

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

GUILHERME PINTO

**O PROTAGONISMO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA
ORDEM ECONÔMICA DO ESTADO BRASILEIRO**

VOLTA REDONDA
2020



FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

**O PROTAGONISMO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA
ORDEM ECONÔMICA DO ESTADO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do
UniFOA como requisito à obtenção do título de
bacharel em Direito.

Aluno: Guilherme Pinto

Professor Orientador: Benevenuto Silva Santos

VOLTA REDONDA
2020

FOLHA DE APROVAÇÃO

Aluno: Guilherme Pinto

Título da monografia: Poder regulamentar e a delegação legislativa disfarçada

Orientador: Benevenuto Silva Santos

Banca Examinadora:

Professor Avaliador

Professor Avaliador

Professor Avaliador



A minha família.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, àquele que creio: Deum verum de Deo vero. Génitum, non factum, consubstantialem Patri.

Aos grandes pilares da minha vida, eternizados como sinônimo de bondade e inspiração: Meus saudosos avós, Álvaro Carneiro Pinto e Maria Tereza do Prado Pinto.

Aos que, além dos meus avós, me transmitiram valores e jamais dispensaram sacrifícios na minha criação. Meus pais, Margarida Aparecida de Oliveira Silva Pinto e Marco Aurélio do Prado Pinto. Aqueles que, apesar de todas as dificuldades, fizeram-me ter uma vida privilegiada, em que o estudo sempre foi a finalidade de seus árduos trabalhos.

Por último, mas não menos importante, à minha razão pela qual continuar a Estudar. A minha amada filha Ana Julia S. M. O. Pinto, quem espero que siga dos passos do pai e que vá muito além dele.

Sem me esquecer, é claro, da minha atual companheira. Taiane Alves Moura, que, aliás, não teria outra palavra para descrevê-la, senão a aludida, por ser parceira e me apoiar em todas as decisões. Além de me conquistar aquilo que espero que um dia tenham por mim: Admiração.

Aos meus demais familiares, em especial aos que trazem estima por mim e ao meu orientador!

RESUMO

A monografia tem por objetivo analisar a passagem por diversos momentos históricos mundiais e, ainda, pelo momento atual do Estado brasileiro, sobretudo se considerando a sistemática neoliberal adotada pelas novas tendências, como a menor intervenção do Estado na atividade econômica. Justamente por isso, é que se passa pelos momentos históricos como, por exemplo, da revolução francesa e aí que se conclui que o direito administrativo é de influência liberal e, pois, possui determinados aspectos característicos dessa corrente filosófica. Além disso, a história demonstra que tão somente a perspectiva liberal não perfaz todas as necessidades dos administrados, surgindo o *welfare state*. Sob tais perspectivas revolucionárias, chega-se ao atual estágio brasileiro, em busca de um equilíbrio entre intervenção estatal e a iniciativa privada, ensejando o plano de reforma do Estado e suas inovações, entre elas, a expansão do poder regulamentar e a redefinição de agências reguladoras. A presente monografia passa por tais períodos e comenta a sistemática do poder regulamentador e seu modo de atuação, conjugando-o com as necessidades econômicas. Além de demonstrar conceitos inerentes à administração pública e aos poderes que ela exerce. Não só isso, mas, ao final, demonstra o paradigma trazido na busca da limitação da atividade regulamentadora que surge de delegação legislativa e dos limites destas não pode se afastar, sob pena de se estar diante de uma delegação legislativa disfarçada que possibilite ao executivo, verdadeiramente, legislar, não regular.

Palavras-chave poder normativo; regulamento; autarquias; agências reguladoras; delegação legislativa.



SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	09
2	ORGANIZAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ...	11
	2.1 Separação de poderes legislativo, executivo e judiciário.....	12
	2.2 Funções típicas – Poder Legislativo.....	14
	2.3 Funções típicas – Poder Executivo.....	16
	2.4 Funções administrativas.....	17
	2.5 Poderes da administração pública.....	18
	2.6 Controle da função administrativa pelo Legislativo.....	22
	2.7 Descentralização da função administrativa: administração indireta.....	23
3	PODER REGULAMENTAR.....	26
	3.1 A importância dos poderes no desempenho da função pública.	26
	3.2 Regulamento e ordenamento jurídico	27
	3.3 Peculiaridades do poder regulamentar: discricionariedade	29
	3.4 Poder regulamentar e poder de polícia.	30
	3.5 Delegação do poder regulamentar e administração indireta.....	31
4	REFORMAS DO ESTADO E A ESTRUTURA REGULAMENTAR.....	34
	4.1 A concepção do Decreto-lei 200/67: os princípios da organização administrativa.....	35
	4.2 O plano de Reforma do Estado: atividade típica do Estado	38
	4.3 Exploração da Atividade Econômica Pelo Estado e o Novo Viés Regulatório. .	41
5	ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	43

5.1 As autarquias e sua área de atuação.	43
5.2 O surgimento das autarquias de atuação na economia	46
5.3 Setores de Domínio do Estado.....	50
5.4 Delegação de poderes especiais para agências reguladoras.	51
5.5 O novo paradigma: função regulamentar técnica e delegação legislativa	53
5.6 Os exemplos de agências reguladoras	55
5.6.1. Agências de Atuação na Área Econômica.....	55
5.6.1.1. ANP – Agência Nacional do Petróleo.....	55
5.6.2. Agências que Atuam na Regulação de Serviços Públicos	56
5.6.2.1. Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC	56
5.6.2.2. Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL	56
5.6.2.3. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL	56
5.6.2.4. Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT	56
5.6.2.5. Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ	57
5.6.3. Agências que Regulam Setores Para Fins de Fomento.....	58
5.6.3.1. Agência Nacional do Cinema – ANCINE	58
5.6.4. Agências que Regulam o Setor de Utilização de Bem Público	59
5.6.4.1. Agência Nacional de Águas – ANA	59
5.6.5. Agências que Regulam a Área da Saúde.....	59
5.6.5.1. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA	59
6 CONCLUSÃO.....	60
7 REFERÊNCIAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

Tendo em vista as necessidades de adequação do Estado a economia, aquele (Estado) busca maneiras de se manter tutelando os interesses coletivos, ainda que afastando-se da intervenção direta da economia, já que o equilíbrio entre livre mercado e Estado é um dos maiores celeumas do momento histórico global atual.

Em termos metodológicos, o texto se estrutura de maneira a buscar apresentar os aspectos da doutrina do Direito Administrativo e da legislação. Com tal objetivo, a presente monografia possui abordagem descritiva (descreve características da doutrina e da legislação e investigativa (explora as origens dos institutos do Direito Constitucional e Administrativo e sua aplicação moderna).

O roteiro do trabalho segue o seguinte caminho: afora esta introdução, há tópico que propõe noção, necessariamente provisória da historicidade do Direito Administrativo, e, depois, tópicos sucessivos para a doutrina, conjugada com a lei. Ao final, a conclusão encerra a monografia resumindo as ideias do trabalho.

Em síntese do trabalhado, o Estado atravessou ao longo dos séculos, três fases diversas e razoavelmente bem definidas, sucintamente trabalhadas nesse Trabalho, a fim de definir o momento em que nos encontramos, além de demonstrar a evolução trazida por cada um desses momentos.

Trata-se dos períodos da pré-modernidade ou Estado liberal, modernidade ou Estado social (*welfare state*) e a pós-modernidade, momento em questão e que se encontra sob fortes críticas em relação a sua eficiência. No Brasil, sobretudo em razão do desperdício de recursos, morosidade, burocracia e corrupção.

A tentativa de superar tais complicações se dão por meio da regulamentação, ou melhor, da transferência da atividade econômica diretamente aos particulares, com a intervenção estatal ocorrendo, tão somente, pela via regulatória. Isto é, utilizando-se de normas gerais e abstratas, a fim de que se dê um norte pelo qual as empresas privadas devem seguir, fomentando e restringindo determinadas atividades, de acordo com sua relevância.

Assim, o estado brasileiro, ante as várias reformas expostas durante o trabalho, em especial a reforma do Estado, ocorrida nos anos 90, passa de protagonista na atuação econômica, para coadjuvante, sem, é claro, perder a sua soberania.

Sucintamente, tais reforma são assim divididas: 1) a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro; 2) flexibilização dos monopólios estatais; 3) privatização.

Nesse sentido, alguns serviços públicos ou atividades em que são próprias do Estado, passam a ser exercidas por particulares, mas tuteladas pelo poder público, a fim de que, desrespeitados algum interesse público, o Estado ainda pode intervir na prestação do serviço.

Eis que surge, mesmo já existindo entidades com finalidades parecidas, as denominadas agências reguladoras, sob a forma de autarquias e, conseqüentemente, com personalidade jurídica de direito público e sujeitas ao artigo 37, da Constituição Federal, que trata sobre toda a gama de princípios a serem observados pela administração pública, direta e indireta, distinções também trabalhadas nos presente trabalho.

Em busca de se dar credibilidade a tais agências, são elas de regime especial e, por conseguinte, dotadas de prerrogativas próprias e caracterizadas por sua autonomia em relação ao Poder Público, visando a preservar as agências reguladoras de ingerências indevidas, por parte do Estado e de seus agentes.

Demarcou-se, por tais motivos, um espaço de legítima discricionariedade. com predomínio de juízos técnicos sobre as valorações políticas.

A fim de esclarecer todas a transformações passadas pelo Estado brasileiro moderno, o presente trabalho busca esmiuçar determinados institutos do Direito Administrativo e Constitucional, a fim de explicitar a necessidade e o campo de atuação do poder normativo, exercido pelo Poder Executivo, no ordenamento pátrio, em razão, especialmente, da pressão mercadológica.

2 ORGANIZAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ensina a doutrina contratualista que se houveram momentos na história em que os considerados, hoje, poderes estatais, encontravam-se concentrados na mão de um monarca. Tal período é conhecido como Estado Absolutista, defendido por Thomas Hobbes, para quem todo o poder deveria estar concentrado na mão do soberano em troca do sentimento de segurança. Ocorre que tal concentração de poderes, sem qualquer limitação, ensejou num Estado totalitário em que não havia respeito aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Sabe-se que, como solução as mazelas do totalitarismo, a doutrina contratualista elaborou a teoria da repartição de poderes, não só como oposição a este Estado concentrado, mas até mesmo para explicitar métodos eficazes de se exercer a soberania do Estado em favor do bem comum. Nesse diapasão, trabalhou a doutrina da repartição de poderes, antes mesmo dos contratualistas John Locke e Rousseau, o filósofo Aristóteles. Entrementes, a grande definição deste princípio veio de Montesquieu, adotado, inclusive, no modelo de repartição de poderes da Constituição brasileira de 1988.

Para os professores (STRECK; OLIVEIRA, 2013) a separação de poderes é mecanismo que nasce contra o poderio absoluto, incontido, em combate ao arbítrio, a favor do controle, da limitação do poder, em salvaguarda da liberdade, técnica a bem da racionalidade estatal.

Afinal, o que seria esse poder estatal? Nos dizeres de José Afonso da Silva, tal poder prescinde "da multiplicidade de grupos sociais diferenciados e indivíduos, aos quais o poder político tem que coordenar e impor regras e limites em função dos fins globais que ao Estado cumpre realizar. Daí se vê que o poder político é superior a todos os outros poderes sociais" (SILVA, 2013, p.109). Assim, o poder exercido pelo estado é capaz de impor regras e limites, a fim de se tutelar o interesse coletivo e, por tal característica, ser superior a qualquer outro poder advindo da sociedade, eis, pois, que urge a soberania do Estado.

O poder, conseqüentemente, precisa ser manifesta e o governo o faz por meio do exercício de suas funções. Acrescenta, José Afonso da Silva:

Vale dizer, portanto, que o poder político, uno, indivisível e indelegável, se desdobra e se compõe de várias funções, fato que permite falar em distinção das funções, que fundamentalmente são três: a legislativa, a executiva e a jurisdicional (SILVA, 2013, p.135).

A divisão dos poderes, porém, não se resume aos órgãos que o exercem, tal é a separação de poderes. Nesse sentido, parafraseando o professor José Afonso:

A divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções, menos o Judiciário (órgão ou poder Legislativo-, órgão ou poder Executivo e órgão ou poder Judiciário). Se as funções forem exercidas por um órgão apenas, tem-se concentração de poderes (SILVA, 2013, p.110).

O mesmo autor elenca dois fundamentos para a separação de poderes, quais sejam: a) especialização funcional e b) independências orgânicas dos poderes. Assim, cada órgão se especializa em exercer a função que lhe foi atribuída, sem que haja subordinação entre eles, o que não significa dizer que não há controle de um poder na atuação do outro. Esse controle é feito pelo sistema de freios e contrapesos¹.

O poder, por si, é uno e indivisível. A separação de poderes nada mais é do que uma distribuição de funções decorrentes desse poder, viabilizando a especialização funcional. O poder não se divide, as funções provenientes do poder sim (STRECK, 2013)

O Estado brasileiro se estrutura por meio da tripartição de poderes, conforme demonstra o artigo 2º da Constituição Federal, *in verbis*: Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Assim, em suma: a separação de poderes tem por mote o controle do poder pelo próprio poder, um sistema de fiscalização e limitação recíprocas, o denominado sistema de freios e contrapesos (STRECK, 2013).

2.1 Separação de Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário

Como já analisado, as funções do Estado são divididas nos chamados poderes. A palavra poder comporta duas significações: “os órgãos estatais, sentido orgânico ou subjetivo – Poder

¹ Trata-se de sistema de fiscalização e limitação recíproca. Assim, o poder executivo pode vetar uma lei do poder legislativo, ao passo que este pode sustar atos do poder normativo do executivo, na medida em que ultrapassem os limites impostos pela lei, enquanto o judiciário, por sua vez, pode declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos do executivo.

Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário –, e as funções a serem desempenhadas, sentido funcional ou objetivo – atividade executiva ou administrativa, atividade legislativa ou normativa e atividade jurisdicional” (STRECK, 2013, p.298).

Apesar de o nome de cada poder soar autoexplicativo, cada órgão não exerce, tão somente, suas funções típicas, isto é, aquelas que são consideradas sua função precípua.

Assim, o Legislativo não se presta tão somente a legislar, podendo, por exemplo, julgar, como ocorre no caso previsto no artigo 52, I, da Constituição Federal, em que compete ao Senado Federal, processar e julgar o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, função que é exercida, por excelência, pelo judiciário, mas que atipicamente pode ser exercido pelo legislativo.

O Poder Executivo é a função que envolve a prática de atos de chefia, governo e condução do governo e da administração pública. O âmbito federal é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado, conforme artigo 76 da Constituição de Outono: Art. 76. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.

Na esfera estadual e no Distrito Federal quem exerce é o Governador e seus Secretários de Estado, já o município, pelos Prefeitos e seus Secretários Municipais.

Por sua vez, o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, formado pelo Senado Federal e a Câmara dos Deputados, certo de que esta representa o povo, enquanto aquele outro exprime os interesses dos Estados Membros.

Na esfera federal, por influência do sistema americano, adota-se o bicameralismo, isto é, o poder legislativo exercido por duas casas legislativas. Tal regime não se estende aos Estados e Municípios que se regem pelo sistema unicameral.

Outrossim, muito embora o nome Legislativo traga referência a Lei, não é só na elaboração dessas que se debruça esse poder, sua outra função típica é a atividade de fiscalização. Assim: cabe ao legislativo examinar os gastos do executivo e de suas entidades administrativas, sejam diretas ou indiretas.

Por último, mas não menos importante, o Poder Judiciário. Poder pelo qual se pode dizer o Direito, isto é, a vontade da lei no caso concreto e aplicá-la de modo definitivo. A isso se dá o nome de Jurisdição.

Ante a necessidade de pacificação social, sobretudo, com a finalidade de legitimar o Estado, este toma para si a competência para dirimir conflitos sociais, em troca da submissão do cidadão à sua proteção. Diante disso, implica a substituição da vontade do cidadão pela vontade do Estado na erradicação dos conflitos, afastando a vingança privada.

Justamente por isso é que a Constituição de Outono garante a inafastabilidade de jurisdição em seu artigo 5º, XXXV, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...].

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...].

Referindo-se ao judiciário: Cabe destacar que esse exercício do dizer o direito no caso concreto, se faz por meio dos Tribunais e seus juízes togados.

2.2 Funções Típicas – Poder Legislativo

O poder legislativo, por sua vez, como outrora apontando, exerce de forma primordial a função legiferante e de fiscalização. Para isso, no Estado brasileiro, opera-se por meio do Congresso Nacional, composto por duas casas legislativas, quais sejam: Senado Federal e Câmara dos Deputados, isto é: o sistema bicameral.

A existência de duas casas, no entanto, não enseja a predominância substancial de uma câmara sobre a outra. “Formalmente, contudo, a Câmara dos Deputados goza de certa primazia relativamente à iniciativa legislativa, pois é perante ela que o Presidente da República, o Supremo Tribunal Federal, os Tribunais Superiores e os cidadãos promovem a iniciativa do processo de elaboração das leis” (SILVA, 2014, 514).

Os trabalhos do Congresso Nacional se desenvolvem ao longo da legislatura, que compreende o período de quatro anos, correspondente ao mandato dos deputados federais.

Durante a legislatura ocorrem as sessões legislativas, que podem ser ordinárias, quando correspondem ao período normal de trabalho previsto na Constituição, ou extraordinárias, quando ocorrem no período de recesso do Congresso (MENDES, 2017).

Este período, aliás, é de extrema relevância, tendo em vista que o seu término, por exemplo, impede a continuidade das Comissões Parlamentares de Inquérito que estejam em curso. Referidas comissões nada mais são do que reflexo da função de fiscalizar incumbida ao Poder Legiferante. Sua existência é tão significativa que lhes foi dado poderes de investigação próprios das autoridades judiciárias, conforme artigo 58, § 3, da Constituição Federal de 1988, conforme destacado abaixo, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas. (SILVA, 2014).

Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. [...].

§ 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores. [...].

Apenas para fins de elucidação, são pressupostos para a instauração dessas comissões, conforme demonstra José Afonso, com uma sucinta crítica acerca de sua eficácia:

(a) requerimento de pelo menos um terço de membros de cada Casa, para as respectivas comissões, ou de ambas, para as comissões em conjunto (comissão mista); (b) ter por objeto a apuração de fato determinado; c) ter prazo certo de funcionamento. Um dos problemas mais sérios das comissões parlamentares de inquérito consistiu sempre na ineficácia jurídica de suas conclusões, normalmente dependentes de apreciação do Plenário da respectiva Casa ou do Congresso Nacional, que, não raro, as enterrava nos escaninhos das injunções políticas (SILVA, 2014).

Não há como discordar que a função legislativa é basilar para qualquer Estado ou, pelo menos, aqueles sob regime democrático de direito, que se baseiam em um Ordenamento Jurídico.

Ora, para que se haja um Estado estruturado é necessário que haja uma Constituição e que dela se legitime a criação de todas as leis vigentes naquele Estado. Ou seja, o legislativo é a fonte de tudo aquilo que é permitido ou defeso em determinada nação.

No Brasil, por exemplo, existe o princípio da Reserva Legal, sendo certo que limita o trabalho de determinados temas a atividade legislativa do legislador ordinários, isto é, o Congresso Nacional.

Não só isso, mas a administração pública, por exemplo, respeita a legalidade fazendo tão somente aquilo que a lei lhe permite fazer, ao passo que para os particulares ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer salvo em virtude de lei.

A importância da Lei é tamanha que para que seja atingida sua finalidade, pode o poder executivo, inclusive, exercer o poder regulamentar, isto é, a competência para elaborar atos buscando pormenorizar os ditames da lei, a fim de viabilizar a sua fiel execução.

2.3 Funções Típicas – Poder Executivo

Muito embora, na constituição de 1988, o já referido artigo 78 mencione que o executivo é exercido pelo presidente da república, auxiliado por seus ministros de Estados, a norma tende a se limitar apenas aos entes superiores desse poder. Todavia, o executivo central, isto é, referindo-se à União, é exercido, além da presidência, pelos seus diversos órgãos, denominados de ministérios (FRANCISCO, 2013).

A criação de órgãos para auxiliar na administração pública, chama-se de desconcentração que nada mais é do que a distribuição de competências ou funções dentro de um mesmo órgão, considerando uma só pessoa jurídica. Assim, um órgão federal pode se desconcentrar na criação de um setor com fins a deliberar acerca de um tema específico e, nesse caso, exercer, até mesmo, o poder regulamentar, resguardando a hierarquia na administração direta.

Já na administração indireta, tal especialização se dá pela descentralização que se trata da criação de uma nova pessoa jurídica de Direito Público, a qual também pode exercer o poder normativo. Em especial, é o exemplo das autarquias, as quais podem ser em regime especial, isto é, as denominadas agências reguladoras, criadas especialmente com a finalidade de tornar a intervenção estatal na economia indireta e assim fomentar a livre iniciativa, sobrando ao Estado tão somente a atividade de regular e fiscalizar a atividade.

Além disso, como outrora exposto, nem sempre a legislação é capaz de prever todas as hipóteses de aplicabilidade da norma e sabendo da existência de casos em que se faz necessário

o conhecimento de questões técnicas, obtidos por meio de profissionais que atuam em áreas específicas, combinado ao imperativo de se respeitar postulados como a legalidade, urge a criação de atos gerais e abstratos de conteúdo normativo pelo Poder Executivo.

É bem verdade, portanto, que a legitimação do direito positivo das normas produzidas pelo Poder Executivo é encontrada em sua origem e pelo conhecimento, imparcialidade e agilidade em promover a adequação do ordenamento à realidade social cambiante, ajustando a norma no conflito, nos termos determinados pelo consenso social (FRANCISCO, 2013).

Cabe enfatizar que, em respeito ao mesmo postulado da legalidade, as normas de caráter geral e abstrato elaboradas pelo poder pública são secundárias, ou seja, não devem criar direitos não estabelecidos pela Lei, apenas discipliná-los, podendo o Legislativo sustar os atos que extrapolem os limites da legalidade, nada mais é, portanto, que corolário do sistema de *checks and balances* (Sistema de freios e contrapesos).

É o que bem sintetiza Bandeira de Mello, ao ensinar que "os dispositivos constitucionais caracterizadores do princípio da legalidade no Brasil impõem ao regulamento o caráter que se lhe assinalou, qual seja, o de ato estritamente subordinado, isto é, meramente subalterno e, ademais, dependente de lei" (MELLO, 2009).

Não só ele, mas também o renomado professor, Pontes de Miranda, ensina que a extrapolação do poder regulamentar é abuso de poder e, portanto, desrespeito a separação de poderes: onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos - há abuso do poder regulamentar, invasão de competência legislativa (MIRANDA, 1970).

A delegação do poder regulamentar adotado no sistema brasileiro, sobretudo no tocante as agências reguladoras, é tema que posteriormente pode ser abordado como objeto de críticas, uma vez que, diferentemente do sistema americano, em que o Legislativo cria a agência e não possui interferência direta pelo Executivo, no sistema brasileiro a interferência, notadamente, é excessiva, tendo em vista a natureza política das nomeações dos dirigentes para tais agências.

2.4 Funções Administrativas

Os poderes da república não só exercer suas funções primordiais, ou típicas, mas também, a fim de manter sua autonomia para sua organização funcional e administrativa, de maneira que

os eles (Poderes Constituídos) têm prerrogativas para cuidar de seus próprios serviços e de seus servidores (FRANCISCO, 2013).

Assim, ao legislativo cabe prover cargos da sua estrutura ou atuar o poder de polícia, enquanto o judiciário, conforme estabelecido pela Constituição Federal em seu artigo 96, I, possui autonomia administrativa, cabendo a ele próprio eleição de seus órgãos diretivos, elaboração de seus regimentos internos, organização de suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, no provimento dos cargos de magistrados de carreira da respectiva jurisdição, bem como no provimento dos cargos necessários à administração da Justiça; Tal independência é denominada de auto governo:

Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

- a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;
- b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correcional respectiva;
- c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição;
- d) propor a criação de novas varas judiciárias;
- e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei;
- f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados;

A função administrativa, portanto, abrange todos os órgãos que, gerindo os interesses estatais e coletivos, não estejam voltados à legislação ou à jurisdição.

2.5 Poderes e deveres da Administração Pública

Os poderes e deveres da administração pública estão essencialmente ligados, vez que se traduzem em prerrogativas e sujeições impostas à administração pública: A isso se dá o nome de regime jurídico administrativo.

Ao passo que o Direito Administrativo busca o alcance dos fins de interesse coletivo, com a chamada supremacia do interesse público ao particular, bem relembra Di Pietro, em sua obra Direito Administrativo, por outro lado, que “o Direito Administrativo nasceu sob a égide do

Estado Liberal, em cujo seio se desenvolveram os princípios do individualismo em todos os aspectos, inclusive o jurídico” (2013, p.86).

Infere-se, portanto, que, sob influência do Estado Liberal², na defesa dos interesses individuais, o Direito Administrativo é regido pelo princípio da legalidade, podendo a administração pública fazer somente o que é permitido por lei, – tal princípio é de tamanha importância que será trilha de todo o estudo que envolve a administração pública, sobretudo o poder regulamentar -, a fim de se proteger o interesse de particulares. Bem como, antagonicamente, pelo imperativo de supremacia do interesse público sobre o privado. Neste sentido, é o artigo 37, caput, da Constituição Cidadã de 88, *in verbis*:

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[...].

Ante a necessidade de se aplicar a vontade da lei à vontade do particular, se faz necessário a existência de poderes decorrentes dos princípios inerentes a administração pública, entre eles: Poder a) regulamentar; b) discricionário; c) polícia.

Tal recíproca torna clarividente que os poderes da administração não são apenas poderes, mas verdadeiros deveres, sendo certo que há um dever de agir por parte da administração pública sempre que o Estado puder alcançar seus fins. Assim, existindo a oportunidade de agir, deve-se compreender como um dever administrativo, não havendo para a autoridade administrativa a faculdade de exercer ou não o que lhe foi outorgado por lei.

Tal interpretação se extrai dos ensinamentos dos professores Meirelles e Filho, vez que, ao olhar daquele “se para o particular o poder de agir é uma faculdade, para o administrador público é uma obrigação de atuar, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da coletividade”(MEIRELLES, 2012), enquanto, para este, poderes administrativo são “o conjunto de prerrogativas do direito público que a ordem jurídica confere aos agentes administrativo para o fim de permitir que o Estado alcance seus fins” (CARVALHO FILHO, 2018).

² Estado liberal é um Estado de funções reduzidas, confinadas à segurança, justiça e serviços essenciais. No modelo liberal clássico, o Estado tinha três papéis a cumprir. consoante página clássica de Adam Smith (A Riqueza das Nações (O trabalho de Adam Smith, vol. IV. Londres. 1811. p. 42: 1º) o dever de proteger a sociedade da violência e da invasão por outros Estados; 2º) o dever de estabelecer uma adequada administração da justiça; 3º) o dever de realizar obras públicas e prestar certos serviços públicos que são economicamente desinteressantes para os particulares.

O professor, Hely Lopes Meirelles, bem assevera o poder administrativo como

atribuído à autoridade para remover os interesses particulares que se opõem ao interesse público. Nessas condições, o poder de agir se converte no dever de agir. Assim, se no Direito Privado o poder de agir é uma faculdade, no Direito Público é uma imposição, um dever para o agente que o detém, pois não se admite a omissão da autoridade diante de situações que exigem sua atuação. Eis por que a Administração responde civilmente pelas omissões lesivas de seus agentes (MEIRELLES, 2012, p.115).

Em síntese, à medida que os poderes nada mais são do que prerrogativas outorgadas a administração pública, a fim de se viabilizar os fins do bem-estar social e têm como fonte os princípios, estes, igualmente, são fonte dos deveres, por exemplo, o dever de publicidade e impessoalidade.

Desse modo e, por conseguinte, o poder administrativo é irrenunciável por parte do agente público, sendo certo que em caso de omissão, estar-se-ia diante de uma gentileza administrativa, o que é vedado pelos princípios que regem a administração pública.

O poder deve ser utilizado pela administração pública com probidade, tendo em vista que seu mau uso pode em nulidade do ato administrativo por abuso ou desvio de poder, aquela (o mau uso do poder), inclusive, podendo correr na omissão do administrador, conforme demonstra Meirelles: “O abuso do poder tanto pode revestir a forma comissiva como a omissiva, porque ambas são capazes de afrontar a lei e causar lesão a direito individual do administrado” (MEIRELLES, 2012, p. 122).

Extraí-se desse modo que o ordenamento não confere apenas poderes aos administradores públicos, mas também deveres, sob pena de responsabilização por seu descumprimento.

Segundo os estudiosos do Direito Administrativo e, em especial, o professor José dos Santos Carvalho Filho São os mais importantes deveres os “a) Probidade; b) prestação de contas; c) eficiência” (CARVALHO FILHO, 2018, p. 121).

Nesse sentido, o mesmo autor, acertadamente, defende que o primeiro - dever de probidade - é, sem dúvidas, o mais importante dos deveres. Dessa forma, em qualquer situação, a administração deve se guiar pelos princípios da honestidade e moralidade, evitando, por exemplo, de se favorecer ou à terceiros.

“O administrador probo há de escolher, por exemplo, o particular que melhores condições oferecem para contratação; ou o indivíduo que maior mérito tiver para exercer a função pública. Enfim, deverá ser honesto, conceito extraído do cidadão médio” (CARVALHO FILHO, 2018, p. 121).

A própria Constituição Federal, em seu artigo 37, § 4º, abaixo exposto, elenca os efeitos que podem acarretar o descumprimento desse dever:

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:

[...].

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. [...].

A fim de positivar o que é considerado ato de improbidade, em 1992, foi promulgada a Lei 8.429 que dispõe acerca dessa espécie de ato. Carvalho Filho os agrupa nas seguintes categorias:

- 1) os que dão ensejo a enriquecimento ilícito;
- 2) os que geram prejuízo ao erário;
- 3) os que ofendem os princípios da Administração Pública;
- 4) os decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefícios financeiros ou tributários; (CARVALHO FILHO, 2018, p. 121)

A lei não se restringe a abranger qualquer agente público, mas também engloba qualquer particular que incorra para as condutas de improbidade ou destas se beneficiem.

Tomando conhecimento de qualquer ato que gere lesão ao patrimônio público, qualquer cidadão pode representar perante o Ministério Público ou à própria administração, não só isso como também pode, no gozo de seus direitos políticos, ingressar com a Ação Popular que nada mais é do que decorrência da soberania popular conferida pela Constituição Federal.

Em relação ao segundo dever: o de prestar contas, este surge como encargo dos administradores que cuidam da *res pública* (coisa pública, ou melhor, bens e interesses da coletividade), pela própria origem daquilo que tutelam, isto é, bens de toda coletividade e,

consequentemente, periodicamente devem dar informações dos gastos aos administrados.

Tamanha é a importância desse dever que, em 2003, por meio da EC nº 40, o constituinte derivado acrescentou ao artigo 163, da Constituição Federal, no capítulo sobre finanças públicas, que a lei complementar que regular o tema deverá dispor acerca da fiscalização financeira da administração pública direta e indireta. Trata-se, assim, de medida que visa ampliar a fiscalização do dinheiro público.

No que se refere ao terceiro dever, sabendo-se da necessidade de se alcançar o bem-estar social e os fins previsto na norma, não é de se olvidar que a administração para a atingir deve se portar de forma eficiente.

Nos dizeres de Carvalho Filho, “o dever de eficiência habita na perfeição, celeridade, coordenação e técnica, a fim de tornar a administração mais qualitativa e produzir a atividade pública com maior eficiência” (2018, p.123).

Em suma, os poderes administrativos são consequências das prerrogativas que detém a administração, com intuito de alcançar o bem comum previsto na legislação. Aqueles ensejam o dever de utilizá-los sempre que necessário para o bem do interesse público e, assim, na gestão da coisa pública o administrador e toda a administração em si, isto é, direta ou indireta, deve obedecer aos deveres administrativos de eficiência, probidade e prestação de contas.

2.6 Controle da Função Administrativa pelo Legislativo

Visando coibir o abuso de poder ou desvio de poder, a função administrativa pode ser limitada ou controlada pelos demais poderes. Em especial pelo legislativo, tendo em vista que o judiciário, por exemplo, não pode adentrar no mérito administrativo, restringindo-se tão somente ao controle da legalidade.

Ao legislativo, por sua vez, por competência estabelecida pela própria Constituição Federal, em seu artigo 49, V, abaixo, cabe sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...].

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder

regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; [...].

Evidencia-se, mais uma vez, que o poder regulamentar decorre da lei e não pode exasperar o limite subsidiário da essência do regulamento, que é dar fiel execução à *mens legis*, preservando a função legislativa constitucionalmente atribuída ao congresso.

2.7 Descentralização da Função Administrativa: Administração Indireta

O vocábulo função administrativa, intimamente se liga com a ideia de harmonia entre os poderes e sua autonomia para organizar-se organicamente, leia-se, em órgãos com suas respectivas funções.

Relevante função do Estado moderno, a função administrativa é dentre todas a mais ampla, uma vez que é através dela que o Estado cuida da gestão de todos os seus interesses e os de toda a coletividade. Por isso, tem sido vista como residual³ (CARVALHO FILHO, 2018,).

A organização administrativa que abrange todos os entes da União e seus poderes e resulta em normas jurídicas que regem a hierarquia entre os órgãos, a competência, as formas de atuação e administração de funcionários, no exercício do mister da administração pública.

A fim de que se compreenda do que se trata a administração indireta e o termo descentralização, faz-se imperiosa examinar o que acarreta tal conceito e suas diferenciações dos demais. Nesse sentido, há que se destacar a existência da centralização, desconcentração e descentralização.

Centralização e desconcentração são definições que, em certa medida, se complementam. Veja-se:

Centralização é o exercício da função administrativa diretamente pelo Estado, seja por seus órgãos ou agentes administrativos que fazem parte da administração. Enquanto a desconcentração, cuida-se da criação de novos órgãos, referida a uma só pessoa, pois cogita-se da distribuição de competências na intimidade dela, mantendo-se, pois, o liame unificador da hierarquia. (MELLO, 2009, p.151)

³ Nesse contexto, entende-se como residual no sentido de ser exercida por todos os poderes e suas respectivas entidades.

A descentralização, por seu turno, a administração passa a atuar indiretamente, delegando a atividade a outras entidades, com personalidade jurídica própria, tendo como principal exemplo as autarquias.

Carvalho Filho bem sintetiza a diferenciação entre centralização e descentralização, na seguinte passagem:

Quando se fala em centralização, a ideia que o fato traz à tona é o do desempenho direto das atividades públicas pelo Estado-Administração. A descentralização, de outro lado, importa sentido que tem correlação com o exercício de atividades de modo indireto (2018, p.545).

Com enfoque na Administração Indireta, há que se destacar que é o conjunto de pessoas jurídicas diversas da administração direta, mas a elas vinculadas, com o objetivo de desempenhar as atividades administrativas.

Desse modo, “quando o Estado não pretende executar determinada atividade por meio de seus órgãos, o Poder Público transfere sua titularidade ou a mera execução a outras entidades, surgindo, então, o fenômeno da delegação” (CARVALHO FILHO, 2018, p.551).

Referida delegação é feita por ato administrativo ou contrato administrativo, nesses casos caso há a prestação do serviço feita por particulares, enquanto para a efetivação da delegação às entidades da administração pública indireta deve ser feita por lei, uma vez que, como já visto, tais pessoas jurídicas são criadas por lei.

Todos os entes da federação podem instituir suas próprias entidades da administração pública indireta, desde que seja de sua competência a atividade na qual a pessoa jurídica irá atuar. Todavia, a interferência de determinado ente, ou melhor, da administração direta na entidade descentralizada, somente é possível quando previstos em lei e se manifestam apenas em relação aos atos nela indicados (MELLO, 2009).

Com base na legislação que trouxe a reforma administrativa federal, mas que é adotada por todos os entes, compreende a administração pública indireta, dotadas de personalidade jurídica própria, as seguintes categorias de entidades: as autarquias; as empresas públicas; as sociedades de economia mista e as fundações públicas.

Desse modo, estando-se diante de uma dessas categorias de entidade, também o está da administração pública indireta, seja de qualquer um dos entes da federação, vinculada, pois, à respectiva administração direta, independente de prestar serviço público ou exercer alguma atividade de natureza empresarial.

Não é o fim a que se destina a entidade que a qualifica como participante da Administração Indireta, mas sim a natureza de que se reveste (CARVALHO FILHO, 2018).

3 PODER REGULAMENTAR

Ao encontro da ideia de que, nem sempre, o Poder Legislativo possa prever todas as hipóteses de incidência de uma norma, urge para a administração o dever de criar mecanismos para complementar a lei, a fim de efetivar a sua aplicação nos casos concretos: tal é o fundamento do Poder Regulamentar.

Tal poder muito se assemelha a função legislativa, já que ao desempenhar o poder regulamentar, a Administração exerce inegavelmente função normativa, porquanto expede normas de caráter geral e com grau de abstração e impessoalidade, malgrado tenham elas fundamentam de validade na lei.

Entende-se de tal passagem, ainda, que o poder regulamentar decorre de lei e, pois, para que o executivo possa exercê-lo prescinde de sua autorização por meio da legislação. Basicamente, diante da previsão constitucional do artigo 84, IV, da Constituição de Outono, que prevê que ao Presidente da República compete expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis e, obedecendo a simetria constitucional, o mesmo poder é conferido aos chefes do executivo municipal e estadual.

Existem outros atos que, embora editados por outras autoridades administrativas, estão inseridos no poder regulamentar. Trata-se das resoluções, instruções normativas, portarias etc. Apesar de serem mais restritos, também são de caráter geral e abstrato para explicitação da vontade de determinada lei.

O poder regulamentar é, portanto, “denominador comum encontrável para radicalizar atos compreendidos sob tal nome é tão-somente o caráter geral e normalmente abstrato que possuem, de par com a circunstância de serem expedidos por órgão diverso daquele ao qual esteja cometida a edição de leis (Legislativo)” (MELLO, 2009, p. 337).

3.1 A importância dos poderes no desempenho da função pública

Certo de que a justificativa da existência dos poderes é o regime jurídico administrativo que tem por finalidade sobrepor o interesse privado ao interesse coletivo, nada mais obvio que a sua importância se dá para efetivar tal imperativo.

Justamente por isso que o Poder de Polícia, por exemplo, tem sua atuação ao proibir que determinada conduta de um particular seja desfavorável ao bem comum. Assim, a fiscalização ao proibir o funcionamento de alguém comércio por não preencher as exigências do saneamento básico, o poder público, ao interditá-lo ou fechá-lo, demonstra a importância de tal poder.

A importância dos poderes não só repercute na esfera direta entre administração e administrado, mas internamente, o que não deixa de trazer benefícios aos cidadãos, como no caso do uso do poder hierárquico, sobretudo na possibilidade de desconcentração e descentralização.

Ora, como abordado posteriormente, uma das mazelas da administração pública, que inclusive culminou na reforma de sua estrutura, seja no funcionamento interno e na prestação de seus serviços ao público, foi a burocracia. Por meio do poder hierárquico, então, modificar o funcionamento da administração, ou melhor, a distribuição do serviço, diminuindo os obstáculos pelos quais os administrados passam, conseqüentemente melhora a eficiência da máquina estatal.

O discricionário, então, pode adaptar a prestação estatal de acordo com os postulados de conveniência e oportunidade, viabilizando que a administração somente atue quando favorável, dispensando a atividade ineficaz.

Agora, o Poder Regulamentar, objeto central do presente trabalho, muitas vezes, como afrente demonstrado, age de maneira semelhante ao Poder de Polícia, o que não impede de agir conforme sua essência, qual seja, dar a fiel execução aos ditames da lei.

Esse poder é responsável para que o Estado possa manter seus imperativos, inclusive quando a iniciativa privada age em nome do bem comum ou da própria administração pública, viabilizando a captação de capital privado e uma qualidade mínima dos serviços para os administrados.

Em síntese, sem os poderes a administração não teria caminhos para efetivar a justificativa de um Estado que nada mais é do que a efetivação do bem estar social.

3.2 Regulamento e o Ordenamento Jurídico

A constituição brasileira, no inciso II, do seu art, 5º, expressamente prevê o chamado princípio da legalidade ou da reserva legal, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...].

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...].

Resta claro que as pessoas/administrados, somente devem se sujeitar as vontades da lei e não às vontades de quaisquer “portarias”, “decretos”, “resoluções” ou “regulamentos”. Ou seja, a legitimidade para a emissão de atos regulamentares deve ser estabelecida em lei.

Nos dizeres de Bandeira de Mello: “é que a Constituição brasileira, seguindo tradição já antiga, firmada por suas antecedentes republicanas, não quis tolerar que o Executivo, valendo-se de regulamento, pudesse, por si mesmo, interferir com a liberdade ou a propriedade das pessoas” (MELLO, 2009, p.341).

Justamente por isso que a Carta Cidadã⁴, ao prever a competência regulamentar do Presidente da República, em seu artigo 84, IV, o limita apenas à produção desses atos normativos tão somente para a fiel execução da lei, não cabendo no ordenamento pátrio que os regulamentos criem ou modifiquem os direitos.

Há, conseqüentemente, uma limitação ao poder regulamentar, reforçado, novamente pela Constituição Federal, no seu artigo 37, *caput*, que enfatiza que a Administração Pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Frise-se, mais uma vez, que o ordenamento é regido pelo princípio da legalidade e, conseqüentemente, somente se pode criar, extinguir ou modificar direitos por meio de lei. Justamente por isso, impõe ao regulamento o caráter que se lhe assinalou, qual seja, o de ato estritamente subordinado, isto é, meramente subalterno e, ademais, dependente de lei (MELLO, 2009).

Carvalho Filho, inclusive, demonstra a subordinação do regulamento perante a lei, devendo aquele sempre ser pautado nos interesses da legislação que permite a emissão do ato regulamentar: “ao poder regulamentar não cabe contrariar a lei (*contra legem*), pena de sofrer

⁴ Constituição Federal de 1988.

invalidação. Seu exercício somente pode dar-se secundum legem, ou seja, em conformidade com o conteúdo da lei e nos limites que esta impuser” (CARVALHO FILHO, 2018, p.137).

Tal subordinação, aliás, imposta pela própria Constituição Federal, “respondem com precisão capilar a objetivos fundamentais do Estado de Direito e exprimem com rigor o ideário e as preocupações que nele historicamente se substanciaram, pois seu projeto é o de que vigore o governo das leis e não o dos homens” (MELLO, 2009, p.346).

Tal subordinação, imposta pela *magna carta*, reflete, inclusive, no âmbito da iniciativa privada, tendo em vista o parágrafo único do artigo 170 daquela carta, aduz ser assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei, ou seja, somente se pode restringir as liberdades econômicas por imposição legal, o que, por sua vez, reforça subordinação da Administração à lei e, conseqüentemente, o regulamento.

3.3 Peculiaridades do Poder Regulamentar: Discricionariedade

A discricionariedade do Poder Regulamentar está ligada a especialização técnica, por exemplo, de alguma agência reguladora. Ora, o conhecimento técnico é que viabiliza a administração a adotar determinada decisão, desde que favorável ao interesse público, em detrimento de outra que seria tomada por aquele que não detém a perícia na determinada questão.

Assim, ao regulamentar determinada questão, a Administração, conforme os critérios de oportunidade e conveniência, elege uma entre várias alternativas, sendo todas elas válidas perante o direito.

Segundo Di Pietro, em determinadas hipóteses, a lei se utiliza de conceitos técnicos que precisam ser especificados de acordo com a manifestação do órgão responsável, portanto, cabendo à Administração a eleição de uma solução juridicamente válida. Assim, existem situações em que, entre espaços de escolhas, há algumas opções que devem ser pautadas na própria técnica, e não somente na conveniência e oportunidade da Administração Pública. Há, então, a denominada discricionariedade técnica (2013, p. 121).

A discricionariedade do Poder Regulamentar, então, se manifesta quando há necessidade de conhecimento técnico de determinado assunto ou em decorrência dos imperativos de

conveniência e oportunidade da administração. Não só nessas hipóteses, “mas também nos casos de determinar preços em setores monopolistas em que houve privatização ou financiar os serviços não exclusivos, e como capacitador da competitividade das empresas privadas nacionais” (BRESSER, 1995, p.22).

Bresser, ainda justifica a “discricionariedade da atuação tendo em vista que a lei deixará espaço para ação reguladora e discricionária da agência, já que não é possível nem desejável regulamentar tudo através de leis e decretos” (BRESSER, 1995, p.23).

3.4 Poder Regulamentar e Poder de Polícia

Ante o postulado que o interesse coletivo deva prevalecer em relação ao interesse privado e assim o faz por meio dos poderes administrativos. O Poder de Polícia, então, “resulta do inafastável confronto entre os interesses público e privado, e nele há a necessidade de impor, às vezes, restrições aos direitos dos indivíduos” (CARVALHO FILHO, 2018, p.135).

Sob a perspectiva da busca da efetivação do interesse público em detrimento do privado, urge um Poder de Polícia, indiretamente exercido por meio dos regulamentos que visam assegurar a ordem pública econômica e, assim, estimular determinadas áreas econômicas ao passo que, em outras, pode gerar restrições, utilizando-se da fixação de preços ou autorizações na área da indústria ou agricultura, por exemplo.

Alexandre Santos de Aragão, inclusive, defende que o

Poder de Polícia não é, essencialmente, da própria administração pública, mas atribuído a ela pela lei e, portanto, pertencente ao legislador, que através de conceitos jurídicos mais ou menos indeterminados, atribui o respectivo exercício e, geralmente, também a regulamentação, à Administração Pública (ARAGÃO, 2013, p.23).

Tal poder de polícia no tocante às áreas econômicas, conseqüentemente, deveria ser nominado de regulação da atividade econômicas, eis, então, o liame entre o poder de polícia e a regulamentação.

A distinção entre eles, todavia, depende unicamente quanto a abrangência da atividade estatal, enquanto aquele tradicional conceito se restringe apenas na mera fiscalização da atividade

a fim de que não haja danos a coletividade; sob a nova perspectiva, se trata em direcionar às atividades ao interesse do Estado.

Entendem-se como tais, aquelas que são atividades da iniciativa privada, mas que a lei, em vista a sua relação com o interesse coletivo, exige autorização prévia para que possa ser exercida e impõe a sujeição a regulamentação.

Sob esta perspectiva o conceito de poder de polícia se aproxima do conceito de regulação, mas não o alcança, tendo em vista que não abrange a regulação de serviços públicos.

3.5 Delegação do Poder Regulamentar a Administração Indireta

Como já visto, a delegação do poder regulamentar a administração indireta se dá por meio da descentralização, muitas vezes justificada pela necessidade de tornar a atividade estatal mais eficiente, diminuindo a burocracia e enfatizando o caráter técnico dos setores.

Referida descentralização teve seu apogeu após a reforma administrativa do Estado brasileiro, que começou por meio de Emendas Constitucionais apontadas no presente trabalho e, pelo Dec. 200/67.

Segundo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, tal reforma se traduz em “um passo racional na descentralização, com a finalidade de atender as diferentes necessidades de gestão da coisa pública segundo as suas características próprias e não em conformidade com um padrão rígido, formal e predeterminado” (1999, p. 27-29).

Em se tratando de um padrão rígido, formal e predeterminado, o autor se refere à burocracia, o seu afastamento decorre do princípio da eficiência, estampado, aliás, no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, que, conforme o mesmo autor:

afasta qualquer burocratização de entidade ou de órgão público além do mínimo indispensável para o cumprimento das suas tarefas de rotina, ou seja, o desempenho das atividades-meio. De resto, todas as tarefas devem ser necessariamente orientadas pela atividade-fim, ou seja, pela finalidade (MOREIRA NETO, 2002, p.24).

Retomando o conceito de administração indireta, sabe-se que se tratam de entes personalizados, diferentes daqueles que os criaram, com fins a exercer atividade típica da administração.

Todavia, “a mera criação de pessoas jurídicas, sem que possua um grau de razoável e efetiva autonomia para desenvolver suas atribuições, não tornará o seu desempenho mais ágil e eficiente” (ARAGÃO, 2013, p.214).

A descentralização, portanto, “deve ser dotada de significativa autonomia frente ao Poder político-estatal central, sobretudo, naqueles setores sensíveis à articulação do Estado com a sociedade, destacando-se aqueles que tenham sido objeto de desestatização” (ARAGÃO, 2013, p.216-217).

A regulamentação, como já visto, se funda na “complexidade das atividades técnicas da administração, passando a se aceitar nos sistemas normativos tal espécie normativa.” Assim, o legislativo, incapaz de criar a regulamentação sobre algumas matérias de alta complexidade técnica, delega ao órgão ou à pessoa administrativa a função específica de instituí-la, valendo-se dos especialistas e técnicos que melhor podem dispor sobre tais assuntos (CARVALHO FILHO, 2018, p. 115).

A aparente inovação na ordem jurídica pelos regulamentos técnicos é chamada pela doutrina de Poder Regulador, diferentemente do poder regulamentar comum. Tal Poder Regulador é, em especial, encontrado nas entidades da administração indireta, sobretudo, nas agências reguladoras.

Em suma, a delegação do poder regulamentar para a administração indireta se dá em decorrência da necessidade de se buscar maior eficiência administrativa e, com isso, desburocratizar a administração e, ainda, pela necessidade de adequação técnica da atividade administrativa à determinados setores, garantido a autonomia das entidades da administração indireta.

Aragão, bem aduz que a “autonomia é de substancial importância para que a delegação da função normativa seja eficaz, tendo em vista que há entidades descentralizadas, dotadas de personalidade jurídica, as quais a lei confere uma autonomia tão diminuta que, na prática, muito se assemelham aos órgãos internos subordinados hierarquicamente à Administração central” (ARAGÃO, 2013, p.216).

As agências reguladoras, em especial, desempenham autarquicamente essas funções na disciplina de certos serviços, cuja execução vem sendo transferida de empresas estatais para empresas privadas (MOREIRA NETO, 2000).

4. REFORMA DO ESTADO E A ESTRUTURA REGULAMENTAR

O principal objetivo da reforma do Estado brasileiro é diminuir a burocracia e conseqüentemente a ineficiência da administração pública, significa dizer: transitar de uma administração pública burocrática para a gerencial (PEREIRA, 1996).

A transição deve ocorrer sem, é claro, ”desprezar a segurança e efetividade da prestação burocrática e, por isso, ela deve ser feita sobre a administração burocrática, aproveitando suas conquistas, os aspectos positivos que ela contém, ao mesmo tempo que se vai eliminando o que já não serve” (BRESSER, 1996, p.30).

Justamente por isso, Bresser demonstra que

nos setores de núcleo estratégico a incidência da administração burocrática deve ser maior que nos setores em que o requisito de eficiência é fundamental dado o grande número de servidores e de cidadãos-clientes ou usuários envolvidos, o peso da administração pública burocrática deverá ir diminuindo até praticamente desaparecer no setor das empresas estatais (BRESSER, 1996, p.31).

A reforma do Estado não reduz significativamente o gasto público, mas melhora a qualidade e a eficiência do gasto, deixando para trás a perspectiva burocrática, tornando-a acessória na produção de bens e serviços para a sociedade.

Bresser, então, bem sintetiza o plano de reforma como “sendo como um processo de redução do tamanho do Estado, envolvendo a delimitação de sua abrangência institucional e a redefinição de seu papel” (BRESSER, 1998, p.62).

Afora a delimitação da atividade estatal, o papel regulamentador do Estado também deve tomar novos rumos. É o que vem sendo feito pelo Brasil após as reformas dos anos 1990 e pós constituição, afrente demonstrando no trabalho.

Em vista da crise do sistema liberal e da incapacidade de o mercado se autorregular, de modo que se torna desnecessária a intervenção, o Estado, pois, a faz por meio da regulamentação, para garantir padrões de qualidade dos bens e serviços, para assegurar o bom funcionamento do mercado em áreas monopolistas, por exemplo.

Eis que urge um novo paradigma: “ao mesmo tempo desregular e regular: desregular para

reduzir a intervenção do Estado; regular, para viabilizar a privatização” (BRESSER, 1998, p.74).

O caminho para se adiantar nas reformas e delimitar a atividade do Estado brasileiro “é a instituição de Três instituições organizacionais emergem da reforma, ela própria um conjunto de novas instituições: as “agências reguladoras”, as “agências executivas”, e as “organizações sociais” (BRESSER, 1996, p.23).

Em especial, as agências reguladoras dotadas de autonomia própria das agências executivas, ou melhor, autarquias, serão entidades com autonomia para regulamentar os setores empresariais que operem em mercados não suficientemente competitivos, enquanto as agências executivas ocupar-se-ão principalmente da execução das leis (BRESSER, 1996).

Tanto em um caso como no outro, mas principalmente nas agências reguladoras, a” lei deixará espaço para ação reguladora e discricionária da agência, já que não é possível nem desejável regulamentar tudo através de leis e decretos” (BRESSER, 1996, p.23).⁵

Em síntese, o Estado deverá atuar por meio das agências e pelas OS (organizações sociais), viabilizando o exercício da iniciativa privada e atuando, restritamente e de forma gerencial em suas atividades exclusivas, devendo privatizar e delegar aquilo que estiver afóra de seu núcleo estratégico ou fora dos imperativos da segurança nacional, Bresser “delimita as funções do Estado em três áreas de atuação, nas quais devem manter sua atuação: (a) as atividades exclusivas do Estado; (b) os serviços sociais e científicos do Estado; e (c) a produção de bens e serviços para o mercado” (BRESSER, 2019, p.24).

3.6 A Concepção do Decreto-Lei 200/67: Os Princípios da Organização Administrativa

O decreto-lei 200/67, surgiu como resposta a ineficácia do Estado, pela excessiva “concentração de atribuições nos órgãos de cúpula, agravada pela falta de racionalização dos trabalhos de coordenação dos serviços, ineficientes e morosos, em decorrência de uma burocracia inútil e custosa” (MEIRELLES, 2012, p.882).

Tudo isso se dava, em especial, pelo excesso de burocracia que impedia que a administração atingisse sua finalidade, já que os meios a tornava inalcançável. O decreto, então,

⁵ Recomenda-se que o leitor leia, novamente, acerca da discricionariedade no item 3.3.

propôs uma ampla desconcentração ou descentralização da atividade administrativa, distinguindo as atividades de execução das atividades de direção.

Nos dizeres do ilustre professor mencionado acima, com base nos artigos 145 e 146 do decreto, a finalidade da nova legislação foi:

O seu objetivo principal e imediato é a fixação de diretrizes e princípios que propiciem funcionalidade e dinamicidade à Administração Federal, devendo sua estruturação ser realizada por etapas, em conformidade com esses princípios e diretrizes, através de decretos do Poder Executivo, reorganizando-a, reestruturando-a, definindo competências, revendo o funcionamento de determinados órgãos e estabelecendo outras providências necessárias à efetiva implantação da reforma delineada (MEIRELLES, 2013, p.883-884).

É o decreto, inclusive, que trouxe ao direito pátrio a classificação em administração pública direta e indireta, sendo responsável por estruturar a administração direta em alguns de seus dispositivos.

Além disso, a grande reforma administrativa “estabeleceu princípios fundamentais que visam diminuir o tamanho da máquina estatal, simplificar os procedimentos administrativos e, conseqüentemente, reduzir as despesas causadoras do déficit público” (MEIRELLES, 2013, p.887-888).

Tais princípios são: planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle.

Parafraseando MEIRELLES

planejamento é o estudo e estabelecimento das diretrizes e metas que deverão orientar a ação governamental, através de um plano geral de governo, de programas globais, setoriais e regionais de duração plurianual, do orçamento-programa anual e da programação financeira de desembolso, que são seus instrumentos básicos (MEIRELLES, 2013, p.888).

Assim, “toda a atividade da Administração Federal deve ajustar-se à programação aprovada pelo Presidente da República e ao orçamento-programa, vedando-se a assunção de compromissos financeiros em discordância com a programação financeira de desembolso” (MEIRELLES, 2012, p.889).

A coordenação, por sua vez, visa ordenar a atividade administrativa, com a finalidade de evitar a atuação desnecessária e de forma dupla, evitando a divergência de entendimentos e retomando, mais uma vez, à burocracia.

Coordenar é, portanto, “harmonizar todas as atividades da Administração, submetendo-as ao que foi planejado e poupando-a de desperdícios, em qualquer de suas modalidades” (MEIRELLES, 2012, p.890).

Nesse sentido, impõe-se que nenhuma decisão poderá ser tomada por alguma autoridade administrativa competente sem que o assunto tenha passado pelo exame de todos os setores nele interessados.

Descentralizar, método de desburocratização já trabalhado no presente trabalho, é a criação das entidades da administração indireta, isto é, como fala atribuir a outrem poderes da Administração (MEIRELLES, 2012).

Apenas para retomar o tema de forma sintética, novamente utilizo das sabias palavra do professo Hely Lopes Meirelles:

A descentralização administrativa pressupõe, portanto, a existência de uma pessoa, distinta da do Estado, a qual, investida dos necessários poderes de administração, exercita atividade pública ou de utilidade pública. O ente descentralizado age por outorga do serviço ou atividade ou por delegação de sua execução, mas sempre em nome próprio (MEIRELLES, 2012, p.891).

O quarto princípio a ser abordado, denomina-se controle, exercido por meio do Poder Hierárquico, possibilitando que os órgãos superiores controlem os inferiores, fiscalizando a sua atuação em conformidade com a lei e das instruções da autoridade superiora.

O controle a que se refere o decreto, entretantes, é genérico, não se restringindo somente como acima abordado. Significa dizer que, tal controle vai além do simples controle por meio da hierarquia. Fala-se aqui, da supervisão ministerial, isto é, a possibilidade de os Ministros de Estado, nomeados pelo presidente da república, exercerem o controle dos entes descentralizados.

Por último, o princípio da delegação de competência, que constitui na atividade de “as autoridades da Administração transferirem suas atribuições decisórias a seus subordinados, mediante ato próprio que indique com a necessária clareza e conveniente precisão a autoridade delegante, a delegada e o objeto da delegação” (MEIRELLES, 2012, p. 893).

Assim, por meio de um ato administrativo, a autoridade administrativa pode, justificando-se nos imperiosos administrativos da conveniência e oportunidade, isto é, de modo discricionário e temporário, delegar certas atribuições a ela conferida a terceiros, para que exerça pessoalmente.

Tais princípios, apesar de instituídos em uma legislação com a finalidade de modificar a organização da administração federal, também é aplicável aos outros entes da federação, como os Estados e Municípios e, por tal razão, há de se atentar que, quanto mais a administração se descentraliza, mais ela deve atuar para que o imperioso do interesse coletivo se sobreponha ao privado e o faz, por exemplo, por meio das agências reguladoras.

3.7 O Plano de Reforma do Estado: Atividade Típica do Estado

O Estado brasileiro passou por três importantes seguimentos que tratam de mudanças na intervenção estatal na economia. A primeira delas se deu com a edição das Emendas Constitucionais nº 06 e 07, ambas de 15 de agosto de 1998, que ensejaram na extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro.

Referidas alterações no texto constitucional, modificaram os artigos 171 e 176, *caput*, da Constituição Federal, extinguindo a conceituação de empresa brasileira de capital nacional que as outorgavam proteção, benefícios e preferências; passando a permitir que a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia elétrica sejam concedidos ou autorizados a empresas constituídas sob as leis brasileiras, dispensada a exigência do controle do capital nacional.

No mesmo sentido, além de alterados os artigos 171 e 176, *caput*, da Constituição de Outono, a já mencionada emenda nº 07, alterou o artigo 178 da *magna carta*, não mais exigindo que a navegação de cabotagem e interior seja privativa de embarcações nacionais e a nacionalidade brasileira dos armadores, proprietários e comandantes e, pelo menos, de dois terços dos tripulantes.

O segundo seguimento de mudanças, efetuados pela emenda nº 05, da mesma data das anteriores, restou conhecida como a flexibilização dos monopólios estatais. A emenda alterou a redação do § 2º do art. 25, abrindo a possibilidade de os Estados-membros concederem às empresas privadas a exploração dos serviços públicos locais de distribuição de gás canalizado,

que, anteriormente, somente podiam ser delegados a empresa sob controle acionário estatal.

Por meio da emenda nº 08, também da mesma data, o mesmo ocorreu com os serviços de telecomunicações e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, uma vez que modificou XI e XII, que tão somente admitia a concessão da atividade a empresas estatais.

Na área petrolífera, responsável por um dos maiores aumentos da economia brasileira, a Emenda Constitucional nº 09, de 9 de novembro de 1995, foi responsável por romper com o monopólio estatal, que permitia à União a contratação de empresas privadas de atividades relativas à pesquisa e à lavra de jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro, a importação, exportação e transporte dos produtos e derivados do petróleo.

O terceiro seguimento pelo qual o Estado brasileiro passou, a fim de que viabilizasse a sua reforma, foi a privatização, que se deu, num primeiro momento, pela Lei nº 8.031, de 12-4-90, responsável por instituir o Programa Nacional de Privatização, depois substituída pela Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997.

A finalidade do programa de privatização, sobretudo com a nova legislação, foi de reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público e contribuir para a modernização do parque industrial do país, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia.

Cuida-se de um verdadeiro programa de desestatização da economia brasileira, cabendo lembrar do *caput* do artigo 170 da *magna carta*, que enfatiza a livre iniciativa no Estado brasileiro, *in verbis*: "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existências dignas, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios".

O Estado, passa, portanto, "a atuar na ordem econômica na maneira regulatória, pelo poder de polícia, na atuação empresarial e com incentivos à iniciativa privada. Barroso, sintetiza tal atuação em três conjuntos de mecanismos, quais sejam: disciplina, fomento e pela atuação direta" (BARROSO, 2002, p.114).

Pela disciplina, o faz por meio da edição de lei e regulamentos, os quais devem ser seguidos pela iniciativa privada, ao explorar a atividade econômica. Pelo fomento, o faz

estimulando determinadas atividades, por meio de incentivos fiscais em determinadas regiões ou por programas de financiamento como BNDES, por exemplo.

Agora, a atuação direta se dá pela exploração de atividades econômicas de modo estratégico e pela prestação de serviços públicos. Estes, entretanto, podem ser delegados à terceiros ou por pessoas jurídicas da própria administração pública, como autarquias.

Barroso demonstra a diferenciação entre a prestação de serviços públicos na seguinte passagem: A exploração da atividade econômica, por sua vez, não se confunde com a prestação de serviços públicos, quer por seu caráter de subsidiariedade, quer pela existência de regras próprias e diferenciadas (BARROSO, 2002, p.115).

A subsidiariedade a que ele se refere, ocorre tendo em vista que a constituição federal autoriza, excepcionalmente, que o Estado atue no domínio econômico. Tais hipóteses estão previstas nos artigos 173, *caput*, e 177, da Constituição Federal, conforme abaixo:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

[...].

Art. 177. Constituem monopólio da União:

- (a) - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;
- (b) - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;
- (c) - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;
- (d) - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;
- (e) - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006) [...].

Em síntese, a atuação direta do Estado somente se dá nas hipóteses previstas na constituição, quando se tratar na intervenção no domínio econômico, e, em regra, a prestação de serviços públicos é predominantemente prestada pela administração, salvo nos casos em que há a outorga da prestação para a iniciativa privada ou, noutros casos, em que, concomitantemente com o poder público, a esfera privada também o faz: é o exemplo da saúde pública ou das

instituições de ensino.

3.8 Exploração da Atividade Econômica Pelo Estado e o Novo Viés Regulatório

Em regra, assegurado constitucionalmente, a exploração da atividade econômica é pertencente a iniciativa privada, restando ao poder público somente intervir de acordo com os imperativos da segurança nacional ou quando houver relevante interesse coletivo, nos demais casos só se justifica a existência de empresas estatais, quando as particulares forem insuficientes para atender à demanda do mercado em obras, produtos ou serviços, pois o Poder Público não pode nem deve competir com as atividades da indústria ou do comércio⁶.

A constituição, então, aponta três pressupostos que legitimam a atividade direta do Estado na economia. O primeiro é a segurança nacional, pressuposto de natureza claramente política. Se a ordem econômica conduzida pelos particulares estiver causando algum risco à soberania do país, fica o Estado autorizado a intervir no domínio econômico, direta ou indiretamente, tudo com vistas a restabelecer a paz e a ordem sociais.

O outro pressuposto é o interesse coletivo relevante que deve ter seu significado, ou melhor, que sua noção viesse a ser definida em lei, por se tratar de conceito jurídico indeterminado. Desse modo, será necessário que o Estado edite a lei definidora do que é interessante coletivo relevante para permitir a intervenção legítima do Estado no domínio econômico.

Justamente pelo caráter subsidiário da intervenção estatal é que se faz necessário que o a sua intervenção indireta no setor, por meio do fomento ou regulamentação, tudo com a finalidade de valer o interesse coletivo em detrimento do particular.

E o Estado o faz por meio dos poderes de polícia o regulamentar, principalmente. Nos dizeres de Carvalho Filho, o papel que o Estado deve desempenhar é realmente o de Estado-Regulador, controlador e fiscal, mas deixando o desempenho às empresas da iniciativa privada (CARVALHO FILHO, 2018, p.1060).

Eis que, ante tal necessidade, surgem as agências reguladoras, dotadas de certa autonomia em relação ao poder político, o que, em tese, seria relevante para trazer segurança

⁶ Conforme o já mencionado artigo 173 da Constituição Federal de 1998.

tanto a coletividade e aos exploradores da atividade econômica. Até porque sempre que o “Estado intervém no domínio econômico se mostra ineficiente e incapaz de atingir seus objetivos, acabando por ocasionar uma série de outros problemas. Não há como comparar-se seus resultados com os obtidos pela iniciativa privada” (CARVALHO FILHO, 2018, p. 1059).

4 ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras, atualmente, surgem como uma necessidade para a atração de investimento do setor privado nas atividades de interesse coletivos. Bem explica Barroso que “tais atividades estão condicionadas à garantia de estabilidade e previsibilidade das regras do jogo nas relações da empresa concessionária com o Poder Público, de um lado, e com os usuários, de outro” (2013, p.119).

Significa dizer, que, a fim de trazer segurança jurídica àqueles que investem e aos administrados, a atividade regulatória é consequência de tais imperativos.

A prestação de serviços públicos, então, além de regulamentada pelas leis gerais, o contrato de concessão, também o é pelos atos regulamentares emanados pelas agências reguladoras. Não só esses atos, mas às agências também competem o controle de tarifas, de modo a assegurar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; universalização do serviço, estendendo-o a parcelas da população que dele não se beneficiavam por força da escassez de recursos; fomento da competitividade, nas áreas nas quais não haja monopólio natural; fiscalização do cumprimento do contrato de concessão; arbitramento dos conflitos entre as diversas partes envolvidas: consumidores do serviço, poder concedente, concessionários, a comunidade como um todo, os investidores potenciais etc (BARROSO, 2013).

Perceba-se que todas as funções exercidas pelas agências reguladoras, buscam dar efetividade aos princípios dos serviços públicos, como o da modicidade, ao controlar as tarifas; generalidade, garantindo a universalização do contrato; e eficiência, fiscalizando o cumprimento do contrato de concessão.

4.1 As Autarquias e sua Área de Atuação

Segundo José Cretella Júnior (1980, 139), o termo *autarquia*, incorporado há cerca de três décadas ao nosso léxico, é formado de dois elementos justapostos: *autos* (= próprio) e *arquia* (= comando, governo, direção), significando, à letra, etimologicamente, “comando próprio, direção própria, auto-governo (CRETELLA JÚNIOR, 1972).

As autarquias são criadas de modo a descentralizar a administração pública, criando uma entidade com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, neste sentido é o artigo 5º, inciso I, do Decreto-lei nº 200, *in verbis*:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

I - Autarquia - 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.

Conceituam-se as autarquias, portanto, como sendo a pessoa jurídica de direito público interno, criada por lei específica, com capacidade administrativa própria, para o desempenho de atividade típica da administração pública, submetida ao controle finalístico de suas ações nos limites da lei.

Meirelles, acrescenta que às autarquias devem apenas atuar apenas em serviços públicos típicos da administração pública, tendo em vista que para as outras atividades, como econômicas e não exclusivas do Estado existem, naqueles casos as empresas públicas e para estes as organizações sociais. Nesse sentido, abaixo, seus dizeres:

A autarquia é forma de descentralização administrativa, através da personificação de um serviço retirado da Administração centralizada. Por essa razão, à autarquia só deve ser outorgado serviço público típico, e não atividades industriais ou econômicas, ainda que de interesse coletivo. Para estas, a solução correta é a outorga às empresas governamentais criadas para esse fim, ou sua delegação a empresas privadas, mediante concessão ou permissão. Serviços de interesse coletivo, mas não exclusivos do Estado, principalmente nas áreas de saúde, ensino, cultura, meio ambiente e pesquisa científica e tecnológica, podem ser delegados a entidades particulares, para esse fim qualificadas como organizações sociais (MEIRELLES, 2012, p.441).

Assim, diferentemente das empresas públicas, fundações públicas, organizações sociais ou concessionárias, as autarquias agem por interesse público próprio e não alheio e, também, tem capacidade de Direito Público e não privado. Dessa maneira, Meirelles, bem elucida:

as autarquias prestam-se à realização de quaisquer serviços públicos típicos, próprios do Estado, mas são indicadas especificamente para aqueles que requeiram maior especialização ou imposição estatal e que, conseqüentemente, exijam organização adequada, autonomia de gestão e pessoal especializado, liberto da burocracia comum das repartições centralizadas (2012, p.443).

Uma vez criada por lei, em respeito ao princípio da legalidade, não se admite a extinção

das autarquias por outro instrumento normativo que não seja a lei, assim é o inciso XIX do artigo 37 da Constituição Federal, abaixo:

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: [...]

XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; [...].

Outrossim, por prescindirem diretamente da lei, não se faz necessário seu registro na junta comercial sequer em unidade cartorária, e, por essa razão, sua personalidade jurídica é de direito público.

Sendo pessoa jurídica de direito público, em consequência, como bem afirma DI PIETRO, submete-se a regime jurídico de direito público, quanto à criação, extinção, poderes, prerrogativas, privilégios, sujeições. Além disso, diante de tal característica é possível afirmar que as autarquias são detentoras de serviços públicos, diferentemente das pessoas jurídicas de Direito Privado que, tão somente, prestam o serviço público, aqui, se tem a titularidade do serviço, não só a prestação (DI PIETRO, 2013)

Justamente por isso, para Meirelles, “autarquia só deve ser outorgado serviço público típico, e não atividades industriais ou econômicas, ainda que de interesse coletivo” (2012, p.441), sendo certo que ocorre a transferência de um serviço realizado pela administração central e o repassa para a administração indireta. Para os outros tipos de atividades não exclusivas da própria administração pública existem as empresas públicas, por exemplo.

Outrossim, os atos praticados pelas autarquias são revestidos de presunção de legitimidade, exigibilidade e autoexecutoriedade, configurando, pois, verdadeiros atos administrativos e, conseqüentemente, seus contratos são administrativos, imperando a obrigatoriedade de realização de procedimento licitatório ao contratar, nos moldes da lei 8.666/93. Tal é o mandamento imposto pela magna carta em seu artigo 37, XXI, *in verbis*:

[...]. XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços,

compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

O chamado controle finalístico de suas ações no conceito acima “é o poder que assiste à Administração Central de influir sobre elas⁷ com o propósito de conformá-las ao cumprimento dos objetivos públicos em vista dos quais foram criadas, harmonizando-as com a atuação administrativa global do Estado” (MELLO, 2010, p.162). Em especial, no âmbito federal, tal controle se faz por meio dos ministros aos quais as pastas da autarquia estejam sujeitas, eis, aqui, a importância dos ministros nomeados pelos presidentes da república.

A autarquia, para Arturo Lentin, não é outra coisa senão uma forma específica de capacidade de Direito Público, própria daqueles sujeitos auxiliares do Estado, que exercem função pública por um interesse próprio que seja igualmente público, e não daqueles que exercem funções públicas na qualidade de privados (entes paraestatais), com ou sem interesse próprio (LENTIN, 1939).

4.2 O Surgimento das Autarquias de Atuação Econômica

A criação das agências reguladoras decorreu da necessidade de adaptação do Estado aos modelos de governo que surgiram com o passar das épocas.

Em seu primeiro momento, o denominado Estado Liberal urge como resposta ao Estado Absolutista em que todo o poder estava concentrado nas mãos do monarca. Em objeção, buscou-se uma realidade em que se considerava com primazia as liberdades civis e econômicas dos indivíduos, limitando os poderes do Estado, surgindo os chamados direitos civis de primeira geração.

Todavia, ante a desigualdade social resultante da acumulação de capitais por meio da exploração do trabalho que se operava em parâmetros considerados sub-humanos, tal modelo não prosperou com o passar dos séculos. Além disso, a grande depressão vivida no século XX,

⁷ As autarquias.

ensejou forçosamente uma atuação estatal na economia e na materialização dos Direitos Sociais: Eis, então, o surgimento do Estado Social e os chamados direitos civis de segunda geração.

Frente a nova situação, a Administração Pública ampliou suas competências e deveres perante a sociedade, suportando os anseios coletivos como saúde, assistência e educação. No entanto, a sobrecarga das prestações sociais, complexidade das instituições políticas e crises administrativas, promoveu o sentimento de ineficiência, mau uso de recursos públicos e, sobretudo, corrupção na atividade estatal.

Neste momento, bem lembra Luís Roberto Barroso (2019), que a solução apresentada ao descontentamento popular com a atuação estatal tratava-se “da desregulamentação, da privatização e das organizações não-governamentais”, máxime se observada, nas palavras do referido ministro, o momento do Estado brasileiro que à época considerava-se “com bolsões endêmicos de corrupção e sem conseguir vencer a luta contra a pobreza. Um Estado da direita, do atraso social, da concentração de renda. Um Estado que tomava dinheiro emprestado no exterior para emprestar internamente. a juros baixos, para a burguesia industrial e financeira brasileira.

Não resta dúvida que, nesse cenário, a resposta foi a criação de meios para que o domínio econômico no Brasil tornasse, em regra, exercido pela iniciativa privada, devendo o Estado atuar tão somente nos casos de imperativo da segurança nacional e em relevante interesse coletivo, neste sentido é o artigo 173, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Além disso, existe a crescente desestatização dos serviços públicos que, apesar de não ser a regra, apresenta-se como meio de garantir a efetivação na prestação deles, distanciando-os do fantasma que ainda assola o Estado brasileiro, denominado corrupção.

Os institutos que viabilizam a prestação dos serviços públicos por meio da iniciativa privada se chamam concessão ou permissão, modalidades previstas na Constituição Federal, em seu artigo 175, *in verbis*: Art. 175, 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”.

O fato de que certos serviços públicos serão prestados por particulares, entretanto, não descaracterizam sua natureza de pública, restando ao Estado o ônus de garantir a sua adequada prestação: eis que o Estado se torna responsável por planejar, regular e fiscalizar as atividades prestadas pelas empresas privadas.

Interessante é que tal função reguladora não é novidade no direito pátrio, muito antes, nas décadas de 30 e 70, nasceram órgãos estatais responsáveis pela regulamentação de atividades, por exemplo, o CONTEL - Conselho Nacional de Telecomunicações - e o CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica -.

Neste diapasão, Di Pietro, ainda, aduz a obra de “Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em trabalho sobre o papel das agências reguladoras e fiscalizadoras, publicado na revista Fórum Administrativo, ano 1, nº3, p. 253-257, menciona:

no início do século passado, no período 1930-1945, o Comissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café (1923), o Instituto do Açúcar e do Alcool (1933), o Instituto Nacional do Mate (1938), o Instituto Nacional do Pinho (1941), o Instituto Nacional do Sal (1940), todos esses institutos como autarquias econômicas, com a finalidade de regular a produção e o comércio (DI PIETRO, 2013).

Significa dizer, portanto, que o poder de regulamentar esteve presente em nosso ordenamento tempos antes de se pensar na locução agência, tão enraizada nos meados dos anos 1990, com a reforma administrativa, em que a expressão se tornou voga: “provavelmente para dar sabor de novidade ao que é muito antigo, atribuindo-lhe, ademais, o suposto prestígio de ostentar uma terminologia norte-americana (“agência”) (MELLO, 2010, p.172).

Tais agências, como já demonstrado são autarquias em regime especial criadas por lei, com a finalidade de disciplinar e controlar determinadas atividades. São elas: a) Serviços públicos propriamente ditos; b) atividades que o Estado também protagoniza; c) atividades exercitáveis para promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo; d) atividades de fomento e fiscalização de atividade privada; e) agência reguladora de uso de bem público (MELLO, 2010).

Isto é, além de fazer funções típicas da administração pública, regulamentar as atividades de particulares e do próprio Estado. Neste sentido, as autarquias em regime especial nada mais são do que autarquias com as mesmas prerrogativas daquelas consideradas gerais. Ocorre que,

outrora, consideravam-se como autarquias em regime especial as universidades públicas, já que desfrutavam de independência administrativa, tendo em vista que lhes eram garantidas a liberdade de pensamento, sendo seus dirigentes, conseqüentemente, escolhidos pela comunidade universitária e com mandados de prazo certo.

A única característica diferenciadora das autarquias genéricas das agências reguladoras, reside no fato da nomeação pelo Presidente da República, com a aprovação do Senado, dos dirigentes da autarquia, com garantia, em prol destes, de mandato a prazo certo. Tal prazo, inclusive, não pode ultrapassar o mandato do Presidente da república, uma vez que, isto violaria prerrogativas constitucionais de seu sucessor (MELLO, 2010.).

Para o mesmo professor, Bandeira de Mello, se assim não o fosse:

Isto seria o mesmo que engessar a liberdade administrativa do futuro Governo. Ora, é da essência da República a temporariedade dos mandatos, para que o povo, se o desejar, possa eleger novos governantes com orientações políticas e administrativas diversas do Governo precedente. Fora possível a um dado governante outorgar mandatos a pessoas de sua confiança garantindo-os por um período que ultrapassasse a duração de seu próprio mandato, estaria estendendo sua influência para além da época que lhe correspondia (o primeiro mandato de alguns dirigentes da ANATEL é de sete anos) e obstando a que o novo Presidente imprimisse, com a escolha de novos dirigentes, a orientação política e administrativa que foi sufragada nas umas. Em última instância, seria uma fraude contra o próprio povo. (2010, p. 175)

Ele, aliás, dá como exemplo, o fato de que governo neoliberal do sr. Fernando Henrique Cardoso vinha criando uma autarquia especial atrás da outra e obviamente eram nomeadas para dirigi-las pessoas de confiança do grupo que ocupava o Poder. Com isto certamente pretendia manter o controle da máquina administrativa pública e dos rumos que lhe vinham sendo imprimidos, mesmo em caso de derrota nas eleições, como a final sucedeu.

No mesmo sentido, acrescenta o professor Meirelles:

O atendimento das finalidades dessas agências, dentre as quais sobreleva a de evitar o chamado "risco de captura" de sua gestão pelo setor regulado, pressupõe a escolha de dirigentes independentes, especializados e experientes, e não indicados exclusivamente por razões políticas ou por apadrinhamento ou para atender a objetivos partidários (MEIRELLES, 2012, p. 451).

As outras particularidades das agências como a "independência administrativa" ou

"autonomia administrativa", "autonomia financeira", "autonomia funcional" e "patrimonial e da gestão de recursos humanos" ou de quaisquer outros que lhe pertencam, "autonomia nas suas decisões técnicas", "ausência de subordinação hierárquica", "são elementos intrínsecos à natureza de toda e qualquer autarquia, nada acrescentando ao que lhes é inerente. Nisto, pois, não há peculiaridade alguma; o que pode ocorrer é um grau mais ou menos intenso destes caracteres" (MELLO, 2010, p.174).

Assim, o ponto de distinção das agências reguladoras das autarquias gerais são, única e exclusivamente, a nomeação de seus dirigentes, outrora, seus empregados eram considerados empregados públicos e, portanto, contratados pelo regime da CLT, como verberava o artigo 1º da Lei nº 9.986/2000, *in verbis*:

Art. 1º As Agências Reguladoras terão suas relações de trabalho regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e legislação trabalhista correlata, em regime de emprego público.

No entanto, com a advento da Lei nº 10.871/2004, previu-se a existência de cargos de carreiras, ocupados por integrantes de cargos públicos, aprovados em concurso público. Assim, perde-se, para as agências reguladoras, a peculiaridades de que seus todos funcionários seriam considerados empregados públicos regidos pela CLT, passando a existir aqueles funcionários estatutários.

Assim, o regime especial das autarquias é caracterizado, única e exclusivamente, pela nomeação pelo Presidente da República, com a aprovação do Senado, dos dirigentes da autarquia, com garantia, em prol destes, de mandato a prazo certo, como visto alhures, sendo certo que a "autarquia de regime especial é toda aquela a que a "lei instituidora conferir privilégios específicos e aumentar sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns" (MEIRELLES, 2012, p. 448).

4.3 Setores de Domínio do Estado

Ao passo das estruturais reformas do Estado, a Constituição Federal de 1988, exemplifica as atividades que, em primazia, devem ser reguladas pelo Estado ou por ele exercido, em seu artigo 21, XI e XII, *in verbis*:

Art. 21. 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;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

- a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;
- b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;
- c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;
- d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
- e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;
- f) os portos marítimos, fluviais e lacustres; [...].

Tais atividades, como prevê o próprio texto, podem ser exercidas diretamente pelo Estado ou delegadas a terceiros, sob uma perspectiva mais liberal sem, contudo, tirar o controle do Estado por meio dos regulamentos.

Assim, fala-se em uma opção política do governo, delegar ao invés de exercer diretamente a atividades, até porque, como a própria finalidade das agências é trazer segurança aos particulares, o estado mantém critérios por eles a serem seguidos por meio dos regulamentos.

“Grande passo desse momento foi a desconsideração das atividades de telecomunicações como sendo serviços públicos para serem econômicas em sentido estrito” (ALMEIDA, 2013, p.1560). O que, aliás, tornou acessível tal serviço a população, de modo geral.

A exploração pelos particulares nas mencionadas áreas do inciso acima se dá por meio autorização, concessão ou permissão, conforme inciso XI.

4.4 Delegação de Poderes Especiais para Agências Reguladoras

Como outrora já demonstrado, as agências reguladoras em vista da sua natureza de suas funções, exercem, muitas vezes, papéis que englobam outros poderes da administração, além daquele próprio de seu nome. Assim o faz quando fiscaliza, por exemplo.

Aragão explica que tais funções das agências reguladoras principalmente se justificam ao

se considerar que as relações econômicas e do mercado, que estruturalmente

não toleram a incerteza jurídica, trazidas pela legislação e a atuação do magistrado e, portanto, a presença de organismos independentes, unida à tendência à deslegalização, preenche o lapso de racionalidade: isto explica a atribuição a estes de poderes normativos setoriais e de poderes de resolução dos conflitos (ARAGÃO, 2013, p.336).

No mesmo sentido, ao justificar que o mercado requer menor influência do Estado, a técnica trazida pelas as agências neutras e autônomas em, em tese, gera segurança ao investidor, uma vez que não estará adstrito à discricionariedade e soberania do Estado.

Tais poderes, por influência da obra de Aragão, aqui, serão chamadas como atividades, subdividindo-se em: a) atividade normativa; b) atividade fiscalizadora; c) atividade sancionatória; d) atividade julgadora e a adoção de arbitragem (ARAGÃO, 2013).

A atividade normativa, essência do nome das agências temas desse trabalho fora abordada, principalmente em todo capítulo 3, a qual se remete o leitor em caso de eventuais dúvidas, mas, em síntese, trata-se da capacidade das agências gerarem normas de caráter geral e abstrato a fim de se dar fiel execução a vontade da lei e, neste caso, utilizando-se também do conhecimento técnico para tanto.

Todas as leis que instituem as agências, já que se tratam de autarquias em regime especial e, por isso, somente se criam por meio de lei, fixam competências fiscalizatórias sobre os agentes econômicos que se encontram no seu âmbito de atuação.

Tal atividade, todavia, não é exclusiva das agências reguladoras, estando também presentes em diversos setores da Administração Pública em geral, especialmente naqueles que lidam com a economia, o meio ambiente ou o urbanismo (ARAGÃO, 2013).

Em consequência da própria fiscalização, surge a próxima atividade, qual seja, a sancionatória. As agências, pois, aplicam as sanções decorrentes do descumprimento de preceitos legais, regulamentares ou contratuais pelos agentes econômicos regulados.

Destarte, algumas questões entre agências e agentes regulados podem causar litígios, que, em vez de serem resolvidos na esfera judicial, o serão por meio da administração e suas agências, por exemplo.

Apesar das críticas da atividade “jurisdicional” por parte da administração, ainda há importante diferença entre aquela exercida pelo judiciário e a que se refere nos casos das agências

regulados. Nos dizeres de Aragão, o grande diferencial é:

[...] a função julgadora das agências reguladoras não é, a exemplo do que se dá quando exercida pelo Poder Judiciário, voltada para o passado, tendo, ao revés, um marcante caráter prospectivo de realização das políticas públicas cuja implementação lhes incumbe (ARAGÃO, 2013, p.339).

Assim, as autarquias em regime especial devem tentar solucionar os conflitos amigavelmente e não podem preterir *ad infinitum* as suas decisões, evitando, desta forma, decidir a questão.

Eis que surge a possibilidade da atividade arbitral para dirimir os conflitos o que, todavia, deve prescindir de autorização legal, conforme ensina, o já várias vezes citado, professor Aragão:

[...] em face da indisponibilidade dos interesses tutelados pelas agências reguladoras, a adoção da arbitragem só será possível se houver autorização legal, requisito que, pelo menos no caso das agências reguladoras de serviços públicos, está expressamente atendido pelo art. 23-A da Lei 8.987/95, inserido pela Lei 11.196/2005 (2013, p.340).

Há, com a Lei 8.987/95, portanto, a possibilidade de adoção da atividade arbitral pelas agências reguladoras.

4.5 O Novo Paradigma: Função Regulamentar Técnica e Delegação Legislativa

A função regulamentar técnica decorre da impossibilidade de a lei se aplicar, sem uma norma que a dê efetividade, por se tratar de conteúdo que necessita de conhecimentos específicos em determinadas áreas.

Justamente por isso, há a possibilidade de, em alguns casos, o regulamento inovar na ordem jurídica, o chamado exercício do Poder Regulador, como bem explicado no item 3.5. Todavia, essa inovação não pode exasperar aquilo que é previsto na lei regulamentada, até porque à lei incumbe indicar as condições para a aquisição ou extinção de um direito.

A especificação que o regulamento técnico prevê tem que se conter no interior do conteúdo significativo das palavras legais enunciativas do teor do direito ou restrição e do teor das condições a serem preenchidas (MELLO, 2008). Afora de tal limitação, não haveria mais a garantia constitucional de que ninguém poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma

coisa senão em virtude de lei, uma vez que o mandamento constitucional veria sua validade sendo vinculada à regulamentos inferiores a legislação, inclusive.

É por isso, ainda, que o legislador infraconstitucional não pode usar da denominada delegação legislativa disfarçada. Apesar da legitimidade que a lei atribui às agências reguladoras para normatizar, - chamada delegação legislativa não pode o executivo exasperar os limites daquela lei, sob pena de inconstitucionalidade.

Assim, ciente de que o poder regulamentar se trata de uma delegação legislativa ao executivo para que editem atos gerais e abstratos, a fim de se viabilizar a fiel execução da lei, não poderia aquele primeiro Poder (Legislativo), delegar a função de regulamentar, por si só, qualquer direito ou liberdade, apenas por previsão legal, sob pena de violar o mandamento constitucional.

Bandeira de Mello, aduz que se perderia o caráter de garantia constitucional, pois “o administrado seria obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa ora em virtude de regulamento, ora de lei, ao líbito do Legislativo, isto é, conforme o legislador ordinário entendesse de decidir” (2008, p.352).

Tudo se funda, aliás, no mandamento constitucional de que as funções precípua de cada um dos poderes são indelegáveis, resultante implicitamente do artigo 2º da Constituição Federal, *in verbis*: Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Se diferente fosse, e “pudessem delegar uns aos outros as que lhes são próprias, a tripartição proclamada pela Lei Maior não estaria nela ou por ela assegurada (MELLO, 2008, p. 353)”. Justamente por isso que, em outras hipóteses, a própria *magna carta* prevê a possibilidade de o executivo legislar, seja por Medida Provisória ou Lei Delegada, todavia, o faz respeitando um procedimento, que seria totalmente desnecessário, caso fosse legítimo a delegação legislativa disfarçada do poder regulamentar, por meio do Legislador.

Nos dizeres de Bandeira de Mello:

Considera-se que há delegação disfarçada e inconstitucional, efetuada fora do procedimento regular, toda vez que a lei remete ao Executivo a criação das regras que configuram o direito ou que geram a obrigação, o dever ou a restrição à liberdade (2008, p. 354).

Ora, se há tamanha vedação, por qual motivo se fala em Poder Regulador? Simplesmente porque tal poder não inova inicialmente na ordem jurídica, o regulamento técnico não introduz algo cuja preexistência não se pode conclusivamente deduzir da lei regulamentada, apenas o dá fiel execução de acordo com os conhecimentos que o legislador não detém.

Em síntese, a função regulamentar técnica é legítima e necessária, desde que por si só não crie as condições ou requisitos necessários ao nascimento do direito material ou ao nascimento da obrigação ou restrição de um direito, tal é o novo paradigma da função regulamentar: saber se exasperou os limites oponíveis pela lei.

4.6 Os Exemplos de Agências Reguladoras e Suas Áreas de Atuação

Embora existam entidades similares às agências reguladoras, como o Conselho Monetário Nacional – CMN, Banco Central do Brasil – BACEN e Comissão Nacional de Valores Mobiliários – CVM e Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, este capítulo apenas se restringe a exemplificar as agências propriamente ditas existentes, no ordenamento pátrio e suas funções.

São elas: ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações -, ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica -, ANP - Agência Nacional do Petróleo -, ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária -, ANS - Agência Nacional de Saúde -, ANA – Agência Nacional de Águas -, ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres -, ANTAQ - Agência Nacional de Transportes Aquaviários -, ANCINE – Agência Nacional do Cinema -, ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil -, conforme abaixo se demonstrará.

5.6.1. Agências de Atuação na Área Econômica

5.6.1.1. ANP - Agência Nacional do Petróleo

As competências no setor são compartilhadas pela agência, pelo Presidente da República e pelo Conselho Nacional de Política Energética. A todos eles competem a fixação das políticas públicas gerais do setor, e à ANP a expedição das normas e atos concretos para a sua implementação, ressalvados alguns casos em que a lei confere diretamente ao Presidente da República algumas competências específicas, como, por exemplo, para a definição dos critérios

para o cálculo do valor dos royalties.

5.6.2. Agências que Atuam na Regulação de Serviços Públicos

5.6.2.1. Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC

Tem como competência regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária. A ANAC, no desempenho de suas funções, deve observar as orientações, diretrizes e políticas editadas pelo governo federal.

A finalidade da ANAC é, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, atender ao interesse público e desenvolver e fomentar a aviação civil e as infraestruturas aeronáutica e aeroportuária no Brasil. Em especial, cabe à ANAC, entre diversas outras atividades, regular e fiscalizar a outorga de serviços aéreos, conceder, permitir ou autorizar a exploração de serviços aéreos e regular e fiscalizar a infraestrutura aeroportuária, bem como expedir normas sobre uma série de temas afetos ao mercado de aviação civil.

5.6.2.2. Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL

Implementar a política nacional de telecomunicações, exercer as funções de Poder Concedente no setor (ex.: celebrando os contratos de concessão), expedir normas quanto à outorga de serviços no regime público e à prestação dos serviços no regime privado, normatizar os padrões dos equipamentos utilizados pelas prestadoras de serviços de telecomunicações e expedir normas que assegurem a interconexão entre as redes, como instrumento de garantir a concorrência no setor.

5.6.2.3. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL

O exercício de algumas das funções inerentes ao Poder Concedente dos serviços públicos de energia elétrica e do uso de potenciais de energia elétrica e, mediante delegação expressa do Ministério de Minas e Energia, sempre de acordo com as diretrizes deste, outorgar concessões e permissões de serviços de energia elétrica, autorizado o ONS – Operador Nacional do Sistema Elétrico Interligado, pessoa jurídica de direito privado de cunho associativo, integrada por concessionários, permissionários, autorizatários e consumidores livres, a coordenar e controlar as operações de geração e transmissão de energia elétrica nos sistemas interligados.

5.6.2.4. Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT

A ANTT atua no transporte ferroviário de passageiros e cargas ao longo do Sistema Nacional de Viação; a exploração da infraestrutura ferroviária e o arrendamento dos ativos

operacionais correspondentes; o transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; o transporte rodoviário de cargas; a exploração da infraestrutura rodoviária federal; o transporte multimodal; e o transporte de cargas especiais e perigosas em rodovias e ferrovias.

Cabe à esta agência, entre outras atribuições, editar atos de outorga e de extinção de direito de exploração de infraestrutura e de prestação de serviços de transporte terrestre; elaborar e editar normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais; proceder à revisão e ao reajuste de tarifas dos serviços prestados; fiscalizar a prestação dos serviços e a manutenção dos bens arrendados, cumprindo e fazendo cumprir as cláusulas e condições avençadas nas outorgas e aplicando penalidades pelo seu descumprimento; estabelecer padrões e normas técnicas complementares relativos às operações de transporte terrestre de cargas especiais e perigosas; publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão para prestação de serviços de transporte ferroviário e rodoviário interestadual e internacional; autorizar o transporte de passageiros, realizado por empresas de turismo, com a finalidade de turismo; autorizar o transporte de passageiros, sob regime de fretamento; habilitar o transportador internacional de carga; representar o Brasil junto aos organismos internacionais e em convenções, acordos e tratados na sua área de competência; nas rodovias federais por ela administradas, exercer diretamente ou mediante convênio a fiscalização, autuação e aplicação das penalidades e medidas administrativas cabíveis, relativas a infrações por excesso de peso, dimensões e lotação dos veículos, bem como a notificação e arrecadação das multas que aplicar.

5.6.2.5. Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ

O objeto da regulação por ela empreendida a navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, de apoio portuário, de cabotagem e de longo curso; os portos organizados e as instalações portuárias neles localizadas; os terminais portuários privativos e as estações de Transbordo de Cargas; o transporte aquaviário de cargas especiais e perigosas; as instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado, compreendendo as seguintes modalidades: terminal de uso privado, estação de transbordo de carga, instalação portuária pública de pequeno porte e instalação portuária de turismo; e a exploração da infraestrutura aquaviária federal.

Nesse âmbito, incumbirá à ANTAQ, inclusive, elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária; propor ao Ministério dos Transportes o plano geral de outorgas de exploração da infraestrutura aquaviária e de prestação de serviços de transporte aquaviário; celebrar atos de

outorga de permissão ou autorização de prestação de serviços de transporte pelas empresas de navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, de apoio portuário, de cabotagem e de longo curso; controlar, acompanhar e proceder à revisão e ao reajuste de tarifas; estabelecer normas e padrões a serem observados pelas administrações portuárias, concessionários, arrendatários, autorizatários e operadores portuários; elaborar editais e instrumentos de convocação e promover os procedimentos de licitação e seleção para concessão, arrendamento ou autorização da exploração de portos organizados ou instalações portuárias, de acordo com as diretrizes do poder concedente; autorizar projetos e investimentos no âmbito das outorgas estabelecidas; estabelecer padrões e normas técnicas relativos às operações de transporte aquaviário de cargas especiais e perigosas; fiscalizar o funcionamento e a prestação de serviços das empresas de navegação de longo curso, de cabotagem, de apoio marítimo, de apoio portuário, fluvial e lacustre; celebrar atos de outorga de concessão para a exploração da infraestrutura aquaviária, gerindo e fiscalizando os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos; e fiscalizar a execução dos contratos de concessão de porto organizado e de arrendamento de instalação portuária.

5.6.3. Agências que Regulam Setores Para Fins de Fomento

5.6.3.1. Agência Nacional do Cinema – ANCINE

Trata-se autarquia especial de fomento, regulação e fiscalização da indústria cinematográfica e videofonográfica, dotada de autonomia administrativa e financeira, criada por meio de Medida Provisória.

As atribuições a ANCINE devem ser exercidas de acordo com a Política traçada pelo Conselho Superior do Cinema, podemos destacar as de estabelecer as normas de adaptação de obras cinematográficas ou videofonográficas publicitárias estrangeiras para que sejam divulgadas no país; promover a integração de atividades governamentais relacionadas à indústria cinematográfica e videofonográfica; aumentar a competitividade da indústria cinematográfica e videofonográfica nacional por meio do fomento à produção, à distribuição e à exibição nos diversos segmentos de mercado; estimular a diversificação da produção cinematográfica e videofonográfica nacional e o fortalecimento da produção independente e das produções regionais; garantir a participação diversificada de obras cinematográficas e videofonográficas estrangeiras no mercado brasileiro; garantir a participação das obras cinematográficas e videofonográficas de produção nacional em todos os segmentos do mercado interno e estimulá-la no mercado externo; executar a política nacional de fomento ao cinema; fiscalizar o cumprimento

da legislação referente à atividade cinematográfica e videofonográfica nacional e estrangeira nos diversos segmentos de mercados, na forma do regulamento; promover o combate à pirataria de obras audiovisuais; aplicar multas e sanções, na forma da lei; regular, na forma da lei, as atividades de fomento e proteção à indústria cinematográfica e videofonográfica nacional, resguardando a livre manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação; e estabelecer critérios para a aplicação de recursos de fomento e financiamento à indústria cinematográfica e videofonográfica nacional.

5.6.4. Agências que Regulam o Setor de Utilização de Bem Público

5.6.4.1. Agência Nacional de Águas – ANA

A supervisão da implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos por todos os elementos do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, estabelecendo, inclusive, as normas de controle e avaliação dos seus instrumentos (art. 4o, I, Lei no 9.984/00) e as condições de operação de reservatórios por agentes públicos e privados, visando a garantir o uso múltiplo dos recursos. Também compete à ANA outorgar, por intermédio de autorização, o direito de uso de recursos hídricos em corpos de água de domínio da União.

5.6.5. Agências que Regulam a Área da Saúde

5.6.5.1. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA

A atribuição para estabelecer a política pública geral do setor é do Ministério da Saúde, por proposta da ANVISA, cabendo ainda à agência, contudo, amplas competências, inclusive normativas, em largos setores econômicos privados que geram potencial de risco à saúde pública, como os medicamentos, tabaco, alimentos, bebidas, equipamentos de exames médicos, etc. Nesta seara também lhe é atribuída uma série de competências de poder de polícia, autorizativa e repressiva.

5 CONCLUSÃO

O Estado moderno passou, nos últimos séculos, por profundas mudanças que superaram ideias tradicionais, introduziram conceitos novos e suscitaram celeumas ainda não resolvidos. Nesse contexto, tem-se, ainda, as necessidades mercadológicas, ensejando a adaptação do Estado às ideologias políticas, como socialismo e liberalismo.

Assim, de certo modo, é possível dizer que no Estado pós moderno há a tentativa de equacionar a intervenção estatal na econômica, *welfare-state*, ou melhor, socialismo, e a liberdade econômica, liberalismo.

Ante aquilo que foi exposto durante o trabalho, percebe-se que o Estado brasileiro, após suas reformas, possui influência neoliberal, no sentido de afastar o ente público do mercado, mas, insistindo, em nele interferir, mesmo que indiretamente.

Isso se dá, principalmente, por meio do Poder regulamentar, exercido pelo Poder Executivo em sua função administrativa. Ocorre que, tal poder, tem um meio de ser exercido, neste caso, em especial, o é pelas autarquias em regime especial, ou seja, as denominadas agências reguladoras. Busca-se frisar o seu regime especial, tendo em vista ser ele o garantidor de mínima interferência do Estado na atividade técnica de regulamentar. Ou seja, o Estado, apesar de regulamentar a atividade particular, o faz por meio de uma análise técnica e não política.

Nesse sentido, os papéis de tais agências consistem no: a) controle de tarifas, de modo a assegurar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; b) universalização do serviço, estendendo-os a parcelas da população que deles não se beneficiavam por força da escassez de recursos; c) fomento da competitividade, nas áreas nas quais não haja monopólio natural; d) fiscalização do cumprimento do contrato de concessão; e) arbitramento dos conflitos entre as diversas partes envolvidas: consumidores do serviço, poder concedente, concessionários, a comunidade como um todo, os investidores potenciais etc.

Para assegurar o equilíbrio entre o interesse público primário e as tendências econômicas, os poderes constituídos, em especial, nas agências reguladoras, possuem relação harmônica, assim: o Legislativo conserva o poder de criar e extinguir agências, bem como de instituir as competências que desempenharão; o Executivo, por sua vez, exerce o poder de nomeação dos dirigentes, bem como o de traçar as políticas públicas para o setor específico; o Judiciário exerce controle sobre a razoabilidade e sobre a observância do devido processo legal, relativamente às decisões das agências.

Fato que demonstra que antigos conceitos como a da separação de poderes, por exemplo, devem ser observados sob novas perspectivas, não mais estáticas, a ponto de se entender que o termo separação de poderes, materialmente, significa dizer que o Poder é uno, todavia, subsiste a sua separação de funções entre os chamados poderes constituídos, podendo um deles exercer, de modo mais singelo, o que essencialmente outro seria competente.

Sob àquela perspectiva de que o poder legislativo cria e extingue às agências, compreende-se que o exercício do Poder Regulamentar é uma delegação legislativa e que, portanto, a Lei deve estar submissa. Dessa maneira, não poderia o Poder Legislativo criar norma genérica, não delimitando a sua competência, a fim de que dê ao Executivo um verdadeiro poder de Legislar, não dar fiel execução aos anseios da lei, sob pena de incorrer na “delegação legislativa disfarçada, sucedendo, pois, na violação da essencial separação de poderes.

Para se analisar se a inovação constante no regulamento é proibida ou não, há que analisar se aquele específico direito ou dever já estavam estatuídos e identificados na lei regulamentada, sendo negativa a resposta, por óbvio, há invasão da esfera legislativa.

O que se propõe é enfatizar a importância da separação de poderes e da manutenção da harmonia entre os poderes por meio do modelo de freios e contrapesos que, de fato, se completam. Assim, quando o Executivo acaba por legislar, cabe o Legislativo sustar seus atos ou quando, por sua vez, o Legislativo transfere sua competência primária ao Executivo, cabe ao Judiciário declarar a inconstitucionalidade da Lei.

A discussão, ainda, é importante tendo em vista que a rigidez do princípio da legalidade, faz com que diminua a atuação discricionária e inovadora do poder executivo, ou seja, não há como inovar de acordo com os anseios econômicos e sociais, se tal inovação se vincula à atividade do legislador que, por certo, possui um rigoroso processo, de longas discussões, que ensejam na morosidade do avanço administrativo.

Assim, reconhecer a importância dos sistemas de freios e contrapesos e as inovações do Direito Administrativo é de fundamental importância para se adequar os novos anseios da sociedade e do mercado a estrutura constitucional de 1988, devendo centrar a discussão acerca dos limites a que se impõe a restrição da delegação legislativa disfarçada ao ponto de que seu uso não viole a legalidade e nem impeça a inovação necessária para a eficiência da Administração Pública. Em relação as agências reguladoras, no Brasil, caba destacar que, ao total, existem 11 agências reguladoras federais, que expressam como poucas instituições as diversas mudanças

que vêm caracterizando o Direito Público Econômico contemporâneo, entre elas, e, em especial para o presente trabalho, a pluralidade de interesses públicos e privados que têm sob a sua tutela.

6 REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. “Agências Reguladoras. Constituição e transformações do Estado e Legitimidade Democrática”. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 229, p. 285-312, jul. 2002. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46445>>. Acesso em: 23 Ago. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v229.2002.46445>.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**, 23^a ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2018.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.

LENTINI, Arturo, **instituições do direito administrativo**, Milão, Editora Einaudi, 1939.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIRANDA, Pontes de. **Curso de Direito Administrativo**. 14.ed. São Paulo: RT, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7^a ed. São Paulo. Saraiva: 2000.

MORAES, Alexandre de. (org.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogode Figueiredo. **Apontamentos sobre a Reforma Administrativa**. Rio de Janeiro: Ed.Renovar, 1999.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. In: **Revista do Serviço Público**, v. 47, n. 1, 1996.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. In: **Lua Nova**, São Paulo, n. 45, p. 49-95, 1998. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-

64451998000300004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 18 Dez. 2019.
<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451998000300004>.

SILVA, José Afonso, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. Trad. Luiz João Baraúna, São Paulo: Abril Cultural, 1ª ed., 1983.