘bloco de legalidade’, que incorpora princípios, objetivos e valores constitucionais”.³¹⁷

Nesta toada, por força do princípio da juridicidade e da força normativa da Constituição, o Plenário da Suprema Corte julgou procedente, por unanimidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº12³¹⁸, cujo teor versa sobre a legitimidade da Resolução nº 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça que proibiu o nepotismo, no âmbito do Poder Judiciário, decisão esta que, além de ser julgada procedente, culminou na edição da Súmula Vinculante nº. 13, pelo Supremo, estendendo esta proibição aos Poderes Legislativo e Executivo.

Diante da relevância deste julgamento, no deslinde do presente estudo, transcrevemos, a seguir, os principais trechos que fundamentaram a decisão de alguns de seus julgadores:

EMENTA: [...] 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.

Voto Ministro Relator Carlos Ayres Brito: (...) A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade. O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de

³¹⁷ CARMO, Thiago Gomes do. **Interesse público**: identificação de balizas conceituais contemporâneas. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/interesse-publico-identificacao-de-balizas-conceituais-contemporaneas/>. Acesso em: 17 jun. 2020.

³¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF**. Ação Declaratória de Constitucionalidade, ajuizada em prol da Resolução nº 07, de 18.10.05, do Conselho Nacional de Justiça [...]. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Requerido: Conselho Nacional de Justiça. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, nº. 237, 17 dez. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>. Acesso em: 15 ago. 2020.

Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04.³¹⁹

Voto Ministro Menezes Direito: [...] Esses princípios que estão insculpidos no caput do artigo 37 da Constituição Federal têm uma eficácia própria, eles são dotados de uma força própria, que podem ser imediatamente aplicados. E eu diria até mais: sem um retorno às origens técnicas da diferenciação entre o princípio e a norma, que hoje, na perspectiva da Suprema Corte, esses princípios revestem-se da mesma força, tanto isso que, em precedente recentíssimo que julgamos aqui neste Pleno, nós aplicamos um desses princípios com a força efetiva de uma norma constitucional, e, portanto, esse princípio pode, sim, ser aplicado diretamente, independentemente da existência de uma lei formal. Se essa concepção é verdadeira, e, ao meu sentir, é verdadeira, nós temos de admitir que dentro das atribuições do Conselho Nacional de Justiça está a de preservar os princípios que estão presentes no caput do artigo 37 da Constituição. E um desses princípios é aquele relativo à moralidade; e daí a pertinência temática da resolução do Conselho Nacional de Justiça.³²⁰

Voto Ministra Cármen Lúcia: [...] não vislumbro qualquer mácula de juridicidade que pudesse, de qualquer forma, tisonar a validade constitucional da Resolução n. 7, de 14.11.2005, do Conselho Nacional de Justiça [...].

Como posto pela inicial da presente ação, dou como constitucionalmente correto que [...] c) a juridicidade que obriga o Poder Público, em qualquer de suas manifestações pelos órgãos próprios, emana dos comandos constitucionais, não assim de norma infraconstitucional. Os princípios constitucionais aplicam-se a todos os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.³²¹

³¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF**. Ação Declaratória de Constitucionalidade, ajuizada em prol da Resolução nº 07, de 18.10.05, do Conselho Nacional de Justiça [...]. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Requerido: Conselho Nacional de Justiça. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, n.º. 237, 17 dez. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>. Acesso em: 15 ago. 2020. p.11.

³²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF**. Ação Declaratória de Constitucionalidade, ajuizada em prol da Resolução nº 07, de 18.10.05, do Conselho Nacional de Justiça [...]. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Requerido: Conselho Nacional de Justiça. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, n.º. 237, 17 dez. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>. Acesso em: 15 ago. 2020. p.14-15.

³²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF**. Ação Declaratória de Constitucionalidade, ajuizada em prol da Resolução nº 07, de 18.10.05, do Conselho Nacional de Justiça [...]. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros –

Voto Ministro Celso de Melo: [...] Na realidade, a Resolução CNJ nº 07/2005 traduz emanção direta do que prescreve a própria Constituição da República, considerados, notadamente, para esse efeito, além da regra de competência fundada no artigo 103-B, § 4º, inciso II, do texto constitucional, os postulados da impessoalidade e da moralidade que representam valores essenciais na conformação das atividades do poder. Sabemos todos que a atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa, que se qualifica como valor constitucional impregnado de substrato ético e erigido à condição de vetor fundamental no processo de poder, condicionando, de modo estrito, o exercício, pelo Estado e por seus agentes, da autoridade que lhes foi outorgada pelo ordenamento normativo. Esse postulado, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos, nos quais se funda a própria ordem positiva do Estado.³²²

[...] Trata-se, pois, de atribuição cuja legitimidade jurídica traduz expressão que deriva, de modo direto, do próprio texto da Lei Fundamental e que encontra, na Constituição, o seu fundamento de validade e de eficácia. Esta Suprema Corte, Senhor Presidente, ao manter a Resolução CNJ nº 07/2005, confirmando-lhe a plena legitimidade e integral eficácia, nada mais estará fazendo senão preservar a força normativa da Constituição da República resultante da indiscutível supremacia, formal e material, de que se revestem as normas constitucionais, cuja integridade, eficácia e aplicabilidade, por isso mesmo, hão de ser valorizadas em face de sua precedência, de sua autoridade e de seu grau hierárquico.³²³

Nesse precedente, o plenário do Supremo entendeu que, independentemente da existência de lei, como a juridicidade obriga o Poder Público, em qualquer de suas manifestações, pelos órgãos próprios, o Conselho

AMB. Requerido: Conselho Nacional de Justiça. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, nº. 237, 17 dez. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>. Acesso em: 15 ago. 2020. p. 19.

³²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF**. Ação Declaratória de Constitucionalidade, ajuizada em prol da Resolução nº 07, de 18.10.05, do Conselho Nacional de Justiça [...]. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Requerido: Conselho Nacional de Justiça. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, nº. 237, 17 dez. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>. Acesso em: 15 ago. 2020. p. 28-29.

³²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF**. Ação Declaratória de Constitucionalidade, ajuizada em prol da Resolução nº 07, de 18.10.05, do Conselho Nacional de Justiça [...]. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Requerido: Conselho Nacional de Justiça. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, nº. 237, 17 dez. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>. Acesso em: 15 ago. 2020. p. 32.

Nacional de Justiça pode agir com fulcro direto na Constituição Federal, mesmo que esta atuação, indubitavelmente, restrinja direitos individuais, mormente, porque esta medida decorre diretamente dos princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade e eficiência.³²⁴ Não raras vezes, um princípio constitucional servirá de fundamento para a edição de uma regra legal, ou de sua incidência sem a intermediação legislativa.³²⁵

Nessa perspectiva, vê-se que, neste julgado, o Supremo firmou orientação, no sentido de que, em sendo possível retirar-se o fundamento de validade de eventual função normativa diretamente da Carta Magna, mesmo que de modo implícito, as normas resultantes, desta função, terão força de diploma primário, podendo inovar, de forma originária, o ordenamento jurídico, independentemente de parâmetro legal, em sendo as normas constitucionais aplicáveis de imediato. Esse entendimento foi bem exposto em várias passagens do acórdão.³²⁶

Por todo o exposto, conclui-se que a necessidade de efetividade constitucional levou à releitura do princípio da legalidade, elevando-o ao princípio da juridicidade,³²⁷ indispensável para se concretizar, com mais fidelidade, as novas funções do Estado, frente ao literalista princípio da legalidade.

3.3 A teoria dos poderes implícitos como validadora de ato normativo regulatório primário

A teoria dos poderes implícitos construída pela Suprema Corte norte-americana no célebre caso *McCulloch v. Maryland* (1819) e incorporada, à nossa ordem jurídica, pelo Supremo Tribunal Federal, em diversos julgamentos³²⁸, é

³²⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 59.

³²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 307.

³²⁶ RIZZI, Ângela Onzi. Atos normativos autônomos no Brasil. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 28 maio 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42042/atos-normativos-autonomos-no-brasil>. Acesso em: 28 maio 2020.

³²⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **O princípio juridicidade: uma releitura da legalidade e da legitimidade administrativa**. Monografia (Graduação em Direito) - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2007. p. 24.

³²⁸ Destaca-se o Recurso Extraordinário n.º 593.727- MG submetido à sistemática da repercussão geral, no bojo do qual a teoria dos poderes implícitos fora invocada, para legitimar o poder investigatório, de natureza penal, do Ministério Público. Pontuou-se que, como a Constituição

decorrente do princípio da supremacia da Constituição e representa a preocupação dos modernos constitucionalistas em interpretar as normas constitucionais visando à sua máxima eficácia e real positividade, de modo que devem ser entendidos, como implícitos, os meios necessários para o exercício de uma competência, dentro dos limites trazidos pela própria Constituição.³²⁹

A ótica da teoria dos poderes implícitos enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos.³³⁰

“Quando a Constituição dá a um órgão determinado encargo implicitamente lhe confere os meios de realização desse encargo,”³³¹ de forma que, se o texto constitucional outorga competência explícita normativa e reguladora das atividades econômicas, em sentido amplo, ao Estado e sendo este encargo outorgado, especificamente, à pessoa das agências reguladoras, a consequência da atribuição de deveres são os correlatos instrumentos hábeis para a sua concretização, mesmo, quando ausente legislação formal específica, autorizativa para tanto.

Se compete, às agências reguladoras federais, como agente normativo e regulador da atividade econômica, na forma da lei, as funções de fiscalização,

Federal de 1988 conferiu, ao Ministério Público, a função de promover a ação penal pública, investi-lo dos meios necessários, dentre eles, a investigação de crimes, para o exercício do seu múnus, é uma consequência. Esta foi a seguinte tese formulada nesta repercussão geral e sumulada: “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, estritamente, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição” . SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (Tribunal Pleno). Recurso Especial. **RE 593727- MG**. Relator: Min. Cezar Peluso, julgado em 14 maio 2015. p. 289.

³²⁹ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Reclamação constitucional no direito brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 159.

³³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). **Mandado de Segurança nº 24.510/DF**. Procedimento licitatório. Impugnação. Competência do TCU [...]. Impetrante: Nascimento Curi Advogados Associados. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86146>. Acesso em: 15 ago. 2020. p. 511-512.

³³¹ SLAIBI FILHO, Nagib. **Anotações à Constituição de 1988**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 78.

incentivo e planejamento, com base nisso e no emprego da teoria dos poderes implícitos, é legítimo, com apoio, na própria Constituição Federal, que estas agências se utilizem dos meios que lhes garanta a máxima eficácia das normas constitucionais, dentro do marco regulatório que compete a cada uma.

Cada um dos Entes estatais detém parcela do poder estatal, para servir à Nação. Se a Constituição determina a alguém um dever, este não pode alegar, salvo nos casos expressamente previstos na Lei Maior, ausência de lei regulamentadora, para se abster de suas obrigações, porque, assim, aceitar-se-ia a limitação da eficácia da própria Constituição, quando esta não o faz.³³²

E quais seriam os limites do exercício desse poder-dever? Encontramos esta resposta, para a Administração Pública, no artigo 37, da Constituição, o qual prevê que esta obedecerá, dentre outros, ao princípio de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.³³³

A Emenda Constitucional nº19/1998 incluiu a eficiência, como um dos princípios da Administração Pública, surgindo a necessidade de se harmonizar o princípio da legalidade com este princípio, ou seja, a imposição da legalidade não pode mais impedir ou inviabilizar a ação estatal, devendo ser aplicado o princípio da proporcionalidade, em que os meios devem ser proporcionais aos fins, de forma a compatibilizar tais princípios. Se, por exemplo, a Constituição estabelece que a Administração Pública deve prestar determinado serviço público (fim), não teria sentido que ela não pudesse regulamentá-lo (meio), em inexistindo lei ordinária.³³⁴

Desse modo, ao passo em que a Constituição Federal estabelece o respeito ao princípio da legalidade pela Administração Pública, também exige eficiência no agir administrativo. Dito isso, é preciso compatibilizar estes mandamentos, conjugá-los, para que ambos sejam protegidos, permitindo o agir

³³² ALMEIDA, João Conrado Ponte de. **Aplicabilidade da teoria dos poderes implícitos na atividade de polícia judiciária.** Disponível em: http://www.adpf.org.br/adpf/imagens/noticias/chamadaPrincipal/7632_eadelta.pdf. Acesso em: 30 jul. 2020. p. 8.

³³³ ALMEIDA, João Conrado Ponte de. **Aplicabilidade da teoria dos poderes implícitos na atividade de polícia judiciária.** Disponível em: http://www.adpf.org.br/adpf/imagens/noticias/chamadaPrincipal/7632_eadelta.pdf. Acesso em: 30 jul. 2020. p. 8.

³³⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 148, Ano 37, p. 275-299, out./ dez. 2000. p. 287.

administrativo pelos órgãos reguladores, sem que, contudo, possa ir de encontro à legislação vigente e ao ordenamento jurídico como um todo.

Constata-se que a aplicação desta teoria se coaduna com a mudança de paradigma da legalidade administrativa. “Com isso, a lei, em sentido estrito, deixaria de ser o trilho a ser seguido pelo agente público, passando a ser suas balizas.”³³⁵ “Destarte, a teoria dos poderes implícitos teria a função de integrar o ordenamento jurídico, impedindo que a administração se omita por falta de lei que regule o caso”.³³⁶

Portanto, a teoria dos poderes implícitos proclama que, ao serem traçados os objetivos e as competências dos Entes, há, implicitamente, a concessão, a estes, da liberdade de adotar os meios necessários, para cumprir suas obrigações, sendo-lhes vedado somente o que a Constituição proíbe, ou o que contrarie o restante do ordenamento jurídico vigente, pelo que as agências reguladoras devem ser dotadas, pelo simples ato de sua criação, de todos os poderes necessários para o cumprimento de sua função regulatória, na sua esfera de atuação.³³⁷

3.4 O ato normativo primário como exceção decorrente do poder regulamentar das agências reguladoras federais

Como debulhado alhures, o poder regulamentar conferido às agências reguladoras federais é diverso do poder regulamentar tradicional da Administração Pública. O núcleo expresso daquele poder é identificado no artigo 174, da Constituição Federal, quando prevê a função normativa e reguladora do Estado, na pessoa de algum órgão ou Entidade a ser definida por lei, nos setores referentes às atividades econômicas em sentido amplo, tendo, inclusive, propriamente, já determinado, nos seus artigos 21, XI e 177, § 2º, III, a criação de dois órgãos

³³⁵ ALMEIDA, João Conrado Ponte de. **Aplicabilidade da teoria dos poderes implícitos na atividade de polícia judiciária.** Disponível em: http://www.adpf.org.br/adpf/imagens/noticias/chamadaPrincipal/7632_eadelta.pdf. Acesso em: 30 jul. 2020.

³³⁶ ALMEIDA, João Conrado Ponte de. **Aplicabilidade da teoria dos poderes implícitos na atividade de polícia judiciária.** Disponível em: http://www.adpf.org.br/adpf/imagens/noticias/chamadaPrincipal/7632_eadelta.pdf. Acesso em: 30 jul. 2020. p. 17.

³³⁷ RIZZI, Ângela Onzi. Poderes atribuídos às agências reguladoras brasileiras. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 4 ago. 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39754/poderes-atribuidos-as-agencias-reguladoras-brasileiras>. Acesso em: 4 ago. 2020.

reguladores, para exercerem as funções conferidas pelo artigo 174, no espectro das matérias ali especificadas, relacionadas com as atividades econômicas do Estado.

O que se extrai de uma interpretação integrada daqueles preceitos constitucionais é que, ao Estado, foi atribuída a função de regulador de setores econômicos que demandam um ordenamento, planejamento e fiscalização, como necessidade da própria coletividade. Ao prever, em diversos dispositivos, que cabe, ao Estado, intervir como regulador, embora não tenha definido expressa e propriamente em que consistiria esse poder-dever regulador, conferindo tal esmiuçamento à lei, atribuiu, implicitamente, instrumentos necessários ao efetivo desempenho da função, de interesse e relevância primordial, já que a ordem econômica tem, por fim, assegurar a todos uma existência digna, conforme artigo 170, caput, da Constituição.³³⁸

Como consequência, sobrevieram as leis que elegeram as agências reguladoras, para assumir a função normativa e reguladora do artigo 174, da Constituição, e, pela simples leitura dos seus dispositivos, apreende-se que o próprio legislador conferiu-lhes uma função normativa e reguladora ampliada, sem, todavia, ter esta abertura semântica provocado o esvaziamento da sua competência constitucional para a normatização das matérias ali previstas, mas tão somente uma autorização para o desenvolvimento do setor econômico e social em conjunto, cuja normatização foi constitucionalmente atribuída aos órgãos reguladores.

Esta ampla liberdade normativa das agências estampa apenas o resultado de uma evolução natural do processo cometido ao Estado e da evolução social, na gestão dos interesses coletivos, dentro dos paradigmas constitucionais.

É cediço que o princípio da reserva legal atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar a ela se sujeita, pelo que o poder regulamentar das agências reguladoras deve estar em compasso com as suas leis de regência e com a Constituição Federal. Não retiram, de regra, o fundamento de validade de seus atos normativos diretamente da Constituição,

³³⁸ CONCEIÇÃO, Janaina Machado. Fundamento jurídico do poder regulamentar do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2379, 5 jan. 2010. ISSN 1518-4862. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14142>. Acesso em: 21 maio 2020.

conquanto a esta devam respeito, mas da lei, estando sua normatividade, a ela, diretamente subordinada e a que se vinculam por um nexo de dependência.

Entretanto, como as normas constitucionais não podem ser interpretadas de forma isolada, mas sim como pertencente a um mesmo sistema normativo, constituindo partes de um todo, integrantes de uma unidade coesa e não como apanhado de preceitos isolados, existem circunstâncias, amparadas nos fundamentos jurídicos acima analisados, em que a própria Constituição respalda a produção normativa primária, pelas agências, com fulcro direto na sua ordem constitucional, independente de intermediação legislativa.

Esta conclusão, portanto, decorre de uma interpretação jurídica sistemática que prestigia a máxima efetividade das normas constitucionais, a sua força normativa, em sintonia com o princípio da juridicidade a que as agências devem respeito e alinhado com o microsistema constitucional que trata da disciplina jurídica das agências, nos setores regulados da economia, viabilizando, ao máximo, sua efetividade social e o atingimento do seu dever institucional, que é propiciar uma ordem econômica fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, com o fim de assegurar a todos uma existência digna.

Diante de todo o panorama aqui já estudado, mesmo sabendo que o princípio da reserva de lei formal atua como expressiva limitação constitucional, ao poder regulamentar das agências reguladoras, este respalda, excepcionalmente, a produção normativa de conteúdo regulatório primário, nos casos específicos abaixo discriminados.

Frise-se, entretanto, que, a despeito de os atos normativos serem considerados materialmente primários, a sua natureza jurídica formal é secundária, estando hierarquicamente abaixo da legislação federal, mantendo a sua posição na pirâmide hierárquica. Desse modo, estão sujeitos à legislação existente e à superveniente, não tendo o condão de revogá-las, pelo que eventual lei que sobrevenha regulando a matéria e, eventualmente em conflito com o ato normativo regulatório, tem preferência sobre este.

3.4.1 O ato normativo regulatório primário decorrente de omissão legal inconstitucional

Os preceitos constitucionais, implícita ou explicitamente, elevados a direitos e garantias fundamentais, situados no Título II, da Constituição, ou dispersos no restante do seu texto, nos termos do artigo 5º, §1, possuem aplicação imediata. A leitura deste preceito, em harmonia com o princípio da força normativa da Constituição e de sua supremacia, informa-nos que estas normas, além de apresentarem eficácia jurídica, devem ser diretamente aplicadas pelo Poder Público, vinculando-o, positivamente, de imediato. Ou seja, todas as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, independentemente de sua densidade normativa, têm aplicação imediata e possuem, como destinatários, todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro, pelo que nenhuma de suas normas estão autorizadas a se converter em promessa constitucional inconsequente.³³⁹

É certo, entretanto, que algumas dessas normas, a exemplo das que proclamam direitos sociais, não estão aptas a, de imediato, gerarem todos os seus efeitos jurídicos principais, demandando uma ação positiva, por parte do legislador, a quem precipuamente é dada esta missão, para lhes conferir a eficácia necessária, para que sejam devidamente aplicadas pelos demais poderes. Nessa perspectiva, vê-se que o princípio da reserva de lei formal, como já frisado neste trabalho, atua como expressiva limitação constitucional ao poder regulamentar das agências reguladoras, condicionando a sua atuação positiva ou negativa ao conteúdo legal.

Ocorre que, em não havendo a concretização de algum direito fundamental, por omissão legislativa inconstitucional, não só o Poder Judiciário, quando demandado, mas também a Administração Pública, estão, em tese, aptos a aplicarem diretamente a norma constitucional definidora de direito fundamental,

³³⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo STF n° 582**, Brasília, 12 a 16 de abril de 2010. p. 9. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo582.htm>. Acesso em: 18 jun. 2020.

para lhe conferir eficácia e efetividade, independentemente do provimento legislativo.³⁴⁰

No caso da Administração Pública, em específico das agências reguladoras federais, esta permissão, ou melhor dizendo, este poder-dever é auferido não só do mandamento constitucional expresso do artigo 5º, §1, mas da sua função normativa e reguladora, cujo poder regulamentar lhe investe no dever constitucional de promover as condições necessárias, para que os direitos e garantias relacionados ao seu dever de proteção sejam efetivados, como consequência de sua missão institucional, para o cumprimento de suas políticas públicas setoriais, realizando o interesse público.

O texto constitucional a um só tempo em que atribui a reserva formal de lei a determinadas matérias atreladas à regulação setorial, confere função normativa e reguladora a órgãos reguladores e reconhece aplicação imediata aos direitos e garantias fundamentais, preceitos estes que devem se harmonizar, de modo a se garantir a máxima efetividade constitucional.

Nessa esteira, nos casos de omissão legal inconstitucional necessários à efetivação de direitos e garantias fundamentais impostos pela Constituição, as agências reguladoras federais estão obrigadas a atuar positivamente, para garantir, a estas normas constitucionais, relacionadas ao seu espectro de atuação setorial, seus efeitos jurídicos principais e uma aplicação imediata, pois, para além da legalidade estrita, devem respeito ao princípio da juridicidade. Desse modo, a ausência de um agir obrigatório legal não pode ser óbice, nem servir de escusa, para uma agenda positiva, das agências reguladoras, voltada à concretização destes direitos, para viabilizar as políticas públicas setoriais que são responsáveis a implementar, ao contrário, é um dever jurídico de atuação como Administração Pública, cujo descumprimento pode ensejar o manejo dos remédios constitucionais, perante o Judiciário, para sua correção.

Nesse diapasão, por serem as agências reguladoras aquinhoadas de função normativa e reguladora, são detentoras de competência, para expedir ato normativo primário, quando necessário à concretização de algum direito

³⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 266.

fundamental que esteja dentro de sua esfera de proteção, vinculando-as “em todas as suas formas de manifestação e atividades, na medida em que atuam no interesse público, no sentido de um guardião e gestor da coletividade,”³⁴¹ cujo ato se mantém válido, em sobrevindo lei que com ele seja compatível. Noutra giro, as disposições que forem, com ela, colidentes não se mantêm.

Portanto, outra conclusão não nos resta senão a de que a supremacia da Constituição, a sua força normativa, a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais, o princípio da juridicidade e a competência normativa e reguladora das agências reguladoras federais, somada à teoria dos poderes implícitos, obrigam-nas a realizar as políticas públicas necessárias à efetivação destes direitos albergados pela ordem constitucional.³⁴²

Assim, como as atribuições que lhe são conferidas não são facultativas e sim obrigatórias, devem produzir normas que especifiquem o conteúdo preexistente no corpo constitucional. A materialização da proteção dos direitos fundamentais deve operar diretamente, na ausência de lei regulamentadora ou de verdadeira lacuna legal, procedendo, estas agências, por meio da sua função normativa, à colmatação dos espaços vazios normativos, para propiciar a concretização de direitos fundamentais que estejam na sua esfera setorial de atuação. Entendimento contrário, de não permissão, vai absolutamente na contramão do dever inafastável de proteção conferida, pela Constituição, aos direitos e garantias fundamentais, pelo que o seu dever de concretização deve ficar a cargo não só do Poder Judiciário, mas do Poder Executivo, quando constatada inércia legal inconstitucional.

3.4.2 O ato normativo regulatório primário decorrente de normas constitucionais cujos efeitos jurídicos principais se aplicam direta e imediatamente

As normas constitucionais, que não as definidoras de direitos e garantias fundamentais, a despeito de possuírem força normativa, não vinculam positiva e

³⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 378.

³⁴² MATOS, Marilene Carneiro. Direitos e garantias fundamentais e aplicabilidade imediata. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 23, n. 5585, 16 out. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67138> . Acesso em: 2 jun. 2020.

diretamente todos os órgãos públicos, quando dependam de intermediação legislativa, para gerar todos os seus efeitos principais, pela ausência, no restante do corpo constitucional, de mandamento semelhante ao do artigo 5, §1, que expressamente confere esta aplicação imediata às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Estas outras normas têm um destinatário principal e imediato, que é o legislador infraconstitucional e podem assumir uma natureza facultativa, conferindo, ao legislador, a possibilidade de normatizá-las ou não, ou impositiva, que, embora o vinculem, permitem-lhe normatizá-las, conforme suas escolhas políticas, assumindo, portanto, um conteúdo variado, que se revela através de processo legislativo.

Aquelas normas, por sua natureza, não geram, para a sociedade, o direito de exigir comportamentos comissivos, mas lhe permitem demandar que os órgãos estatais se abstenham de atos que infrinjam as diretrizes nelas traçadas.

Depreende-se que, a despeito de todas as normas constitucionais serem dotadas de força normativa e de um mínimo grau de eficácia, supostamente, conferindo-lhes a possibilidade de servirem diretamente de parâmetro à atuação normativa das agências reguladoras, esta afirmação encontra impedimento constitucional nas normas cujos efeitos jurídicos principais demandem atuação legislativa, pois, do contrário, configurar-se-ia uma invasão regulamentar sobre campos de competência e escolha precípua legislativa.

Em contrapartida, as normas que preencham todos os requisitos para serem diretamente aplicadas, ou seja, cujos efeitos essenciais incidem direta e, de imediato, sobre a matéria que lhes constitui o objeto, mesmo que possam ser logicamente restringidas depois, pelo legislador ordinário, legitimam a atuação normativa das agências, com fulcro direto na Constituição. Esta permissão se fundamenta no seu poder regulamentar amplo, para tratar das matérias relacionadas ao seu âmbito de atuação setorial e já imediatamente disciplinadas pela Constituição, validando a produção de ato normativo, de conteúdo primário, que tenha pertinência temática com a norma constitucional, para fornecer-lhe efetividade ou outros efeitos secundários.

Dentro desse núcleo de normas constitucionais, estão os bens jurídicos que o Poder Constituinte optou por retirar da esfera de avaliação e arbítrio do Poder Legislativo, os quais podem ser afirmados e concretizados, sem

necessidade de intermediação política, na medida em que o seu conteúdo e os seus efeitos essenciais são extraídos direta e necessariamente das cláusulas constitucionais.³⁴³ Entre estas normas, estão as que contêm vedações ou proibições, confirmam isenções, imunidades e prerrogativas, algumas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais que não dependem de lei, que não exigem a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesse nelas regulados.³⁴⁴

Noutro giro, também se encontram, nesse núcleo, as normas que, embora dotadas de alta densidade normativa, com normatividade suficiente, para desencadear, diretamente, os seus efeitos essenciais, possam ter o seu alcance restringido pelo Poder Legislativo.³⁴⁵

Vejamos que a Constituição Federal de 1988 é fonte direta de muitos direitos e obrigações e, quando inseridos no espectro de regulação setorial das agências reguladoras, é possível que estas traduzam o seu conteúdo. Há casos, sobretudo, em que a própria Constituição, não obstante confira determinado direito, já limita o seu exercício, em determinadas situações.

Sob esta perspectiva, em sendo determinadas normas constitucionais providas de seus principais efeitos jurídicos, independentemente de intermediação legislativa, entendemos legítima a produção de ato normativo regulatório que deite raízes diretamente na própria Constituição, inclusive especificando os direitos e obrigações nela contidas.

Ainda, neste âmbito de normas constitucionais imediatamente aplicáveis, convém tratarmos mais especificamente acerca dos princípios constitucionais, em especial, os insertos no bojo do artigo 37. Alguns princípios são autoaplicáveis,

³⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4874/DF.** Ação Direta de inconstitucionalidade. Pedido de Interpretação conforme a constituição [...]. Requerente: Confederação Nacional da Indústria. Intimado: Presidente da República. Relatora: Min. Rosa Weber, Brasília, 1 de fevereiro 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339416790&ext=.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020. p. 76.

³⁴⁴ RINCO, Rosemay Martins. Considerações acerca da eficácia e aplicabilidade jurídica das normas constitucionais. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 3 jun. 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46245/consideracoes-acerca-da-eficacia-e-aplicabilidade-juridica-das-normas-constitucionais>. Acesso em: 3 jun. 2020.

³⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 252.

carregando a aptidão, para produzir todos os efeitos buscados pelo legislador constituinte, em razão de conformarem, suficientemente, a matéria de que tratam. Há uma tendência, pela força normativa da Constituição, para se reconhecer aplicação imediata aos princípios previstos no artigo 37, sem a necessidade de lei regulamentadora, embora tratem de preceitos mais genéricos.³⁴⁶

O precedente ADC n°. 12 abriu uma brecha para uma futura mudança de pensamento, pelo Supremo, no que se refere à amplitude do poder regulamentar das agências reguladoras federais, tendo em vista a fundamentação desenvolvida, para reconhecer validade a ato normativo decorrente do Conselho Nacional de Justiça, de natureza primária. Neste julgamento, pontuou-se que a outorga de competência, ao CNJ, de poder normativo primário, a despeito de não estar contido expressamente na Constituição, é decorrência lógica da sua competência expressa para, além de outras atribuições, de zelar pela observância do artigo 37, cujos princípios estampados possuem aptidão, para gerar aplicação imediata.

Entendeu-se que os princípios que estão insculpidos no caput do artigo 37, da Constituição Federal, têm uma eficácia própria, sendo dotados de uma força própria, que podem ser imediatamente aplicados, independentemente da existência de uma lei formal³⁴⁷, sendo possível, ao Conselho Nacional de Justiça, através de seu ato normativo, traduzir o que prescreve a própria Constituição da República, tendo em vista que estes postulados representam valores essenciais na conformação das atividades deste poder.³⁴⁸ Desse modo, trata-se de atribuição cuja legitimidade jurídica traduz expressão que deriva, de modo direto, do próprio

³⁴⁶ DANTAS, Eduardo Sousa. A força normativa da Constituição e a eficácia das normas constitucionais no direito brasileiro. **Revista Direito e Liberdade**: ESMARN, Natal, v. 11, n. 2, p. 21–36, jul./dez. 2009. p. 32.

³⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF**. Ação Declaratória de Constitucionalidade, ajuizada em prol da Resolução nº 07, de 18.10.05, do Conselho Nacional de Justiça [...]. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Requerido: Conselho Nacional de Justiça. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, nº. 237, 17 dez. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>. Acesso em: 15 ago. 2020. p.14.

³⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF**. Ação Declaratória de Constitucionalidade, ajuizada em prol da Resolução nº 07, de 18.10.05, do Conselho Nacional de Justiça [...]. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Requerido: Conselho Nacional de Justiça. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, nº. 237, 17 dez. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>. Acesso em: 15 ago. 2020. p.28.

texto da Lei Fundamental e que encontra, na Constituição, o seu fundamento de validade e de eficácia,³⁴⁹ mesmo que esta tradução implique restrição de direitos.

Em que pese tal decisão se referir ao Conselho Nacional de Justiça e a sua legitimidade, para produzir ato normativo primário, ao regulamentar, no âmbito do Poder Judiciário, aquilo que se contém nos princípios do artigo 37, caput, da Constituição Federal, o seu fundamento jurídico legitima esta produção primária por outros Entes, a exemplo das agências reguladoras, porque este artigo é igualmente aplicável a estas.

É indiscutível e não se desconhece que compete, às agências reguladoras, como Administração Pública, zelar e cumprir os princípios estampados no artigo 37 do diploma constitucional, erigidos à condição de valores fundamentais pela Carta Política e de força normativa suficiente para sua imediata aplicação.

Não obstante a brecha trazida acerca da normatividade dos princípios e de sua aplicação imediata, por sua suficiente carga valorativa, pela ADC °12, entendemos que estes princípios apenas têm o condão de direcionar o agir estatal, a cujos preceitos devem observância e obediência as agências reguladoras, sem, entretanto, autorizá-las a, com base direta e exclusivamente neles, por configurar-se usurpação de competência legal, restringir direitos não extraídos da Constituição, nem autorizados por lei. Estes princípios não podem servir de baliza, para as agências reguladoras, restringirem os direitos autorizados na Constituição Federal, quando não encontrar apoio explícita ou implicitamente na lei formal.

Não há abertura constitucional para o preenchimento normativo, através da supressão de direitos ou restrição, pelas agências reguladoras, quando ausente permissão constitucional ou legal. A atividade regulatória do Estado, abstraindo-se as exceções aqui pontuadas, seja no papel de agente normativo, seja no desempenho das funções de fiscalização e planejamento, devem ser desenvolvidas a partir da lei.

³⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF**. Ação Declaratória de Constitucionalidade, ajuizada em prol da Resolução nº 07, de 18.10.05, do Conselho Nacional de Justiça [...]. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Requerido: Conselho Nacional de Justiça. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, nº. 237, 17 dez. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>. Acesso em: 15 ago. 2020. p.32.

Nesse diapasão, a despeito de não se olvidar que a Constituição Federal tem sua força normativa, esta deva ser interpretada em harmonia com os outros pilares do Estado democrático de Direito, cabendo, ao intérprete, harmonizar a ordem constitucional, no sentido de sua máxima efetividade, sem subverter a lógica do processo legislativo. “Não se pode permitir que as melhores intenções justifiquem a fragmentação das garantias institucionais e procedimentais, sem as quais não pode existir Estado de direito”. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário têm a sua origem e fundamento situados na Constituição.³⁵⁰

Portanto, à luz da normatividade constitucional, da vinculação da Administração Pública ao princípio da juridicidade, do amplo poder regulamentar das agências reguladoras e da teoria dos poderes implícitos, entendemos válido o ato normativo regulatório de conteúdo primário, para a realização dos mandamentos constitucionais de aplicação imediata, munidos dos seus efeitos jurídicos principais, quando relacionado ao cumprimento ótimo de suas missões institucionais.

3.4.3 O ato normativo regulatório primário como consequência de lei declarada inconstitucional

Os casos, em tela, versam sobre a possibilidade de um ato normativo regulatório, decorrente de lei posteriormente declarada inconstitucional, manter-se vigente, quando seu conteúdo não afronta o do restante do ordenamento jurídico, pelo que utilizamos, para justificar a sua manutenção, o mesmo raciocínio lógico já discorrido ao longo do trabalho.

Ou seja, quando o ato normativo regulatório integrar uma evidente escolha constitucional e se enquadrar em um dos subtópicos anteriores deste capítulo, a despeito de a lei que lhe deu origem ter sido julgada inconstitucional, entendemos que o ato deve ser considerado válido, mantendo-se vigente, sem que seja declarada a sua inconstitucionalidade por arrastamento, por encontrar suporte

³⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI nº 4093/SP**. Ementa Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo [...]. Requerente: Governador do Estado de São Paulo. Intimado: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo e *et al.* Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, 17 out. 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25294927/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4093-sp-stf>. Acesso em: 10 ago. 2020. p.12.

constitucional e em sendo produzido dentro dos parâmetros da proporcionalidade, até que sobrevenha nova lei que regule a matéria de modo diverso.

Nesse caso, vê-se que o ato normativo produzido, originariamente, é de natureza jurídica formal secundária, bem como o seu conteúdo. Ocorre que, em sendo a lei que supostamente lhe confere validade declarada inconstitucional e em sendo o ato normativo, por si só, constitucional, a sua inconstitucionalidade, por arrastamento, não deve ser declarada, devendo ser mantidos os seus efeitos no ordenamento jurídico, razão pela qual passa a ser considerado ato normativo de conteúdo primário, pois, tendo sido a lei declarada inconstitucional e retirada do ordenamento, ele passa a encontrar fundamento de validade diretamente da Constituição Federal, em preenchendo estes requisitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As agências reguladoras foram inseridas dentro do modelo brasileiro de Estado regulador, como autarquias dotadas de um reforço na sua autonomia, em relação ao Poder Executivo Central e de um poder regulamentar, legitimador do seu papel normativo, para disciplinar a prestação de atividades econômicas, serviços públicos de relevante interesse social e satisfazer a política pública setorial que estão obrigadas a cumprir. Promovem inovação, desenvolvimento econômico, social e a defesa do interesse público, gerindo os instrumentos de regulação, em prol da sociedade, através de uma atuação transparente e equilibrada.

O fundamento jurídico-constitucional de atribuição do poder regulamentar é aferível através dos seus artigos 174, 177, §2, III e 21, XI, quando, respectivamente, conferiu a função de agente normativo e regulador ao Estado, no âmbito da ordem econômico-social e previu, de modo expreso, a criação de órgãos reguladores para tanto, nos termos da lei.

Tal competência reguladora, por opção política, foi atribuída, à Administração Pública Federal Indireta, com fulcro a melhor atender às exigências desta função reguladora e a priorizar escolhas técnicas, sem a interferência política direta.

As leis instituidoras destas agências assumiram características, em geral, de baixa densidade normativa, conferindo-lhes um maior espaço normativo decisório. Desse modo, entendemos que o amplo poder regulamentar das agências reguladoras decorre não propriamente de uma delegação legislativa, mas da abertura legal existente nas suas leis instituidoras e nas que tratam das matérias relacionadas ao seu objeto de atuação.

O legislador tem a flexibilidade de deixar um maior ou menor campo de atuação, para que as agências complementem a normatização alusiva às atividades econômicas em sentido amplo e que não possuam, constitucionalmente, a reserva legal absoluta, nos moldes do que autoriza o artigo 48, da Constituição Federal, combinado com o artigo 25, do ADCT, não significando, reiterar-se, que possa haver uma transferência de sua competência legislativa às agências reguladoras, mas apenas um maior espectro de liberdade, para a sua atuação normativa, dentro da moldura legal permissiva.

Esta abertura proposital ocorre pela imensa complexidade da função administrativo- regulatória, que exige rapidez de informação e expertise técnica, somadas a uma necessidade de constante mutação, tanto para realizar correções, adaptações, aprimoramento, quanto para adequação de estratégias, visando à eficiência na finalidade pública, o que impossibilita o acompanhamento legislativo no mesmo compasso.

Outrossim, a ampliada margem de liberdade da Administração Pública é fundamental nos setores econômico e sociais que exigem frequentemente o sopesamento de diversos interesses jurídicos em jogo a serem conciliados, dentro da nossa atual sociedade pluralista e a escolha- técnica que melhor atenda ao interesse público e, pois, aos diversos direitos constitucionalmente protegidos, sendo o papel das agências fundamental nesta ponderação de interesses.

Desse modo, o poder regulamentar é indispensável ao atendimento destas exigências. Os novos padrões da sociedade exigem normas mais especializadas, para lidar com cada setor e com suas políticas públicas setoriais que concretizem direitos. Vê-se a superação da tradicional divisão de domínio e papéis do Estado para uma divisão de funções baseada no princípio da eficiência e efetividade. O Poder Executivo se descentraliza para aumentar a eficiência da execução de suas atividades, relacionadas à regulação, de forma mais imparcial e técnica, cuja principal tarefa é dar efetividade às políticas públicas previstas em lei, e o Poder Legislativo passa a adotar modelos de leis-moldura que estabeleçam apenas os parâmetros gerais de atividade da Administração. Não há transferências de funções, mas arranjos estatais compatíveis com a Constituição vigente. Interpretação que negue esse sentido compromete o avanço das próprias Instituições.

O poder regulamentar enseja, em regra, a produção de ato normativo regulatório de natureza secundária, formado a partir da legislação ordinária, fruto do processo legislativo, pelo que, embora possa inovar na ordem jurídica, trata-se de uma inovação secundária, na medida da abertura legal conferida. Excepcionalmente, aquele poder respalda a produção de ato normativo regulatório de conteúdo primário, com supedâneo direto na Constituição Federal, revestindo-se o seu conteúdo jurídico-normativo de características de ato normativo primário, por retirar seu fundamento de validade calcado direta e exclusivamente da

Constituição Federal. Não obstante, continue assumindo posição hierárquica abaixo da lei em sentido formal, ou seja, seu status normativo se mantém inferior ao da lei.

Nessa esteira, existem os atos normativos regulatórios que, embora possam inovar a ordem jurídica, fazem-no secundariamente, em sintonia com as suas leis de regência e com a Constituição Federal. Não retiram, desse modo, seu fundamento de validade direto da Constituição, conquanto a esta devam respeito, mas da lei, estando sua normatividade, a esta lei, subordinada e a que se vinculam por um nexo de dependência; e os que retiram, de forma direta, da Constituição Federal, seu fundamento de validade. Ambos os atos normativos são formalmente infralegais, variando apenas a sua fonte, se a lei ou o próprio texto constitucional. Não se trata de um poder regulamentar absoluto. Sempre deve haver respaldo no ordenamento jurídico para esta normatização pelas agências.

Com relação às condições para a edição do ato normativo de conteúdo primário, concluímos que, nos casos de omissão legal inconstitucional e de normas constitucionais cujos efeitos jurídicos principais se aplicam direta e imediatamente, é legítimo que as agências reguladoras protagonizem a concretização destes mandamentos constitucionais, através de sua função normativa.

Esta conclusão decorre do próprio texto constitucional e de uma interpretação sistemática de todo o ordenamento jurídico, levando em consideração a natural evolução do Estado, amparado na força normativa da Constituição, na teoria dos poderes implícitos e na necessidade de observância do princípio da juridicidade administrativa, sem transgredir os valores e princípios consagrados constitucionalmente, muito pelo contrário, estes atos normativos são indispensáveis ao cumprimento dos mandamentos constitucionais referentes ao campo regulatório em que atuam estas agências, sob pena de omissão administrativa inconstitucional.

No escopo democrático, é mais importante o Estado atender, de forma legítima, aos reais anseios da sociedade, por meio da realização dos valores, princípios e comandos normativos constitucionais de um modo geral, que ter apego

extremo aos paradigmas da legalidade estrita que estava presente, com maior rigidez, nos paradigmas vigentes no Estado Social.³⁵¹

O estágio contemporâneo do constitucionalismo e do Estado pós-moderno reivindicam o reconhecimento de uma Constituição normativa, cuja premissa geral é a de que as normas por ela previstas são aplicáveis - ou ao menos suscetíveis de serem - direta e imediatamente, na medida de sua eficácia, nas diferentes situações fáticas, independentemente de intermediação legislativa.³⁵²

Portanto, embora ainda reine bastante controvérsia acerca do conteúdo jurídico do poder regulamentar das agências reguladoras federais na doutrina e na jurisprudência, a nossa pretensão, com o presente estudo, foi delimitar, com mais precisão, a extensão deste conteúdo e provocar uma construção jurídica que encontre abrigo e respaldo constitucional, reforçando que, acima de tudo, devemos priorizar a análise acurada do processo de formação do ato normativo regulatório, da sua consonância com as normas que lhe são de hierarquia superior, especialmente com a legislação específica que lhe circunda, da razoabilidade e legitimidade do seu conteúdo, visando a sua deferência e manutenção no ordenamento jurídico, quando legítimo.

³⁵¹ CARMO, Thiago Gomes do. **Interesse público**: identificação de balizas conceituais contemporâneas. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/interesse-publico-identificacao-de-balizas-conceituais-contemporaneas/>. Acesso em: 17 jun. 2020.

³⁵² MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017. p.353-354.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

AGUIAR, Rodrigo Rodrigues de. **O poder normativo das agências reguladoras**. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Centro, Rio de Janeiro, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, João Conrado Ponte de. **Aplicabilidade da teoria dos poderes implícitos na atividade de polícia judiciária**. Disponível em: http://www.adpf.org.br/adpf/imagens/noticias/chamadaPrincipal/7632_eadelta.pdf
Acesso em: 30 jul. 2020.

ALVES, Amanda Fontelles; FAMPA, Daniel Silva. A constitucionalização do direito administrativo e seus reflexos sobre a discricionariedade administrativa. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, Belém, v. 5, n. 2, p. 76 – 95, jul./dez. 2019.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, v. 236, p. 51-6, abr./ jun., 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

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

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 148, Ano 37, p. 275-299, out./ dez. 2000. p. 423.

ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. **Controle da atividade normativa das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Synergia, 2013.

ARNAUD, André- Jean. **O direito entre modernidade e globalização: lições filosóficas do direito e do Estado**. Tradução de Patrice Charles Guillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 1992.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, p. 31- 63, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras: constituição: transformações do Estado e legitimidade democrática. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, v. 229, p. 285 - 311, jul./set. 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. Agência reguladoras independentes e democracia no Brasil. **Revista. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 147-165, abr./jun, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes, separação de poderes e processo democrático. **R. Dir. Proc. Geral**, Rio de Janeiro, v. 60, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-31, jan./mar. 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria de direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Constitucionalismo luso-brasileiro: influxos recíprocos. *In*: MIRANDA, Jorge. **Perspectivas constitucionais**. Lisboa: Coimbra, 1996.

BORGES, Alice Gonzalez. Interesse público: um conceito a determinar. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 205, p. 109-118, 1996.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 13 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 200/67, de 25 de fevereiro de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm. Acesso em: 27 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm. Acesso em: 18 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.784/99, de 29 de janeiro de 1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 8 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.986, de julho de 2000**. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9986.htm. Acesso em: 26 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2. Turma). Recurso Especial. **REsp nº 1635889/ RS**. Administrativo. Execução fiscal. Agência Nacional de Transportes Terrestres. ANTT [...]. Relator: Min. Herman Benjamin, Brasília, 19 dez. 2016. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.2:acordao;resp:2016-12-06;1635889-1586189>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2. Turma). Recurso Especial. **REsp nº 1.386.994/SC**. Administrativo. Recurso Especial [...]. Recorrente: Superintendência do Porto de Itajaí. Recorrido: Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ. Relatora: Min. Eliana Calmon. Brasília, 13 nov. 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24619777/recurso-especial-resp-1386994-sc-2013-0152898-6-stj/inteiro-teor-24619778>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Decisão Monocrática). Recurso Especial. **Resp nº 1689801/SE**. Trata-se de Recurso Especial (art. 105, III, “a”, da CF) interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal [...]. Recorrente: Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Recorrido: Município de Riachuelo. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 1 julho. 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/620964235/recurso-especial-resp-1689801-se-2017-0192058-7/decisao-monocratica-620964261?ref=juris-tabs>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Decisão Monocrática). Recurso Especial. **REsp nº 1.522.520/RN**. Recorrente: Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. Recorrido: Viação Nordeste Ltda. Direito administrativo [...]. Relator. Min. Gurgel de Faria. Brasília, 22 fev. 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548180711/recurso-especial-resp->

1522520-rn-2015-0064901-6/decisao-monocratica-548180720. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Primeira Turma). Agravo Regimental nos Embargos de Declaração, nos Embargos de Declaração, no Agravo de Instrumento. **RE no AgRg nos EDcl nos EDcl no Ag nº 1215890/RJ**. Trata-se de recurso extraordinário interposto por [...]. Recorrente: Município de Balneário Barra do Sul e Outro Recorrido: Município de Araquari. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 23 fev. 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/891640369/re-no-agrg-nos-edcl-nos-edcl-no-agravo-de-instrumento-re-no-agrg-nos-edcl-nos-edcl-no-ag-1215890-rj-2009-0124028-9/decisao-monocratica-891640442?ref=juris-tabs>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Primeira Turma). Recurso Especial. **Resp nº 806304/ RS**. Processo civil. Administrativo. Ação civil pública [...]. Recorrente: Ministério Público Federal; Tim Celular S/A. Recorrido: União; Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 17 dez. 2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2351987/recurso-especial-resp-806304-rs-2005-0212409-1/inteiro-teor-12222796?ref=serp>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/ DF**. Ação Declaratória de Constitucionalidade, ajuizada em prol da Resolução nº 07, de 18.10.05, do Conselho Nacional de Justiça [...]. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Requerido: Conselho Nacional de Justiça. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, nº. 237, 17 dez. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade- MC nº 1949/RS**. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Intimado: Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul; Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Ação direta de inconstitucionalidade. Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS) [...]. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 17 set. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7237463>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4568/DF**. Constitucional. Valor do salário mínimo[...]. Requerente: Partido Popular Socialista e Outros(A/S). Intimado Presidente da República e Congresso Nacional. Relatora: Min. Cármen Lúcia, Brasília, 30 de março 2012. Disponível em: [bc6066b41e6ecb99c34bfe716e8d484f](https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1215890/rj-2009-0124028-9/decisao-monocratica-891640442?ref=juris-tabs). Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4874/DF**. Ação Direta de inconstitucionalidade. Pedido de Interpretação conforme a constituição [...]. Requerente: Confederação Nacional

da Indústria. Intimado: Presidente da República. Relatora: Min. Rosa Weber, Brasília, 1 de fevereiro 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339416790&ext=.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1668/DF**. Comunicações-Lei Geral nº 9.472/97 [...]. Requerente: Partido Comunista do Brasil- PCdoB. Requerido: Congresso Nacional. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, 16 de abril 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347202>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI nº 4093/ SP**. Ementa Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo [...]. Requerente: Governador do Estado de São Paulo. Intimado: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo e *et al.* Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, 17 out. 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25294927/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4093-sp-stf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). **Mandado de Segurança nº 24.510/DF**. Procedimento licitatório. Impugnação. Competência do TCU [...]. Impetrante: Nascimento Curi Advogados Associados. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86146>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRUNA, Sérgio Varella. **Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública e revisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUSSATO, Carlos Ernesto Maranhão. **Reflexões críticas acerca do papel e significado do interesse público no direito administrativo brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós – Graduação em Direito, 2011.

CALDAS, Filipe Reis. Os perigos do fenômeno da deslegalização no direito tributário. **Revista Consultor Jurídico**, [S.l.], 28 abr. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-28/filipe-reis-perigos-deslegalizacao-direito-tributario>. Acesso em: 15 abril. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O poder normativo das agências reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2016.

CARMO, Flávia Figueiredo Franco; DIAS, Maria Tereza Fonseca; SIMÕES, Fabiana Coelho. O poder normativo discricionário na atividade regulatória da Agência Nacional de Transportes Terrestres e a ausência de controle jurisdicional. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 12, n. 2, p. 212-233, jul./dez, 2017.

CARMO, Thiago Gomes do. **Interesse público**: identificação de balizas conceituais contemporâneas. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/interesse-publico-identificacao-de-balizas-conceituais-contemporaneas/>. Acesso em: 17 jun. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e Poder Normativo. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível na Internet:<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp> .Acesso em: 9 mar. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO FILHO, José Santos. A deslegalização no poder normativo das agências reguladoras. **Interesse Público**, [S.l.], Ano 7, n. 35, jan./fev. 2006.

CHEVALIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CONCEIÇÃO, Janaina Machado. Fundamento jurídico do poder regulamentar do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2379, 5 jan. 2010. ISSN 1518-4862. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14142>. Acesso em: 21 maio 2020.

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

CYRINO, Roberta Faria; AMORIM, Rosendo Freitas de. Fornecimento gratuito de medicamentos pelo poder público: possibilidade de controle judicial? **Revista Jurídica**: UniCuritiba, Curitiba. v. 2, n. 43, p. 312-344, 2016. p. 314.

DANTAS, Eduardo Sousa. A força normativa da Constituição e a eficácia das normas constitucionais no direito brasileiro. **Revista Direito e Liberdade**: ESMARN, Natal, v. 11, n. 2, p. 21–36, jul./dez. 2009.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Reclamação constitucional no direito brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

DEZAN, Sandro Lucio; BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. A juridicidade do Estado administração na concretização de políticas públicas de saúde: um método para a justificação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. **A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte; Curitiba, ano 16, n. 63, p. 211-238, jan./mar. 2016.

DEZAN, Sandro Lúcio; VITORIANO CUNHO, Ricarlos Almagro. O substancialismo jurídico na administração pública concretista de direitos fundamentais: a juridicidade administrativa como instrumento de justiça constitucional. **Justiça do Direito**, [S. l.], v. 31, n. 2, p. 304-328, maio/ago. 2017. DOI: <https://doi.org/10.5335/rjd.v31i2.6974>. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/6974/4344>. Acesso em: 15 ago. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999b.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito regulatório**: temas polêmicos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Direito regulatório**: temas polêmicos. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DUARTE JÚNIOR, Ricardo. A natureza jurídica dos atos normativos elaborados pelas agências reguladoras. **Revista de Dir. Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 61, jul./set. 2015.

FARO, Julio Pinheiro. Políticas públicas, deveres fundamentais e concretização de direitos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 250-269, 2013.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito de poderes**: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FIGUEIREDO, Rodrigo Fraga Leandro de. **Função normativa das agências reguladoras**: natureza e hipóteses de exercício. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-09122014-132856/publico/dissertacao_RodrigoFragaLeandrodeFigueiredo.pdf. Acesso em: 15 ago. 2020.

FORTINI, Cristiana; FAJARDO, Gabriel. A nova Lei das Agências Reguladoras: impressões iniciais. **Revista Consultor Jurídico**, [S. l.], 27 jun. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-27/interesse-publico-lei-agencias-reguladoras-impressoes-iniciais>. Acesso em: 27 mar. 2020.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa**: no regime jurídico: administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Coleção temas fundamentais de direito, v.1).

GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 115, p. 267-318, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/516>. Acesso em: 15 ago. 2020.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: RT, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996.

GUERRA, Glauco Martins. Agências reguladoras no Brasil: princípio da legalidade e regulação. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GUERRA, Sérgio. **Controle judicial dos atos regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre factilidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1.

HACHEM, Daniel Wunder. **O princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011b.

ISHIKAWA, Lauro; FROTA JÚNIOR, Clóvis Smith. A evolução do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa e seus reflexos jurisprudenciais. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 2, n. 55, p. 516 – 542, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

LAENDER, Gabriel Boavista. As agências reguladoras e a jurisdição constitucional: uma análise a partir da decisão do STF na ADI 1.949-0. **Observatório da**

Jurisdição Constitucional. Brasília, IDP, Ano 4, p.1-18, 2010/2011. ISSN 1982-4564.

LEONEL, Ricardo de Barros. Limites do Poder Regulamentar. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Direito regulatório: temas polêmicos.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

LIMA, Gustavo Augusto F. de. **Agências reguladoras e o poder normativo.** 1. ed. São Paulo: Baraúna, 2013.

LIMA, Gustavo Augusto Freitas de. **Poder normativo das agências reguladoras e controle judicial.** Dissertação (Mestrado) - Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília, Centro universitário de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/5773/1/61000160.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2020.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa.** São Paulo: Saraiva, 2001.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios dos atos administrativos.** São Paulo: Malheiros, 2008.

MATOS, Marilene Carneiro. Direitos e garantias fundamentais e aplicabilidade imediata. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 23, n. 5585, 16 out. 2018. ISSN 1518-4862. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67138> . Acesso em: 2 jun. 2020.

MAURANO, Adriana. **A função normativa das agências reguladoras no Brasil e o princípio da legalidade.** São Paulo: Scortecci, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Rafael Munhoz de. Processo administrativo, devido processo legal e a Lei 9784/99. **A & C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte; Curitiba, ano 3, nº 11, jan./fev. 2003. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/684/607>. Acesso em: 15 ago. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade. *In*: BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. M. **Curso de direito constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais.** Coimbra: Almedina, 2017.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito econômico.** Coimbra: Coimbra, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p.129-156, jan./mar. 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, direito e Estado**: o direito administrativo em tempos de globalização- in memoriam de Marcos Juruena Villela Souto. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo dos Santos. Agências reguladoras (descentralização e deslegalização). *In*: MOREIRA NETO, Diogo dos Santos. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA, Egon Bochman. Os limites à competência normativa das agências reguladoras. p. 186. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de. (coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MOURA, Emerson Affonso da Costa Moura. Direito administrativo, direitos fundamentais e regime jurídico administrativo: a reconstrução dos seus fundamentos à luz do estado democrático de direito, p. 192-221. *In*: CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes Caldas; STELZER, Joana; BIRNFELD, Liane Francisca Hüning (coord.). **Direito e administração pública** [Recurso eletrônico on-line], Florianópolis, CONPEDI, 2014.

OLIVEIRA RAMOS, Doria Maria de. Os regulamentos jurídicos e os regulamentos de organização: breve estudo de sua aplicação no direito brasileiro. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Direito regulatório**: temas polêmicos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

OLIVEIRA, Antônio Ítalo Ribeiro. O mínimo existencial e a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4772, 25 jul. 2016. ISSN 1518-4862. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50902>. Acesso em: 4 jun. 2020.

OLIVEIRA, Diogo Pignataro de; MENDONÇA, Fabiano André de Souza; XAVIER Yanko Marcius de Alencar. A governança pública e o estado regulador brasileiro na efetivação do direito fundamental ao desenvolvimento. *In*: MENDONÇA, Fabiano André De Souza; ROCHA FRANÇA, Vladimir da; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar (org.). **Regulação econômica e proteção dos direitos humanos**: um enfoque sob a óptica do direito econômico. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2008. p. 41-89.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. **A constitucionalização do direito administrativo**: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **O princípio juridicidade**: uma releitura da legalidade e da legitimidade administrativa. Monografia (Graduação em Direito) - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2007

PIEROTH, Bodo; SCHLINK. **Direitos fundamentais**. Tradução de Antônio Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

QUEIROZ, Lizziane Souza; MENDONÇA, Fabiano André de Souza. O Papel do Estado Regulador na Concretização dos Direitos Fundamentais. *In*: MENDONÇA, Fabiano André De Souza; ROCHA FRANÇA, Vladimir da; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar (org.). **Regulação econômica e proteção dos direitos humanos**: um enfoque sob a óptica do direito econômico. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2008. p. 121-150.

RINCO, Rosemay Martins. Considerações acerca da eficácia e aplicabilidade jurídica das normas constitucionais. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 3 jun. 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46245/consideracoes-acerca-da-eficacia-e-aplicabilidade-juridica-das-normas-constitucionais>. Acesso em: 3 jun. 2020.

RIZZI, Ângela Onzi. Atos normativos autônomos no Brasil. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 28 maio 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42042/atos-normativos-autonomos-no-brasil>. Acesso em: 28 maio 2020.

SADDY, A. **Discricionariedade administrativa nas normas jurídicas em abstrato**: limites e técnicas de contenção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SALES, Pedro Carneiro. O conflito entre direitos fundamentais e interesse público; uma questão de proporcionalidade. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 14, n. 2, p. 801-830, jul./dez. 2019.

SANTOS DE ARAÇÃO, Alexandre. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o estado democrático de direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 37, n. 148, out./dez. 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia Constitucional. *In*: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Anotações à Constituição de 1988**. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1992.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O dever de motivação na edição de atos normativos pela administração pública. **A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 55-73, jul./set. 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo STF nº 582**, Brasília, 12 a 16 de abril de 2010. p. 9. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo582.htm>. Acesso em: 18 jun. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Vocabulário Jurídico** (Tesouro), Brasília, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarTesouro.asp?txtPesquisaLivre=ATO%20NORMATIVO>. Acesso em: 25 maio. 2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

URBAN, Renan Lucas Dutra. Decisões técnicas, escolhas morais e democracia: agências reguladoras e deliberação sobre direitos fundamentais. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v. 13, n. 2, 2º quadrimestre 2018. ISSN 1980-7791. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 15 ago. 2020.