



LEGALIDADE E REGULAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

LEGALITY AND REGULATION IN THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988

Miguel Ferreira Filho¹
Daniel Ferreira²

RESUMO

O presente artigo objetiva verificar a relação entre o princípio da legalidade e o poder regulamentar do art. 84, combinado com o art. 174, ambos da CF/88, para analisar a função regulamentar das chamadas “agências reguladoras”. Para tanto, foi utilizada metodologia de pesquisa bibliográfica e método dedutivo de avaliação. Verifica-se que somente normas regulamentares que atendam aos princípios da legalidade e da separação dos poderes, em estreita relação com os limites técnicos impostos pela Lei que cria a agência reguladora, podem ser consideradas válidas.

Palavras-chave: estado de direito, princípio da legalidade, poder regulamentar, agências reguladoras, interesse público

ABSTRACT

This article aims to investigate the relationship between the principle of legality and the regulatory power of art. 84, combined with art. 174, both of the CF/88, to examine the regulatory function of so-called "regulatory agencies". Therefore, we used bibliographic research methodology and deductive method of evaluation. It appears that only regulatory rules that meet the principles of legality and separation of powers, in close relation to the technical limits imposed by the law establishing the regulatory agency can be considered valid.

Keywords: rule of law, principle of legality, regulatory power, regulatory agencies, public interest

¹Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, (Brasil) advogado e integrante do GP “Atividade Empresarial e Administração Pública” (CNPq/UNICURITIBA).

E-mail: miguelfilho@gmail.com

²Pós-Doutorando (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/FDUC), (Portugal) Membro Permanente do Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA e líder do GP “Atividade Empresarial e Administração Pública” (CNPq/UNICURITIBA). **E-mail:** danielferreira@fkmppm.com



INTRODUÇÃO

O princípio da legalidade é marco sobre o qual se assenta o Estado de Direito e a ele se submetem tanto os indivíduos quanto o próprio Estado. Enquanto para aqueles, “tudo é permitido, desde que não limitado por comando legal”, para estes, “somente é permitido o que legalmente definido”.

Portanto, os atos da Administração Pública se submetem ao crivo do princípio da legalidade sob pena de nulidade, mormente ao que se refere a matérias que devem ser tratadas exclusivamente por lei assim como a edição de regulamentos.

O modelo de Estado atual é marcado pela transferência do exercício de algumas funções a particulares, notadamente a exploração de atividade econômica e a prestação de serviços públicos. Mas, o dever de normatização e regulação dessas atividades é constitucionalmente lhe imposto por força do art. 174 da CF/88.

Para melhor cumprir esta incumbência, própria do Estado regulador, foram criados, além dos que previstos na Constituição, entes reguladores por meio de lei denominados “agências reguladoras”.

Estas agências são autarquias dotadas de maior grau de autonomia em face da Administração Pública para, de forma mais célere e com maior tecnicismo, responder às necessidades do setor objeto de regulação.

A regulação setorial demanda, para a conformidade dos interesses dos consumidores-utentes e dos particulares envolvidos na atividade econômica, uma série de medidas dentre as quais a produção de regras.

O presente estudo busca compreender, através da análise do princípio da legalidade e seus efeitos sobre o exercício da função regulamentar do Poder Executivo, se as agências reguladoras exorbitam os limites de sua competência ao editarem normas de caráter geral e abstrato, impondo obrigações e deveres a particulares enquanto inovadoras da ordem jurídica.

10 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Carta da República estabelece em seu artigo 5º, inciso II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Deste dispositivo



normativo, como comando geral e abstrato, resta claro que somente por intermédio de lei é que se poderá criar deveres e impedimentos a qualquer indivíduo.

Melhor explicitando, como corolário do Estado de Direito, o princípio da legalidade é verdadeira garantia constitucional de que a ninguém será imposta obrigação (*de fazer e de não fazer*) sem prévia prescrição legal. Ou seja, a CF/88 consigna ampla liberalidade individual frente ao Estado, desde que não vedada por lei.³

De modo distinto se dá a relação do Estado consoante o disposto no caput do art. 37º da Carta Magna que firma que “a Administração Pública direta e indireta obedecerá ao princípio da legalidade”. Por este comando constitucional, a atuação estatal que se destina aos administrados se sujeita aos limites legalmente constituídos.

Ao considerar a relação do Estado frente ao princípio da legalidade, Bandeira de Mello (2011, p. 100) assenta que como resultado da sujeição do Estado à lei, a Administração Pública somente pode ser exercida na forma imposta pela lei e, deste modo, “a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei”.

O princípio da legalidade, segundo Di Pietro (1991, p. 15), se ancora em duas ideias centrais. Por um lado, que o único poder legítimo é aquele emanado da vontade geral do povo sob a forma de lei, a que submete inclusive o soberano. Por outro lado, que a separação dos poderes que dá prioridade ao Poder Legislativo submetendo o Poder Executivo e o Poder Judiciário à supremacia legal, não lhes restando espaço normativo qualquer.

A lei se constitui em fundamento e limite da atuação estatal no Estado de Direito. Mas, na contemporaneidade, o princípio da legalidade assume uma nova feição para além daquela requerida pelo positivismo de outrora. Pautado nos fundamentos constitucionais de cidadania e da dignidade da pessoa humana, o princípio da legalidade que o Estado Democrático de Direito reclama deve atender aos objetivos de construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e regionais; e, promover o bem de todos, como traçados pela Constituição.

³ Uma importante observação é referida por Ferreira (2007, p. 365) quando ressalta, em estreita relação ao princípio da legalidade, a relação de particulares com a Administração Pública. Quando a mesma se dá por conta do dever da Administração Pública em garantir o fiel cumprimento legal de forma indistinta, a todos os indivíduos, se afigura o regime de sujeição geral. Todavia, quando há relação direta da Administração com um determinado particular em decorrência de obrigações assumidas por contrato ou estatuto, este se subordina àquela por um regime de sujeição especial.



Dito de outro modo, o princípio da legalidade é princípio basilar do Estado de Direito, sendo de sua essência o respeito à Constituição e sujeitando-se ao império da lei, mas da lei que realiza o princípio da igualdade material e da justiça. (SILVA, 1988. p. 23).

Di Pietro (1991, p. 34) assenta que a Administração Pública “já não está mais submetida apenas à lei, em sentido formal, mas a todos os princípios que consagram valores expressos ou implícitos na Constituição, relacionados com liberdade, igualdade, segurança, desenvolvimento, bem-estar e justiça”.

Ainda acerca da submissão do Poder Público ao princípio da legalidade, a atividade administrativa pode se dar em conformidade com a norma legislativa, num plano de legalidade formal, ou de acordo com a norma jurídica, em plano de legalidade material. A legalidade estabelece os limites da atividade administrativa, ou seja, cabe à Administração Pública obedecer, cumprir e pôr em prática os comandos legais. (CUÉLLAR, 2001. p. 38-39)

Mazza (2005, p. 129) adverte que alguns autores preferem as expressões “princípio da juridicidade” ou subordinação ao “bloco de legalidade” para evitar-se a suposição de que a legalidade a que a atividade administrativa se submete é apenas de sujeição à lei em sentido estrito (lei ordinária).

De todo modo, o princípio da Legalidade comporta duas dimensões (concepções), quais sejam: o princípio da supremacia (primazia, prevalência ou preferência) da lei e o princípio da reserva legal.

A prevalência da lei enuncia que qualquer ato administrativo que seja contrário a lei é inválido. A lei prevalece, tem preferência sobre os atos administrativos. Ou seja, a prevalência da lei representa a dimensão negativa do princípio da legalidade, torna inválido qualquer ato contrário a dispositivo legal. (MAZZA, 2005. p. 129).

Como concepção do princípio da legalidade, a reserva legal é a sua dimensão positiva, exigindo prévia autorização legal para a legítima atuação dos agentes públicos. A reserva legal explicita a máxima de que o particular pode fazer tudo que a lei não proíbe, enquanto à administração só é permitido fazer o que a lei previamente determine. Dito de outra forma, vincula positivamente a administração pública definindo as matérias que necessariamente se submetem à sujeição de lei prévia bem como a delimitação de sua relação com o regulamento. (TORRES, 2012. p. 13-15).

Para melhor compreensão do alcance ou extensão da reserva legal, a mesma é frequentemente classificada como sendo formal ou material, absoluta ou relativa.



A reserva de lei formal pressupõe temas que devem ser regulamentados por lei, de acordo com mandamento constitucional. É de forma explícita que a Constituição dita que determinada matéria somente pode ser tratada por ato emanado do Legislativo. E, a reserva de lei material diz respeito àquelas matérias que admitem seu tratamento por atos normativos com força de lei, sem a necessidade de promulgação de lei votada pelo Parlamento como, por exemplo, Medidas Provisórias. (OLIVEIRA, 2009. p. 44-45).

A reserva legal é considerada absoluta quando se exige que a totalidade da matéria seja tratada por lei sendo afastado qualquer outro ato normativo, aí incluído o decorrente do poder regulamentar. Será, todavia, considerada relativa quando houver espaço para a interferência de outros atos normativos de natureza distinta ou de grau inferior, por exemplo oriundo do exercício do poder regulamentar. (CUÉLLAR, 2001. p. 40).

2. PODER NORMATIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – OS REGULAMENTOS ADMINISTRATIVOS E A DELEGAÇÃO LEGISLATIVA

2.1 Considerações Inaugurais

Preambularmente, é necessário admitir que, em função do caráter relativo do princípio da separação dos poderes, é possível o exercício do poder normativo por órgãos e entidades localizadas distintamente da esfera do Poder Legislativo. A noção contemporânea acerca deste princípio se afasta daquela de natureza inicial (liberal), que possuía por pressuposto a proibição de um só órgão desempenhar as três funções – Legislativo, Executivo e Judiciário – e, que visava garantir somente os direitos individuais. Consoante à realidade hodierna, o princípio da separação dos poderes não pode ser entendido de forma rígida sob pena de o Estado não conseguir atender aos reclamos constitucionalmente pretendidos. (MORAES, 2002. p. 14-15).

Vale dizer, para o fiel cumprimento dos direitos e garantias constitucionais, principalmente aqueles que impõe celeridade à regulamentação de determinadas matérias, há de se ter uma flexibilização da função legiferante do Poder Legislativo para delegar a órgãos executivos a possibilidade de edição de normas, o que se pretende analisar mais adiante.

Justen Filho (2011, p. 197) faz importante anotação ao diferenciar os conceitos de competência legislativa e competência normativa. Enquanto aquela diz respeito à capacidade



de produção de normas de cunho legislativo, esta traduz a ideia de produção de qualquer norma jurídica. Portanto, nem todas as normas jurídicas são produzidas por lei.

O que se pretende analisar a partir de agora é a extensão da competência do Executivo para produção de normas jurídicas.

Conforme se extrai da Constituição Federal de 1988, o poder normativo administrativo encerra tanto a delegação legislativa quanto o poder regulamentar.

Delegação legislativa, no âmbito do Executivo, é a possibilidade de o Presidente da República inovar a ordem jurídica por meio de Medida Provisória ou Lei Delegada, de acordo, respectivamente, com os art. 62 e 68 da CF/88.⁴ De outra banda, o poder regulamentar da Administração Pública encontra sua fundamentação no art. 84, inciso IV, CF/88.⁵

2.2 Os regulamentos administrativos

Na forma prescrita pelo art. 84, IV, da Constituição Federal, decretos e regulamentos são atos administrativos, de caráter normativo e com finalidade de dar às leis sua adequada aplicação. Ciente disso, Cuéllar (2001, p. 45) propõe a seguinte definição para regulamento administrativo:

“... ato normativo, emanado pelo Poder Executivo, no exercício da função administrativa e em decorrência de atribuição regulamentar que lhe é conferida, caracterizado pela generalidade e abstração. Diferencia-se da lei em sentido estrito, precipuamente porque esta é elaborada pelo Poder Legislativo, através de processo específico imposto pelas normas constitucionais”.

Os regulamentos administrativos são classificados pela doutrina sob vários aspectos, e nem sempre convergentes. Sem pretender esgotar o assunto, neste estudo apresentamos alguns dos critérios adotados.

Em estreita correlação ao art. 84, IV, da CF/88, a doutrina brasileira, de forma majoritária, aceita somente a presença de regulamentos de execução no Direito brasileiro.

Os regulamentos de execução, para integrarem o ordenamento jurídico, obedecem à necessidade de prévia autorização legal, ou seja, o Poder Executivo somente pode produzir

⁴ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

⁵Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;



norma em atendimento àquilo que previamente foi disposto legalmente. A finalidade deste tipo de regulamento é explicitar a lei que o exigiu bem como determinar os meios pelos quais comando legal deverá ser executado. A este respeito, Bandeira de Mello (2011, p. 351) sustenta que:

“Ditas normas são requeridas para que se disponha sobre o modo de agir dos órgãos administrativos, tanto no que concerne aos *aspectos procedimentais* de seu comportamento quanto no que respeita aos *critérios que devem obedecer em questões de fundo*, como condição para cumprir os objetivos da lei”. (Grifos do autor)

Portanto, os regulamentos executivos devem estabelecer os parâmetros pelos quais a administração deve se portar em função e para consecução da prescrição legal.

Afora os regulamentos de execução, doutrinariamente se reconhece ainda os regulamentos autônomos e regulamentos delegados, mais amplamente utilizados no Direito europeu e sobre os quais traçamos algumas linhas.

Regulamentos autônomos ou independentes são aqueles que não apresentam correspondência direta a alguma lei determinada.

Tais regulamentos, segundo Cuéllar (2001, p. 47), surgem nos espaços livres da lei, não necessitam de norma prévia para sua autorização já que seu objeto diz respeito a situações não regradas por instrumento legislativo.

De maneira distinta e inovadora, Oliveira (2009, p. 57-60) sustenta que a autorização para os regulamentos autônomos se fundamenta na própria Constituição, sem interferência legislativa. Portanto, para ele tais regulamentos podem inovar a ordem jurídica. Circunspecto de que boa parte da doutrina brasileira não aceita este tipo de regulamento, por afrontar o princípio da legalidade de vinculação positiva do administrador à lei, o autor pondera que a omissão legislativa não pode servir como justificativa à não efetividade do texto constitucional.

Na mesma linha, Martins (2011, p. 110-112) assevera que não existem regulamentos autônomos, mas executivos da Constituição. Para ele, estes regulamentos encontram fundamento constitucional sem a necessidade de correspondência legal direta. Seriam, desta maneira, o resultado de um exercício de ponderação abstrata frente a uma vinculação abstrata, em consequência da omissão do legislador.

Contudo, há hipótese única de decreto autônomo na Constituição Federal. A Emenda Constitucional nº 32/2001 introduziu, alterando o inciso VI do art. 84, CF/88, a possibilidade



de o Presidente da República editar decretos, sem correspondência a nenhuma lei anterior, para criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas. Mas, é caso de regulamento de organização da Administração.

Regulamentos delegados são aqueles emitidos pelo Poder Executivo mediante expressa disposição do Poder Legislativo, e regulamentos de necessidade (ou de urgência) são aqueles editados a atender situações de urgência administrativa. (CUÉLLAR, 2001. p. 46-47).

A Constituição Federal além de atribuir competência regulamentar expressa para o Chefe do Executivo (art. 84, IV, CF/88), também o faz em relação aos Ministros de Estado pelo disposto no inciso II, do parágrafo único do art. 87, que prescreve: “expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos”.

Ambos os dispositivos constitucionais têm por finalidade a expedição de decretos, regulamentos e instruções para o fiel cumprimento das leis.

Mas, a função regulamentar não se limita apenas ao Presidente e seus Ministros, sendo, por uma construção hermenêutica sistemática da Constituição Federal, também possível de ser atribuída a outras entidades da Administração Pública. A este respeito, Motta, F. (2007, p. 152) ensina que:

“...parte da doutrina e da jurisprudência costumam unificar sob o desígnio regulamento, em maior ou menor grau, todas as normas editadas pelo Poder Executivo (seus órgãos e entidades) com hierarquia inferior à lei, dando margem à elaboração de um conceito hipertrofiado de regulamento”.

Destaque-se, por oportuno, que alguns autores como, por exemplo, Bandeira de Mello (2011, p. 353) atribuem caráter normativo secundário a qualquer regulamento emanado pela administração Pública hierarquicamente inferior àquele decorrente do art. 84, IV, CF/88, ou seja, do exercício do dever regulamentar imposto ao Presidente da República.

2.3 A delegação legislativa

Como destacado alhures, a delegação legislativa vem regradada pela Constituição Federal em seus artigos 62 e 68, e permite ao Chefe do Poder Executivo inovar a ordem jurídica atendidos os requisitos constitucionalmente impostos.

A delegação legislativa deve ser encarada como medida de excepcionalidade frente aos princípios da separação dos poderes, consagrado no art. 2º da Constituição Federal, bem



como os da representação política e da soberania popular, insculpidos no parágrafo único do art. 1º do mesmo diploma.

Tem-se, portanto, que a delegação concedida ao Poder Executivo, para exercer função primária do Poder Legislativo, somente se dá por um caráter específico e precário. Específico no que diz respeito aos limites do objeto (conteúdo certo e predeterminado), e precário já que a delegação pode ser revogada a qualquer tempo pelo ente delegante. (CUÉLLAR, 2001. p. 112).

Como já destacado anteriormente, o Estado democrático de Direito, na exigência material de implementar os objetivos, direitos e garantias fundamentais constitucionais, reclama uma maior produção legislativa a dar conta das inúmeras relações jurídicas a que se submetem a Administração e os administrados.

Assim, tanto pela falta de conhecimento técnico na produção legislativa quanto pela morosidade do processo legiferante, o princípio da separação de poderes, como conservadoramente entendido, poderia ser mitigado para acolher maior possibilidade na delegação de poderes ao Executivo, por parte do Legislativo.

Esse expediente, de maior flexibilização da delegação legislativa, encontra raízes no Direito norte-americano e se dá por duas teorias. A teoria do *fillingupdetails* (preenchimento dos detalhes) e a teoria da *delegationwithstandarts* (delegação com parâmetros). A primeira é semelhante ao poder normativo regulamentar descrito preteritamente, pois autoriza a atuação do Executivo naquilo que seja necessário para o fiel cumprimento da lei que se submeteu ao devido processo legislativo. A segunda, por seu turno, admite a atuação do órgão delegado apenas dentro dos rígidos limites impostos pelo delegante. (OLIVEIRA, 2009. p. 49).

Este modelo de delegação com parâmetros (*standarts*) é que merece maior atenção, pois sob sua égide repousam instrumentos normativos que norteiam as atividades de particulares por intermédio das agências reguladoras.

Acerca dessa influência do Direito estadunidense sobre o Direito administrativo brasileiro, Di Pietro (2007, p. 11-12) assenta que:

Em relação aos atos normativos de órgãos ou entidades da Administração Pública direta ou indireta, hipótese em que importa definir a possibilidade de adoção, no direito brasileiro, do sistema norte-americano em que o Poder Legislativo legisla por meio de *standards*, princípios, normas gerais, diretrizes, deixando para a Administração Pública a competência para desenvolver os conceitos indeterminados contidos na lei. Trata-se, na realidade, de função que se insere no conceito de regulamento e que, quando baixado pelo Chefe do Poder Executivo, encontra fundamento no art. 84, IV, da Constituição, tendo como principal limitação



os princípios da legalidade e da reserva legal. A dúvida maior existe quanto à possibilidade dessa regulamentação ser baixada pelos chamados órgãos reguladores.

Voltaremos a esta questão mais adiante para analisar a(im)possibilidade de agências reguladoras produzirem atos normativos que importem em criação de obrigações e impedimentos a particulares – empresas – que desenvolvam atividade econômica sob elas reguladas.

3. O ESTADO BRASILEIRO REGULADOR

O Estado Social se desenvolveu no período pós-Primeira Grande Guerra. Houve necessidade de intervenção estatal para geração de empregos, bem como uma política voltada para o controle de preços e aumento de demanda, com vistas ao crescimento e desenvolvimento. Pautada na premissa de supremacia do interesse público sobre o privado⁶, já nos idos de 1960, o Estado incorpora atribuições a garantir os direitos sociais, como explicita Gabardo (2009, p. 163):

“As funções do Estado no *welfare state* das décadas de 60 e 70 passam a ser legitimadas pela realização de condições mínimas aos grupos mais débeis, sem mesmo levar em conta seu status no mercado de trabalho. Busca-se, assim, efetuar uma correção no funcionamento cego das forças do mercado por meio da imposição de metas políticas à economia. De forma inédita na história da humanidade é conferido ao Estado uma efetiva função substantiva e finalística, democratizando a própria economia mediante a melhor alocação de recursos, a distribuição mais justa da riqueza e a proteção dos socialmente necessitados”.

No Brasil daquela época, em decorrência da ditadura militar, apesar do assistencialismo e forte atuação estatal, o objetivo não era a redistribuição de renda, mas apenas crescimento econômico. Havia presença formal do Estado em relação aos direitos e garantias constitucionais, porém ausência material, pouca ou nenhuma efetividade de direitos. A “crise de Estado”, instalada nos anos 80, que permeou os países latino-americanos, notadamente de cunho fiscal, de aumento de burocracia, de ineficiência funcional e de precariedade, culmina com uma mudança ideológico-pragmática que se volta para a revalorização do mercado e da sociedade civil. (GABARDO, 2009. p. 166-167).

⁶ Bandeira de Mello (2011, p. 96) assenta que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é princípio geral de Direito como essencial à existência da sociedade. Não possui raiz em nenhum dispositivo constitucional específico, mas é pressuposto lógico do convívio social.



O Estado passa a transferir funções que podem ser realizadas com maior eficiência por particulares, seja em regime de livre iniciativa ou regime de direito público, ambas sob regulação estatal, e se concentra na execução daquilo que entende essencial. Ou seja, o Estado transfere a execução pública para a esfera privada, sem, contudo, abrir mão de seu dever de regulação. (SOUTO, 2005. p. 35).

É o que se apreende dos artigos 173 e 174 da Constituição Federal que, respectivamente, prescrevem que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Neste estudo é adotado o entendimento exposto por Grau (2000, p. 138) que considera a atividade econômica como aquela que abrange tanto a atividade econômica em sentido estrito (art. 173, caput e §1º) quanto em sentido lato, na qual se admite o serviço público como espécie de atividade econômica (arts. 174 e 170, caput).

Destarte, três são as formas pelas quais o Estado pode interferir com a atividade econômica segundo Bandeira de Mello (1981, p. 37):

“a) disciplinando-a, vale dizer, impondo-lhe limitações a fim de compatibilizá-la com os interesses coletivos (poder de polícia); b) fomentando-a, isto é, propiciando-lhe estímulos e condições de desenvolvimento mediante implantação de infraestrutura, de concessão de financiamentos, de apoio tecnológico, de isenção de tributos etc.; c) assumindo-a, ou seja, protagonizando-a como sujeito ativo, como titular dela, ou seja, o agente que a explora”.

A exploração direta se dá quando o Estado, como sujeito ativo, assume para a si a atividade econômica em sentido estrito (com monopólio estatal ou em concorrência com particulares) ou como prestador direto de serviço público.

De outra banda, a Administração, no intuito de atrair particulares na consecução das finalidades de interesse público, se vale de incentivos e estímulos. Por meio do fomento, é formalizada uma função de promoção de determinadas atividades com vistas ao desenvolvimento econômico, social e cultural. (PIMENTA OLIVEIRA, 2006. p. 514-515).

A intervenção estatal decorrente do seu poder de polícia, de maneira disciplinadora, consoante exposto por Bandeira de Mello (2011, p. 802), se perfaz através da expedição de leis e atos administrativos para executá-las bem como agente fiscalizador conforme disposto no art. 174 da CF/88.



3.1. A regulação conforme o art. 174 da CF/88

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 174, prescreve que “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”.

Há, portanto, uma necessária investigação do significado que a CF/88 pretendeu atribuir à palavra “regulação” inserida no Título VII, “Da Ordem Econômica e Financeira”, que dispõe as bases no qual se assenta o atual sistema econômico financeiro.

Para tanto, é pertinente a inicial e necessária particularização entre os vocábulos regulação e regulamentação.

Motta, P. (2003, p. 47) assenta que a expressão “regulação” possui origem nos estudos econômicos realizados por profissionais de língua inglesa afim de permitir a distinção entre a noção de regulamentação de direitos e a intervenção estatal regulatória na seara econômica.

O termo *regulation*, ao ser traduzido para o português, pode tomar uma conotação distinta daquela pretendida por quem a utilizou, uma vez que são admitidos tanto regulação como regulamentação na sua compreensão. Desta forma, para aqueles que entendem que regulamentar é somente explicitar a lei, os sentidos são distintos. Regular, então, seria mais amplo e englobaria a regulamentação. Todavia, para quem entende haver possibilidade de regulamentos a disciplinar matérias não privativas de lei, há identidade nos termos. (MEDAUAR apud MOTTA, P., 2009. p. 41).

A principal e mais grave confusão constatada por Motta, P. (2009, p. 42) é aquela que pretende legitimar “o exercício da função dita regulatória por pessoas não autorizadas ao exercício de funções normativas de estatuição primária de direito”. Isto é, a confusão terminológica da palavra “regulação” capaz de permitir ao servidor público de agência reguladora se substituir ao Poder Legislativo ou ao poder regulamentar do Chefe do Poder Executivo.

Araújo (2002, p.41) também percebe o termo regulação como compreendendo a regulamentação. Entende que o termo “regular” se aproxima do sentido de normatizar, de obediência a regras “em geral”. Para ele, o termo “regulamentar” tem sentido de sujeição a regulamentos, de estabelecer normas abstratas, cuja edição é de competência privativa do Chefe do Executivo, por intermédio do Decreto.



Dando ao signo “regulamentação” o mesmo significado acima acolhido, Martins (2011, p. 106-107) ressalta que “regulação” assume um significado constitucionalmente ambíguo em diversos dispositivos, sendo utilizada genericamente como “estabelecimento de normas”. Mas, especificamente em relação ao art. 174 da CF/88, o termo “regulação” deve ser entendido em sentido estrito como sendo a possibilidade de ponderações no plano concreto.

Assim, como não deve haver palavras vazias na Constituição, há que se distinguir do art. 174 as funções do Estado como agente “normativo” e “regulador” da atividade econômica. Enquanto aquela se dedica à produção de normas de caráter geral e abstrato, próprios da função normativa, esta se caracteriza por delimitar os aspectos da atividade econômica nos limites concretos inerentes à função regulatória.

De outra banda, a regulação estatal admitida na CF/88 deve estar em consonância com os fundamentos e princípios da República Federativa do Brasil e da sua Ordem Econômica ali expostos. Ou seja, a livre iniciativa, insculpida nos art. 1º, IV e caput do art. 170, e a livre concorrência, inciso IV do art. 170, devem ser respeitados à luz do princípio da legalidade, como bem salienta Bandeira de Mello (2016):

“Tudo isto certamente explica o caráter cortante dos arts. 5º, II, e 84, IV, da Constituição brasileira, por força dos quais é ineludivelmente claro que só por lei se regula liberdade e propriedade; só por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer, e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos. Também por tudo isto se explica o redobrado cuidado do constituinte ao reiterar, no âmbito das liberdades econômicas, a absoluta inteireza e valia destas colunas mestras de nosso sistema, conforme resulta do art. 170 — encarecedor da liberdade de iniciativa — de seu inc. III — encarecedor da livre concorrência — e do §1º deste preceptivo, que, uma vez mais, renova a submissão total dos atos administrativos à lei e a diretriz básica de que só por lei é possível restringir a liberdade econômica. O aludido versículo, repita-se, dispõe ser livre o exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo os casos previstos em lei”.

Somente por lei é possível a imposição de limites à atividade econômica, mas de que maneira o Estado realiza a sua função administrativa regulatória?

4. AFUNÇÃO (ADMINISTRATIVA) REGULATÓRIA E AS AGÊNCIAS REGULADORAS

Com o vocábulo “regulação” já delimitado pelo que adrede apresentado, propõe-se a verificação estratificada da expressão “função administrativa regulatória” para sua melhor compreensão.



“Função”, nas palavras de Ferreira (1999, p. 15), “equivale a um “dever-poder”, ao cumprimento, no interesse alheio, de uma finalidade”, ou seja, é uma determinação imperativa decorrente da necessidade de realização do interesse de outrem”.

Desta forma, quando se fala em função, o seu exercício não é mera faculdade e não há espaço para escolhas independentes.

Este dever-poder ao ser adjetivado por administrativo, como função administrativa, somente pode ser exercido em conformidade com o sistema normativo, tendo o interesse coletivo a ser satisfeito. Neste diapasão, a proposta conceitual de Ferreira (1999, p. 19) para função administrativa é “o dever-poder operativo, exercitado em nome da coletividade e concretizador dos comandos primários, gerais e abstratos contidos na norma legislativa ou, excepcionalmente, na norma constitucional”.

Indo adiante nesta seara conceitual, Justen Filho (2011, p. 100-101) assenta que a função administrativa regulatória é composta por poderes disciplinadores voltados para setores empresariais, usa de medidas jurídicas de permissão e proibição além de outras de incentivo e desincentivo. Desta maneira, o Estado objetiva disciplinar as atividades de interesse coletivo exercidas pela iniciativa privada. Todavia, o eminente autor excepciona neste conceito as atividades de prestação de serviço público e a intervenção direta do Estado no domínio econômico para lhes atribuir o conceito de função administrativa prestacional.

Todavia, é possível o entendimento de se utilizar a noção de função regulatória de forma a albergar tanto aquelas atividades de interesse coletivo realizadas por intermédio de particulares quanto a prestação direta de serviço público e a intervenção estatal direta, mormente quando na perspectiva de atividade econômica introduzida por Eros Grau.

Motta, P. (2009, p. 131) sustenta que a função regulatória é instrumental, devendo ser aplicada a todas as atividades econômicas, incluído os serviços públicos, realizados ou prestados direta ou indiretamente pelo Estado. Ressalta que a Administração Pública deve utilizar todos mecanismos necessários a dar concretude aos direitos e princípios constitucionalmente estabelecidos como a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego, o valor social do trabalho, a livre iniciativa, cidadania e dignidade da pessoa humana, dentre outros.

A Carta Maior, como promulgada em 1988, não explicitava a função regulatória ou seu modo de execução, por meio de órgãos detentores ou não de autonomia. A criação de órgãos reguladores do arts. 20, XI e 177 da CF/88, são fruto de emendas constitucionais



oriundas de um processo de descentralização (GUERRA, 2012, p. 111). O resultado desse processo permitiu, ao longo do tempo e através de leis específicas, a criação das agências reguladoras como conhecidas na atualidade.

Sem adentrar na especificação de cada ente regulador existente, interessa ao presente artigo investigar a natureza jurídica das agências reguladoras para ulterior análise de sua função normativa.

4.1. Natureza autárquica das agências reguladoras

O Decreto-Lei nº 200 de 1967, dispõe em seu art. 5º, I, que autarquia é o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

Bandeira de Mello (2011, p. 160) frisa que o enunciado normativo deixou de lado a característica que permite identificar o sujeito de direito como autarquia, a personalidade de Direito Público. Esta personalidade admite a possibilidade de a autarquia ser titular de atividade típica da Administração Pública.

Todas as agências reguladoras brasileiras são qualificadas como autarquias, mas sob um regime especial que lhes importa maior grau de autonomia/liberdade em face da Administração direta que as demais autarquias. Souto (2005, p. 245) trata as agências reguladoras como sendo:

“...entidades que integram a Administração Pública indireta, criadas por lei para o exercício da autoridade inerente à função de intervir na liberdade privada por meio de ponderações entre interesses em tensão, tendo, assim, personalidade de direito público, caracterizando-se como autarquia, por exigir autonomia em relação ao poder central, da espécie autarquia especial, por ser dotada de independência, que se manifesta, principalmente, pela atribuição de mandatos fixos a uma direção colegiada”.

A autonomia da agência reguladora se perfaz em maior ou menor grau em razão do dispositivo legal que a criou, contudo todas apresentam independência político-administrativa e econômico-financeira para melhor desempenharem o papel legalmente lhes atribuído sem a interferência externa, especialmente do Poder Público. (BARROSO, 2002, p. 121).

É dizer, a agência reguladora intervém no mercado, buscando a máxima eficiência, de modo a acomodar os interesses da coletividade, utentes-consumidores de bens e serviços de



relevância social, com os interesses dos particulares que, em regime de sujeição especial, assumem o lugar do Estado. E, para este desiderato, as agências reguladoras desempenham funções concernentes à natureza do objeto por cada qual regulada, mas que de modo genérico Cuéllar (2001, p. 80), sinteticamente, apresenta como sendo:

a) o estabelecimento de regras gerais que definam o desempenho das atividades sob sua tutela; b) o controle ou fiscalização de tais atividades, mesmo *ex officio*; c) o julgamento das questões controversas postas ao seu encargo; d) a aplicação de medidas sancionatórias; e) a promoção, em virtude de delegação, de licitações para escolha do concessionário, permissionário ou autorizatário para prestar o serviço em questão (nas hipóteses que envolvam serviços públicos); f) a divulgação pública dos serviços por eles regulados e seus meios de controle.

Ou seja, funções de caráter administrativo e normativo como, por exemplo, fiscalização, planejamento, coordenação, orientação, emissão de atos normativos, punição de condutas perniciosas. Sem adentrar no mérito sancionatório, porque não constitui objeto deste ensaio, é mister revisitar a função “normativa” atribuída às agências reguladoras.

4.2. A função “regulamentar” das agências reguladoras

Para que as agências reguladoras possam dar fiel cumprimento ao desiderato estipulado na lei que as criou, é forçosa a edição de atos normativos no sentido de estimular condutas com vistas à maior eficiência do setor, objeto da tutela regulatória.

Como visto alhures, o poder normativo, no ordenamento jurídico brasileiro, se subordina à Constituição e às leis, como decorrência direta do princípio da legalidade.

Os regulamentos executivos, consoante ao art. 84, IV da CF/88, somente podem existir em função e para a finalidade da lei que os exige, ou seja, possuindo caráter normativo secundário.

Motta, F. (2007, p. 179), com propriedade, assevera que a Constituição não se manifesta sobre a possibilidade de tratamento normativo exclusivo às agências reguladoras, concedendo-lhes “reserva de regulação”, mas sim “reserva legal”. A função normativa dos entes reguladores é “concedida pela lei mediante remissão normativa” e se justifica pela falta de conhecimento técnico acerca da matéria objeto de regulação por parte do Legislativo. Mas a função normativa é complementar, dá às agências reguladoras função integratória conquanto normas por elas editadas subordinam-se, em extensão e limites, à lei que as criou.



De outro lado, os atos normativos das agências reguladoras não podem ser considerados como regulamentos autônomos, não podem inovar a ordem jurídica sob pena de violação ao princípio da legalidade. Oliveira (2009, p. 57-60) sustenta a possibilidade de existência de regulamentos independentes por um crivo de juridicidade e não de legalidade, mas tal assertiva não pode ser aplicada aos atos normativos de agências reguladoras, mormente àqueles que extrapolem os critérios técnicos pertinentes ao objeto do setor regulado.

Amparada nas lições de Marçal Justen Filho, Cuéllar (2008, p. 58-59) sustenta a possibilidade de as agências reguladoras emitirem atos normativos de caráter geral e abstrato. Todavia, alerta que estas normas não se confundem com normas legislativas. Para ela, estes regulamentos são manifestações da competência discricionária estatuída da lei que cria cada entidade. E, assim, não podem ser confundidas com delegação legislativa. Não podem inovar a ordem jurídica, contrariar lei e Direito, desrespeitar o princípio da tipicidade, impor restrições à liberdade, igualdade e propriedade e ter efeito retroativo. Tais regulamentos devem respeitar o princípio da separação de poderes e se submetem ao controle do Poder Judiciário.

Ou seja, as agências reguladoras não podem usurpar do Poder Legislativo a edição de normas abstratas e gerais com viés político-administrativo. Somente regulamentos de ordem técnica, que escapam do legislativo por carência de conhecimento especializado, podem ser editados, mediante sua competência discricionária, mas subordinados aos limites legalmente impostos. A este respeito, Di Pietro (2007, p. 13) assegura:

A única maneira de defender validamente a discricionabilidade técnica aplicada à função normativa das agências reguladoras (e de outros órgãos administrativos que exercem função semelhante) é a de reduzir (se é que isso é possível) o conceito de regulamento, para dele excluir as normas que apenas definem conceitos técnicos contidos na lei. (DI PIETRO, 2007, p. 13)

De forma sucinta pode-se sustentar que a função regulatória das agências reguladoras comporta diversas funções, inclusive a normativa. Não se admitindo a delegação legislativa para entes reguladores, o exercício de sua função normativa deve ser, em regra, voltado a questões de conhecimento técnico, não sendo admitidos regulamentos que importem em subtração de direitos ou criem obrigações inovando a ordem jurídica, sob pena de afronta ao princípio da legalidade, da primazia da lei e da reserva legal.



CONSIDERAÇÕES FINAIS

As agências reguladoras foram criadas em função da transferência de atribuições do Estado para particulares no tocante à exploração de atividade econômica e prestação de serviços públicos.

A tecnicidade de cada setor e a celeridade na produção de mecanismos afim de concatenar as aspirações de empresas e necessidades de utentes-consumidores reclama uma maior liberdade de atuação regulatória por parte das agências reguladoras.

Dentre as atividades desenvolvidas por estes entes reguladores, a atividade de edição de regras gerais, consoantes ao setor regulado, é motivo de preocupação enquanto possibilidade de inovar o ordenamento jurídico pátrio.

A Administração Pública, da qual fazem parte todos os órgãos e entes reguladores, se submete ao princípio da legalidade que lhe exige um atuar dentro de limites impostos por lei, principalmente no que diz respeito à produção normativa decorrente do poder regulamentar.

Regulamentos executivos, por força do art. 84, IV da CF/88, são editados somente para explicitar e determinar os meios pelos quais comando legal que os exigiu deverá ser executado, sendo a regra no ordenamento pátrio. Muito embora se reconheça na legislação estrangeira a possibilidade de edição de regulamentos autônomos e delegação legislativa, não há no Brasil, com exceção dos art. 62, 68, e 84, VI da CF/88, previsão constitucional.

Não se olvida da necessidade de regras, mesmo de caráter geral e abstrato, a regular determinado setor econômico, mas estas nunca podem apresentar cunho político-administrativo aviltando competência própria do Legislativo.

Não podendo inovar a ordem jurídica e muito menos criar obrigação e deveres, devem ser regras que se restrinjam aos limites da função “regulamentar” estabelecidos na Lei que criou a agência para determinado setor a ser regulado.

Em outras palavras, as agências reguladoras somente produzirão normas válidas, sem aviltar os princípios da separação de poderes e da legalidade, se limitadas aos conceitos técnicos decorrentes da lei que as criou.

REFERÊNCIAS



ARAÚJO, Edmir Netto de. A aparente autonomia das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de. (Org.). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

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

_____. O Estado e a ordem econômica. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 143: 37-50, jan./mar., 1981. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/43285/41945>>. Acesso em: 30 de ago. 2016.

_____. “Poder” regulamentar ante o princípio da legalidade. **Revista Trimestral de Direito Público**. Ed. 64. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/index.php/noticias/poder-regulamentar-ante-o-principio-da-legalidade/>>. Acesso em: 10 de set. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de. (Org.). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso: 20 out. 2016.

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

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Discricionariade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. Discricionariade Técnica e Discricionariade Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, nº 9, fev./mar./abr., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-MARIA%20SYLVIA.pdf>>. Acesso em: 29 de ago. 2016.



FERREIRA, Daniel. **Função Administrativa e seu regime jurídico. Cadernos de Direito 6.** Curitiba: Faculdade de Direito de Curitiba, 1999.

_____**FERREIRA, Daniel. Poder de polícia. In: HARGER, Marcelo (coord.) Curso de direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade:** o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988:** interpretação e crítica. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal.** São Paulo: Malheiros, 2011.

MAZZA, Alexandre. **Agências reguladoras.** São Paulo: Malheiros, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). Agências reguladoras.** São Paulo: Atlas, 2002.

MOTTA, Fabrício. **Função normativa da administração pública.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras.** São Paulo: Manole, 2003.



_____. A Regulação e a Regulação neoliberal. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 5, n° 22, out./dez., 2005. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_pdf.aspx?i=33321&p=7>. Acesso em: 29 de ago. 2016.

_____. **Regulação e universalização dos serviços públicos**: análise crítica da regulação da energia elétrica e das telecomunicações. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A constitucionalização do Direito administrativo**: O princípio da Juridicidade, a Releitura da Legalidade Administrativa e a Legitimidade das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

PIMENTA OLIVEIRA, José Roberto. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n° 173, jul/set, 1988. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

TORRES, Silvia Faber. **A flexibilização do princípio da legalidade no Direito do Estado**. São Paulo: Renovar, 2012.