

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

O poder normativo das agências reguladoras no direito norte-americano e no direito brasileiro: um estudo comparado.

Cristina Barcelos

Porto Alegre, 2008.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

O poder normativo das agências reguladoras no direito norte-americano e no direito brasileiro: um estudo comparado.

Cristina Barcelos

Dissertação apresentada no Curso de Pós-graduação em Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, sob orientação do Prof. Doutor Almiro do Couto e Silva.

Porto Alegre, 2008.

DEDICATÓRIA

À minha família, por todo o amor, e ao Sérgio, companheiro em todos os momentos, dedico essa conquista como gratidão.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Almiro do Couto e Silva, pela segura orientação na realização deste trabalho;

À Denise, exemplo de funcionária da Pós-Graduação em Direito na UFRGS;

Ao Desembargador Luiz Felipe Silveira Difini, pelo estímulo à vida acadêmica;

À família Sudbrack, por todo o apoio;

À Ana Catarina, à Kátia e à Melissa, pela compreensão e amizade.

RESUMO

Este trabalho apresenta, a partir de uma análise comparativa, o poder normativo das agências reguladoras no direito norte-americano e o poder normativo das agências reguladoras no direito brasileiro. Inicialmente, aborda os dois grandes sistemas jurídicos ocidentais: *common law* e romano-germânico. Após, analisa a origem, a definição e as principais características das agências reguladoras norte-americanas e das agências reguladoras brasileiras. Segue examinando no que consiste o poder normativo das agências reguladoras norte-americanas e o poder normativo das agências reguladoras brasileiras, em face das respectivas ordens jurídicas. Propõe, assim, identificar entre os dois modelos pontos comuns e divergentes, de modo a contribuir para a compreensão dos conceitos e institutos introduzidos nos últimos anos no plano político e jurídico do Estado brasileiro.

Palavras- chave:

poder normativo – agências reguladoras – direito norte-americano –direito brasileiro

ABSTRACT

This research presents, from a comparative analysis, the rulemaking power of the regulatory agencies in the North American law and the rulemaking power of the regulatory agencies in the Brazilian law. Initially, it deals with the two great occidental law systems: common law and German Romanic. Thereafter, it analyzes the origin, the definition and the main characteristics of the North American regulatory agencies and of the Brazilian regulatory agencies. It follows examining what the rulemaking power of the North American regulatory agencies and the rulemaking power of the Brazilian regulatory agencies consist of, regarding the respective law. Then, it proposes to identify common and divergent matters between the two analyzed models, so as to contribute to the comprehension of the concepts and institutions introduced in the past few years in the political and law order of the Brazilian State.

Key words:

Rulemaking power – regulatory agencies – North American Law – Brazilian Law

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....08

I AS AGÊNCIAS DOTADAS DE PODER NORMATIVO NO DIREITO NORTE-AMERICANO E NO DIREITO BRASILEIRO

1.1 Os sistemas jurídicos do *common law* e romano-germânicop. 14

1.2 As agências reguladoras no direito norte-americano..... p. 28

1.3 As agências reguladoras no direito brasileiro.....p. 45

II O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NORTE-AMERICANAS E BRASILEIRAS

2.1 Breves considerações sobre a noção de poder do Estadop. 64

2.2 O *rulemaking power* no direito norte-americanop. 67

2.3 O poder normativo das agências reguladoras brasileirasp. 74

CONCLUSÃOp. 96

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAp. 100

JURISPRUDÊNCIA CONSULTADAp. 116

INTRODUÇÃO

Com a Reforma do Estado operada na última década do século XX, foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro, precisamente no âmbito da Administração Pública indireta, as agências reguladoras. Estas entidades foram criadas dentro do Programa Nacional de Desestatização (Lei n. 9.491, de 9 de setembro de 1997), em que o Estado brasileiro passou a tender para um modelo de administração pública gerencial, com a ampliação de seu papel na regulação e fiscalização de certas atividades econômicas, seguindo tendência mundial de flexibilização e abertura ao mercado.

As agências reguladoras, como o próprio nome sugere, visam regular, controlar e fiscalizar os assuntos atinentes às áreas de atuação que lhes são próprias, como os serviços públicos delegados, atividades e bens transferidos ao setor privado. Para a consecução de seus fins, são dotadas de poder normativo, com o que podem editar normas gerais e abstratas, infralegais, voltadas à atuação de pessoas e instituições, objetivando realizar os programas traçados pelas respectivas leis instituidoras.

A competência normativa de tais entes, inclusive, é utilizada pela doutrina para classificar um ente regulador, conforme explica Conrado Hübner Mendes (MENDES, 2002, p. 129):

Possuindo poder normativo, então, consideraremos o ente uma agência reguladora. Esta será, portanto, não o ente que simplesmente exerça regulação em qualquer das formas, mas, acima de tudo, o que possua competência para produzir normas gerais e abstratas que interferem diretamente na esfera de direito dos particulares.

Nesse contexto, pois, cujos contornos estão ainda abertos à discussão pela doutrina e jurisprudência, em face da relativa novidade do tema para o direito administrativo, é que se

propõe uma análise do poder normativo das agências reguladoras, a fim de compreender e determinar os conceitos e institutos pertinentes, que foram introduzidos nos idos da década de 90 e têm sido trabalhados nos planos político e jurídico do Estado Brasileiro, desde então. Isso porque, se, de um lado, impõe-se a reestruturação da organização administrativa do Estado, com a criação de um subsistema capaz de assimilar as mudanças determinadas pelas inovações tecnológicas e pela evolução do mercado, sem a edição de novas leis – o que, em tese, implicaria maior rapidez e agilidade à atuação administrativa –; de outro, não se pode olvidar que a Administração Pública tem sua atuação, inclusive normativa, pautada por princípios, dentre os quais tem destaque – e interessa ao presente trabalho – o princípio da legalidade.

O princípio da legalidade, enquanto base do Estado Democrático de Direito, é contemplado expressamente pela Constituição Federal de 1988, no seu art. 37, quando do Capítulo relativo à Administração Pública, nos seguintes termos:

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 da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).

Segue-se desse princípio, diferentemente do enfoque que assume no direito privado¹, que a “Administração só pode fazer aquilo que a lei autoriza ou determina” (MARINELA, 2007, p. 35), em virtude do interesse da coletividade que representa. É dizer, “o administrador se vincula à lei na prática de seus atos, porque a totalidade das ações administrativas deve estar submetida a uma norma legal prévia” (GUERRA, 2006, p. 93).

¹ De acordo com o art. 5º, II, da Constituição Federal, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Assim sendo, a legalidade no direito privado apresenta um enfoque diverso, segundo o qual ao particular é possível fazer tudo aquilo que a lei não proíba.

Um estudo, no entanto, a nosso ver, não seria completo (ao menos, para entender a dinâmica de sua estrutura e o porquê de sua recepção)², se não houvesse referência ao direito norte-americano, o qual influenciou o fenômeno da agencificação no Brasil (COUTO E SILVA, 2002; GIACOMUZZI, 2003), assim como em outros países, que têm optado pela descentralização das atividades administrativas e pelo predomínio da atividade regulatória do Estado, ao invés de sua intervenção direta, em determinados setores da economia.

Este trabalho tem, pois, como objetivo geral, empreender um estudo sobre o poder normativo das agências reguladoras, a fim de precisar os seus limites no direito pátrio, a partir de uma análise comparativa com o poder normativo das agências regulatórias nos Estados Unidos. É, com efeito, conhecendo o ramo do direito norte-americano que cuida do poder das *regulatory agencies*, seus limites e suas formas de controle, que busco subsídios para compreender a própria ordem jurídica positiva, em especial a parte relativa às agências reguladoras.

A questão proposta se revela, nos dias atuais, de incontestável importância, tendo em vista o crescente desenvolvimento da atividade normativa da Administração Pública – direta e indireta –, sobretudo, a partir da Reforma do Estado operada nas últimas décadas do século passado. Nesse cenário, destaca-se a criação, no direito brasileiro, das agências reguladoras, voltadas à organização e disciplina de setores básicos da economia, cujos poderes atribuídos por lei, em especial o de regulação, ainda suscitam controvérsias, dada a necessidade de sua conformação com os princípios da ordem constitucional pátria.

² Para Rodolfo Sacco, a imitação de modelos estrangeiros, ainda quando absorvidas soluções pontuais, é favorecida pelo conhecimento dos dados jurídicos de outros países. De fato, continua o autor, “a inserção de soluções parciais no sistema jurídico do operador pressupõe uma adaptação do dado inserido e do conjunto de dados em que este virá incluído, resultando daí as vantagens do conhecimento sofisticado de um e de outro” (SACCO, 2001, p. 43).

O método de investigação escolhido para o presente trabalho é o método comparativo³, com o qual se procurará confrontar duas realidades, dois modelos jurídicos, com o objetivo de demonstrar em que medida são eles idênticos, e em que medida são diferentes⁴ (SACCO, 2001, p. 34); ou seja, realizar um estudo paralelo dos institutos jurídicos, com o intuito de esclarecê-los a partir desse confronto⁵ (RIVERO, 2004, p. 34).

Significa dizer, em outras palavras, que neste trabalho proceder-se-á ao cotejo de dois ordenamentos para analisar o tratamento jurídico conferido a entes que, em primeira análise, quiçá pela denominação empregada, se assemelham quanto ao papel desempenhado, buscando identificar eventuais pontos que lhes são comuns e apontar aqueles outros que entre si diferem⁶.

³ Método no sentido de “processo organizado, lógico ou sistemático de pesquisa” (HOUAISS); ou, ainda, enquanto “conjunto de diligências e de processos, desencadeados de forma racional, destinados a conduzir o jurista a constatar e a perceber, mediante um processo ordenado, metódico e progressivo de confrontação e comparação entre sistemas jurídicos, as semelhanças e as diferenças, neles existentes, assim como suas causas” (FRADERA, Véra Jacob de. Apresentação na obra de SACCO, 2001). Optamos pela referência ao método comparativo sem olvidar, no entanto, a discussão existente na doutrina a respeito da natureza da comparação, ou seja, acerca do fato de ser ela método (GUTTERRIDGE, H.C.; RIVERO; Jean; e CRETTELA JÚNIOR, José; AMORIN, Edgar Carlos de) ou verdadeira ciência, ramo autônomo do conhecimento do direito (SACCO, Rodolfo; PAZ, Martinez; DANTAS, Ivo; CONSTANTINESCO, Leotin-Jean; PEREIRA, Caio Mário da Silva). Não é propósito desse trabalho, contudo, aprofundar os fundamentos adotados por cada uma das posições. Válido, sublinhar, no entanto, os dizeres de Rodolfo Sacco no sentido de que “cada disciplina é em parte ciência, em parte método” (SACCO, 2001, p. 33).

⁴ A propósito do tema, afirma Rodolfo Sacco que “os vários sistemas são comparáveis, não porque sejam mais ou menos afins ou análogos, mas porque a comparação não teme as diferenças, por maiores que sejam” (SACCO, 2001, p. 45).

⁵ É, com efeito, contrastando pontos de diferentes ordenamentos que se realiza o direito comparado, seja ele considerado um método de estudo de direito, seja ele pensado como ciência.

⁶ De acordo com Pierre Legrand, “la scienza della comparazione giuridica non è semplicemente l’osservazione di più modelli giuridici, ma è la misurazione delle differenze tra i diversi modello giuridici” (LEGRAND, p. 597-612).

Sobre as vantagens desse método de estudo do direito⁷, cujo grande impulso foi dado no Congresso Internacional de Paris em 1900⁸, já acentuou Jean Rivero que é o direito comparado o “*instrumento de conhecimento dos direitos estrangeiros, elemento de compreensão do direito nacional*”⁹ (RIVERO, 2004, p. 36); também, de acordo com Marc Ancel, revela ele “a relatividade do direito nacional existente”, conduzindo à superação da “simples formulação da norma escrita, como a única consideração da lei territorial ou da técnica jurídica específica” (ANCEL, 1980, p. 141).

Ainda, ao comentar as finalidades específicas do direito comparado, diz Ivo Dantas que, a par da maior satisfação, de cunho subjetivo, cultural, alcançada com o estudo, ter-se-iam aquelas relacionadas com a Técnica e Política Jurídica ou Política Legislativa,

oferecendo os elementos necessários à análise, por parte dos operadores do Direito, para melhor compreensão de institutos jurídicos – principalmente aqueles que foram recepcionados pelo sistema nacional – existentes em outros ordenamentos, sobretudo porque, queiram ou não, assistimos, nos dias atuais, a uma tendência de *universalização dos conceitos* no campo da Ciência Jurídica. (DANTAS, 1997, p. 244)

Para tanto, abordar-se-ão, na primeira parte deste trabalho, os dois grandes sistemas jurídicos ocidentais, o *common law* e o romano-germânico, a fim de compreender alguns de

⁷ A respeito do tema, Mauro Cappelletti admite ainda dois tipos de comparação: uma macrocomparação e uma microcomparação. Afirma o autor: El derecho comparado es, en realidad, un método (*Rechtsvergleichung* [comparación jurídica] y no *vergleichen des Recht*. [derecho que compara], según la terminología alemana, más apropiada); es, en suma, una manera de analizar el derecho de dos o más sistemas jurídicos diversos: así, existe aquella que podemos llamar ‘micro-comparación’, cuando la comparación se efectúa en el ámbito de ordenamientos que pertenecen a la misma ‘familia jurídica’ (por ejemplo, entre Francia e Italia), o bien, ‘macro-comparación’, si el análisis comparativo se conduce a caballo entre dos o más familias jurídicas, por ejemplo, entre un ordenamiento del Civil Law, como el de Italia, y uno del Common Law, como el de Inglaterra” (CAPPELLETTI apud DANTAS, 1997, p. 232). Conforme Rodolfo Sacco, ainda, o “uso destas categorias e destes termos foi proposto durante um seminário realizado em 1953, por R. DAVID, junto ao Instituto Um. di. Studi Europei di Torino. R. DAVID acolhe a sugestão e dela faz uso na 2ª ed. dos seus *Grans systèms*, 1966 (...). Nas edições ulteriores, a sua obra não referiu estas considerações, mas o termo já havia então entrado em uso” (2001, p. 47, nota 43).

⁸ Explica Marc Ancel que “o direito comparado somente se fez reconhecer como tal, e com a sua denominação própria, no final do século XIX; mas é o Congresso de 1900 que pode ser considerado como ‘o ato de nascimento do direito comparado moderno’, segundo a expressão de H.C. Gutteridge” (1980, p. 29).

⁹ No mesmo sentido, Pierre Legrand: “Dal processo di identificazione dell’oggetto della comparazione deriva uno dei modi più straordinari in cui la comparazione giuridica può, attraverso l’acquisizione di dati, condurre ad una più chiara comprensione del proprio sistema giuridico” (LEGRAND, p. 604).

seus elementos característicos e, com isso, auxiliar na tarefa comparativa. Em seguida, serão analisadas as agências reguladoras no direito norte-americano, sua origem, importância e principais notas definidoras no plano federal; não serão, portanto, analisadas outras espécies de agências administrativas, tampouco as agências reguladoras no plano estadual. Após, proceder-se-á ao exame das agências reguladoras no direito brasileiro, também em nível federal, criadas no contexto da Reforma do Estado, na última década do século XX, para, em sendo verificadas suas características, identificar pontos comuns e divergentes das agências reguladoras norte-americanas. Não serão estudadas as agências reguladoras em espécie, tampouco as agências de fomento e executivas ou outros órgãos dotados de poder normativo, havendo, quando oportunas, referências pontuais a respeito, ao longo do trabalho.

Na segunda parte, far-se-ão breves considerações acerca da noção de poder do Estado, para introduzir o tema relativo ao poder normativo. Logo após, examinar-se-á o poder normativo, ou *rulemaking power*, das agências reguladoras norte-americanas, procurando entender o seu fundamento, sua extensão e sua compatibilidade com o modelo adotado pela Constituição de 1787. Ao final, procurar-se-á compreender o poder normativo das agências reguladoras no direito brasileiro, suas características e limites, à luz dos princípios informadores da ordem constitucional, em especial daqueles referentes à Administração Pública, para identificar, na medida do possível, as semelhanças e diferenças desse poder normativo quando cotejado àquele atribuído às agências reguladoras norte-americanas.

I AS AGÊNCIAS DOTADAS DE PODER NORMATIVO NO DIREITO NORTE-AMERICANO E NO DIREITO BRASILEIRO

1.2 Os sistemas jurídicos do *common law* e romano-germânico

O objetivo principal e primeiro da comparação é, segundo Rodolfo Sacco (2001, p. 36), o conhecimento dos modelos jurídicos em confronto, pois “só é possível a comparação de modelos conhecidos”. Diz o autor italiano:

O modo, o procedimento pelo qual se cria a proposição jurídica, pelo qual é transmitida e difundida, o recrutamento das pessoas que poderão influir na criação da proposição, a presença de órgãos e fatos de qualquer gênero, que possam influir na criação da proposição, tudo isto é de suma importância para o comparatista, como deve ser importante para o jurista nacional. (2001, p. 42)

No mesmo sentido, afirma Marc Ancel que “a compreensão global do sistema, em seus dados históricos e nas suas condições sócio-econômicas de aplicação, torna-se, destarte, a condição primeira para uma utilização verdadeiramente científica do método comparativo” (1980, p. 69).

A propósito do tema também apontara René David a existência de elementos variáveis e elementos constantes do direito, cuja combinação variada dá ensejo a uma multiplicidade de direitos (o direito inglês, o direito dos Estados Unidos, o direito francês, etc.):

Cada direito constitui de fato um sistema. Emprega um certo vocabulário, correspondente a certos conceitos; agrupa as regras em certas categorias; comporta o uso de certas técnicas para formular regras e certos métodos para as interpretar; está ligado a uma dada concepção da ordem social, que determina o modo de aplicação e a própria função do direito (1998, p. 15).

Tais elementos, com efeito, uma vez conhecidos, auxiliam a tarefa dos juristas dispostos a estabelecer uma comparação entre os diversos direitos; ou, ainda, como dito inicialmente, entre os modelos, aqui entendidos não como *protótipos* ou *modelos ideais*, porém, como “estrutura ou esquema que compendia sinteticamente as notas identificadoras ou distintivas de dado segmento da realidade, a fim de ter-se dele uma base segura de referência no plano científico” (REALE, 2002, p. 37).

Logo se vê, portanto, que a pesquisa comparatista não se exaure na simples análise de normas e institutos jurídicos, ou na indicação de suas semelhanças e diferenças. Ela vai mais além para alcançar o próprio sistema de direito em que estão insertas aquelas normas e institutos, buscando, com isso, explicar as razões das semelhanças e diferenças então encontradas¹⁰.

Assim é que, como pressuposto lógico ao estudo proposto no presente trabalho, referem-se, neste primeiro momento, as principais notas características dos dois grandes sistemas jurídicos ocidentais¹¹, isto é, as duas famílias do direito: o sistema do *common law* e o sistema românico germânico (*civil law ou continental law*)¹².

¹⁰ Ainda de acordo com Rodolfo Sacco, a “comparação é história, e esta história, que destrói os falsos conceitos, conduz ao conhecimento” (2001, p. 38).

¹¹ O termo sistema jurídico, segundo Marc Ancel, tem dois sentidos, “o primeiro, estrito (sistema francês contra sistema italiano, por exemplo) e o segundo, amplo (sistema continental contra sistema anglo-americano)”. Para evitar esta ambiguidade, diz o autor, “alguns compartivistas, como René David, preferem falar, no segundo sentido, não mais em sistema, mas em família do direito. A formula é, talvez, mais exata, embora a palavra família seja suscetível de várias acepções”. Define, então, sistema jurídico como um “conjunto mais ou menos amplo de legislações nacionais, unidas por uma comunidade de origem, de fontes, de concepções fundamentais, de métodos e de processo de desenvolvimento” (1980, p. 58). Por seu turno, sustenta René David que “a noção de ‘família de direito’ não corresponde a uma realidade biológica; recorre-se a ela unicamente para fins didáticos, valorizando as semelhanças e as diferenças entre os diferentes direitos”. Aduz ainda que os grupos de direitos, “qualquer que seja o seu valor e qualquer que possa ter sido a sua expansão, estão longe de dar conta de toda a realidade do mundo jurídico contemporâneo” (1998, p. 17).

¹² Não serão examinados outros sistemas jurídicos, como os direitos socialistas, o direito muçulmano, etc. Sobre o tema, recomenda-se a obra de DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

O sistema do *common law*, de origem anglo-saxônica, compreende o direito inglês¹³ e, de modo geral, os direitos de países de língua inglesa. É ele resultado de um processo histórico¹⁴, em que os juízes ingleses, emissários da *Curia regis* (inicialmente corte dos grandes personagens e das grandes causas, onde o rei, auxiliado pelos seus servidores mais próximos e pelos grandes do reino, exercia a mais alta justiça; por conseguinte, de restrito acesso aos particulares), formando o que se denominou de Tribunais Reais de Justiça (designados posteriormente no século XIII, em razão de sua localização, de Tribunais de Westminster), constituíram, a partir da expansão progressiva dos *writs* (tecnicamente, vistos como “uma ordem dada pelo rei aos seus agentes, para que estes ordenem ao demandado agir de acordo com o direito, satisfazendo assim a pretensão do demandante” (DAVID, 1998, p. 293), um novo direito, apresentado por eles como “o costume geral e imemorial do reino”¹⁵.

Este novo direito é o *common law* (ou *comune ley*, no linguajar normando), que significa o direito comum a toda Inglaterra, em oposição aos costumes locais. Em sua estrutura, contém categorias e conceitos que lhe são próprios, como a distinção entre a

¹³ Válido lembrar que, na Inglaterra, a constituição é classificada como não escrita; portanto, não existe uma constituição escrita, enquanto “documento ou série de documentos, com ou sem emendas, definindo as regras básicas do estado” (BARNETT, p. 8). Lá, realmente, a história dá conta de que em nenhum momento ocorreu um claro rompimento com o arranjo constitucional então vigente, a ponto de viabilizar a instauração de uma nova ordem constitucional, como ocorrido em diversos Estados, dos quais é exemplo a França, com a Revolução Francesa em 1789. Segundo Hilaire Barnett, “the absence of any such break in continuity in British history, from 1606 to the current time, more than any other factor, explains the mainly unwritten nature of the United Kingdom’s constitution” (p. 9). Segundo a doutrina, a constituição inglesa apresenta as seguintes características: “(a) is largely unwritten in character; (b) is flexible in nature; (c) is supreme; (d) is unitary in structure (...); (e) exhibits mainly but not completely separated powers; and (f) is monarchical” (BARNETT, p. 15). Nas últimas décadas, passou ela ainda a sentir o influxo das mudanças institucionais e jurídicas, como o desenvolvimento de normas relativas à União Européia; a aprovação de legislação sobre os direitos humanos, etc.

¹⁴ A *common law* é um sistema profundamente marcado por sua história. Ainda hoje o interesse pelas circunstâncias em que se desenvolvera aquele sistema perdura, em virtude da contribuição que emprestam para a própria interpretação do direito inglês. De referir, por exemplo, sua influência quanto aos seguintes aspectos: “Em primeiro lugar, levaram os juristas ingleses a concentrar o seu interesse no processo. Em segundo lugar, elas fixaram numerosas categorias e serviram para elaborar numerosos conceitos do direito inglês. Em terceiro lugar, levaram à rejeição da distinção entre público e privado. Finalmente, em quarto lugar, criaram obstáculos a uma recepção na Inglaterra, das categorias e dos conceitos do direito romano” (DAVID, 1998, p. 290).

¹⁵ ANCEL, Marc. 1980, p. 62. Para suprir eventuais insuficiências do sistema, existia ainda a possibilidade de recorrer ao rei (de fato, ao Chanceler, que era originalmente um confessor do rei, um eclesiástico), o qual resolveria com uma decisão não-jurídica, com base na equidade do caso particular. A partir de então, se desenvolveu a jurisdição da *equity*, que, juntamente com os tribunais da *common law*, compuseram a estrutura dualista do direito inglês. Atualmente, fala-se ainda na existência de leis escritas resultantes dos atos do Parlamento, porém, sem a força que adquirem nos direitos do sistema romano-germânico.

common law e a *equity*¹⁶; entre *substantive law* e *adjective law*. As grandes divisões do direito que nela tradicionalmente se encontram não guardam correspondência estrita com aquelas estabelecidas no direito romano-germânico (como direito público e direito privado, por exemplo).

Além disso, é caracterizado como um sistema “essencialmente publicista, procedimental e judiciário” (ANCEL, 1980, p. 62), em que o direito “visa dar solução a um processo, e não formular uma regra geral de conduta para o futuro” (DAVID, 1998, p. 19). Preocupa-se mais com as questões de processo, com a administração da justiça, e menos com a determinação de direitos e obrigações de cada indivíduo (regra substantiva do direito). São estas as palavras de René David a respeito: “o direito inglês não é um direito de universidades nem um direito de princípios; é um direito de processualistas e de práticos” (1998, p. 320).

O *common law* conta, ainda, com o hábito de os juízes – no intento de assegurar a coesão dos julgados – se conformarem com as *decisions of the Courts*¹⁷, ou seja, com a jurisprudência: “as regras que as decisões judiciárias estabeleceram devem ser seguidas, sob pena de destruírem toda a ‘certeza’ e comprometerem a própria existência da *common law*” (DAVID, 1998, p. 341). Esse modo de proceder corresponde à regra do precedente (*rule of*

¹⁶ A *equity* é explicada por René David nos seguintes termos: “a *equity* é um conjunto de soluções que foram, principalmente nos séculos XV e XVI, outorgadas pela jurisdição do Chanceler, para completar e eventualmente rever um sistema – o da *common law* –, então bastante insuficiente e deficiente” (1998, p. 309). Sobre a oposição da *equity* ao *common law*, que prevaleceu até o ano de 1875, sinala o autor cinco traços fundamentais: “As regras de *equity*, desenvolvidas pelo Tribunal de Chancelaria, tinham uma origem histórica diferente das da *common law*, elaboradas pelos Tribunais de Westminster. A sua aplicação era feita exclusivamente pelo Tribunal da Chancelaria. O processo da *equity*, não comportando nunca um júri, diferente do da *common law*. As soluções de *equity*, isto é, as soluções que se podiam pedir ao Tribunal de *equity*, eram diferentes daquelas que um tribunal de *common law* podia ordenar: o Tribunal de *equity*, por exemplo, nunca pronunciava a condenação de pagamentos de perdas e danos (*damages*). A outorga de uma solução de *equity*, finalmente, tinha um caráter discricionário”. (DAVID, 1998, p. 312). Com a realização da organização judiciária nos anos de 1873-1875, pelos *Judicature Acts*, superou-se a distinção formal entre os tribunais da *common law* e o Tribunal da *Equity*, de modo a tornar competente todas as jurisdições para aplicar tanto as regras da *common law*, como as da *equity*. Não fora subtraída, porém, a distinção entre as categorias de regras, apenas alterada após um movimento de racionalização do direito inglês, para hodiernamente referir a *equity* ao conjunto de matérias que se considera apropriado para se fazer julgar segundo um processo escrito, e o *common law*, ao conjunto de matérias que são apreciadas segundo o processo oral.

¹⁷ Assim, o juiz se pronuncia a respeito de um caso concreto (não caso-tipo), levando em conta a regra dos precedentes judiciários. René David sublinha, no entanto, que são obrigatórios apenas os precedentes constituídos por decisões provenientes dos Tribunais Superiores, é dizer, do *Supreme Court of Judicature* e da Câmara dos Lordes. As decisões oriundas dos demais tribunais ou organismos “quase-judiciário” podem ter um valor de persuasão, mas não são obrigatórias (DAVID, 1998, p. 19).

precedent), consolidada no século XIX, segundo a qual se impõe aos juízes ingleses o dever de respeito às regras criadas pelos seus antecessores (*stare decisis*).

Outrossim, por ser um direito essencialmente jurisprudencial (*case law*), a solução dos casos não é encontrada na interpretação das normas jurídicas existentes; antes, parte de *legal rules* já estabelecidas (que podem ser comparadas à regra de direito do sistema romano-germânico, porém mais restrita) para alcançar uma *legal rule*, por vezes nova, que será aplicada no caso concreto. O método lá empregado está relacionado com a técnica das *distinctions* (distinções): o juiz inglês, ao expor as razões que explicam suas decisões, deve distinguir “aquilo que constitui o suporte necessário da decisão, a *ratio decidendi*¹⁸, e, por outro lado, aquilo que constitui *obiter dictum*, aquilo que o juiz pode ter declarado sem necessidade absoluta” (DAVID, 1998, p. 343). Em outras palavras, os juristas ingleses, pelas distinções que apresentam, procuram limitar o alcance e o enunciado de regras que lhes parecem ter sido elaboradas sempre em termos genéricos.

A par da jurisprudência (na forma típica do *common law*), existe o direito legislado (*statute law*)¹⁹, que desempenha papel secundário, acrescentando corretivos ou complementos ao corpo principal do direito constituído pelos precedentes jurisprudenciais. De qualquer sorte, as disposições formuladas pelo legislador, as leis propriamente ditas (*statutes; Acts of Parliament*), só serão plenamente incorporadas no direito inglês, quando aplicadas e na forma e medida em que afirmadas – por vezes alteradas – pelos tribunais, nas condições de elaboração do *common law*” (DAVID, 1998, p. 326)²⁰.

¹⁸ A *ratio decidendi*, enquanto regra jurisprudencial, integrará o direito inglês e como tal deverá ser observada no futuro. O mesmo não sucede com aquela parte que constitui *obiter dictum*, a qual, sem aquela autoridade, poderá ter, conforme o caso, valor de persuasão.

¹⁹ Sinalam-se ainda como fontes de direito da *common law*, para não deixar sem referência, o costume, a doutrina – inicialmente com muito pouco relevo – e a razão, noção esta que visa conciliar o empirismo dos ingleses com a lógica perfilhada pelos franceses, para edificar um sistema coerente de direito (DAVID, 1998, p.354).

²⁰ Atualmente no direito inglês, as leis e os regulamentos não são mais considerados apenas na sua função secundária. De todo modo, ainda que haja uma tendência de aproximação com o sistema romano-germânico, a função da lei é ainda, por razões históricas e em virtude da proeminência da posição do Poder Judiciário naquele país, desempenhada de maneira diversa do continente europeu.

De referir, ainda, a unidade de jurisdição que vigora no sistema do *common law*: nela os juízes têm competência para julgar tanto as questões comuns, como as administrativas (*una lex, una jurisdictio*). Isso significa dizer que, a despeito do papel desempenhado pelos Tribunais administrativos, cabe sempre ao Poder Judiciário decidir com autoridade final²¹.

O sistema romano-germânico, por sua vez, que foi desenvolvido na Europa continental, difere do sistema antes referido, especialmente pela maneira de conceber o direito, seus métodos de investigação e desenvolvimento. Proveniente do direito da Roma antiga, este segundo sistema tem a sua história²² marcada pelo fenômeno das codificações nacionais nos séculos XIX e XX.

Antes, contudo, é preciso notar que o sistema romano-germânico é fruto de uma *comunidade de cultura*²³ dos séculos XII e XIII, e sua estrutura revela-se como sendo relativamente racional e lógica, “porque foi ordenado, considerando as regras substantivas do direito, graças às obras das universidades e do legislador” (DAVID, 1998, p. 306). Houve, com efeito, de parte das universidades, uma disposição para restaurar os estudos do direito romano (com o direito canônico ao seu lado)²⁴, com o fim de superar o ensinamento do

²¹ Adota-se, na *common law*, o que se denomina de sistema horizontal, em que a administração é submetida, de regra, ao mesmo direito que rege a atividade de todo particular, não havendo, portanto, um regime jurídico que lhe seja peculiar, ao contrário do sistema vertical, predominante nos direitos de base romanística, de prerrogativas e privilégios, com predomínio de derrogação e da exorbitância ao direito comum, que regulam as relações entre a Administração e os administrados, em matéria administrativa. Cf. CRETELLA JUNIOR, 1990, p. 30.

²² A criação propriamente deste sistema, ou seja, da família romano-germânica está ligada ao renascimento que se produz nos séculos XII e XIII, cujos reflexos se manifestam também no campo jurídico. Ensina René David que a “sociedade, com o nascer das cidades e do comércio, toma de novo a consciência de que só o direito pode assegurar a ordem e a segurança necessárias ao progresso. (...) Deixa-se de se confundir a religião e a moral com a ordem civil e o direito; o direito vê-se reconhecer com uma função própria e uma autonomia que, no futuro, serão características dos modos de ver e da civilização ocidental” (DAVID, 1998, p. 31).

²³ À época, o continente europeu carecia de unidade política, da figura de um soberano geral incontestado; tal fato, no entanto, foi indiferente à formação do sistema romano-germânico, ao contrário do que sucedera no sistema da *common law*, cujo desenvolvimento estava ligado ao progresso do poder e à existência de tribunais reais fortemente centralizados – os tribunais da *common law*. Naquele primeiro sistema, o renascimento do direito (considerando que, no período da Alta Idade Média, a sociedade voltou a um período mais primitivo, em que as contendas eram resolvidas pela “lei do mais forte” ou pelo exercício da arbitragem) foi animado pelos focos de cultura criados na Europa Ocidental, com especial destaque para as Universidades, sendo a primeira delas a Universidade de Bologna na Itália (DAVI, 1998).

²⁴ Neste passo, seguiram-se diversas escolas, cada qual com seus métodos, como a dos glosadores – que procurou explicar o sentido originário das leis romanas – ; dos pós-glosadores – que realiza um trabalho diferenciado, para, a partir da utilização e sistematização dos texto do direito romano, introduzir regras

“direito local consuetudinário” (porque assim não considerado verdadeiramente um direito) e restabelecer o sentimento e a importância do direito para a ordem e progresso da sociedade.

Neste contexto, desenvolveu-se a idéia de um *jus commune*, definido por René David como “um monumento, edificado por uma ciência européia, que visa, ao fornecer modelos, um vocabulário e métodos, orientá-los na procura de soluções de justiça” (DAVID, 1998, p. 35). Na medida, pois, em que o interesse estava em descobrir a regra mais justa à base dos textos romanos e não, exatamente, em estabelecer um direito positivo, tampouco uniforme (tal como na *common law*, por vezes corrigida pelas regras de *equity*), foi possível a aproximação dos povos europeus, sem retirar-lhes aquilo que era de peculiar a cada um.

Reflexos de tais considerações foram sentidos na organização judiciária e também no processo: este passou a ser escrito e se tornou mais racional e mais complexo; aquela se transformou em “função exclusiva dos juristas letrados, formados nas universidades, na escola do direito romano” (DAVID, 1998, p. 40). Igualmente o direito a ser aplicado na prática, cujas fontes poderiam ainda ser locais (não-romanas, portanto), só subsistiria enquanto regulador das relações sociais se apresentasse as qualidades de certeza, de generalidade e de conformidade com a justiça.

A etapa seguinte foi a da expansão ou influência daquele direito comum. Citam-se a França, a Alemanha e a Itália, como exemplos de países em que o direito romano passou a ser admitido, ainda que a fórmula utilizada para tanto não tenha sido idêntica e, diversas as implicações para a estrutura judiciária e processual. Aqueles e outros tantos países (europeus ou não) compõem, pois, o sistema romano-germânico, cuja experiência demonstra que, apesar do tempo e das circunstâncias, ainda perduram os elementos unificantes de seus direitos.

adaptadas à sociedade de então – ; e a do direito natural – importante esta porque trabalhou, além do direito privado fundado sobre o direito romano, com o direito público, sempre orientada pela razão, como forma de dar aplicação universal ao direito; e foi responsável por introduzir a codificação, enquanto técnica para transformar em direito positivo o direito ensinado nas Universidades. Somente mais tarde, nos séculos XVI e seguintes, foram iniciados os direitos nacionais nas Universidades.

Em sua estrutura, há, em geral, a divisão básica entre direito público e direito privado, em virtude da idéia de que as relações entre governantes e governados carecem de regulação específica; diversa, por conseguinte, das normas que regulam as relações entre as pessoas privadas. Dentro de cada categoria existem, ainda, outros ramos fundamentais: direito constitucional, direito administrativo, direito civil, direito comercial, etc..

Com isso, explica-se igualmente a existência de um regime jurídico administrativo, derogatório e exorbitante do direito comum, que é informado por princípios publicísticos, que regulam as relações entre a Administração e os administrados, em matéria administrativa. E, também, a adoção, em alguns países como a França, da dualidade de jurisdições, em que se acolhe uma jurisdição administrativa, independentemente dos tribunais judiciários, com um corpo completo de juízes e tribunais, que tem no seu vértice o Conselho de Estado.

Também a noção de regra de direito é característica do sistema romano-germânico, para o qual contribuiu (e ainda contribui) significativamente a doutrina. Surgida “a partir duma reflexão fundada em parte sobre a observação da prática, mas também, em parte, sobre as considerações de justiça de moral, de política, de harmonia do sistema que podem escapar ao juiz” (DAVID, 1998, p. 80), a regra de direito situa-se em posição intermediária entre a decisão do litígio e os princípios dotados de elevada carga de abstração.

Em sendo de carácter suficientemente geral, a regra orientará o agir do juiz na solução de litígios; este contará ainda, quando da interpretação, com uma certa margem de liberdade, dentro do que procurará aclarar a regra, com o propósito de garantir a segurança das relações jurídicas. Com isso, tem-se a regra de direito formulada pelo legislador e, junto a ela, as regras secundárias elaboradas pela jurisprudência.

No mais, importa destacar o papel da lei²⁵, como fonte primordial do direito para o sistema em análise²⁶. Inquestionável a função que desempenha ela para o conhecimento do

²⁵ Segundo Gordillo, “el concepto predominante de ley tiende a prescindir del contenido, para atenerse exclusivamente al aspecto formal, y así es como se dice que ‘ley’ es todo acto sancionado por el Poder

direito; este, todavia, com a lei não se confunde e exige, para além disso, o auxílio de outros elementos, como os princípios, a doutrina e a jurisprudência, os quais, conjugados, buscarão alcançar o seu melhor sentido.

Por tudo, é de ser observado que os direitos que compõem cada um dos grandes sistemas jurídicos em questão não são necessariamente idênticos entre si. O *common law*, tal como existe na Inglaterra, não é necessariamente equivalente àquele encontrado nos países em que foi admitido, durante o período de sua expansão, como o Canadá e os Estados Unidos, em que, afora as peculiaridades geográficas, a população difere em muitos aspectos da população inglesa.

Nos Estados Unidos de América, por exemplo, foi inevitável que o *common law*, trazido pelos ingleses no século XVII, sofresse alterações em determinados pontos, para ajustá-lo às condições e hábitos locais, assim como à influência da civilização autóctone. Aquele foi admitido, no princípio, nos territórios das treze colônias inglesas da América, e, com ela, as leis (*statutes*) que, ainda antes da colonização, haviam alterado-a ou completado-a.

Seguia-se, desta feita, o que fora decidido no *Calvin's case* de 1608. “a *common law* inglesa é, em princípio, aplicável; os súditos ingleses levam-na com eles, quando se estabelecem em territórios que não estão submetidos a nações civilizadas” (DAVID, 1998, p. 359). Existia, porém, uma reserva: o *common law* inglês só seria aplicável na medida em que as suas regras fossem apropriadas às condições de vida reinantes daquelas colônias.

Legislativo de acuerdo con el procedimiento previsto por la Constitución a tal efecto. [...] Como se ve, existe un cierto desajuste entre el concepto de función legislativa y el concepto de ley, ya que esta última no aparecería siempre como producto del ejercicio de la primera. Pero ambos conceptos se mantienen con tales alcances por razones prácticas y de comodidad para el uso”. Disponível em <<http://www.gordillo.com>> Acesso em: 27 jul.2008.

²⁶ Ao sinalar a importância da lei no sistema romano-germânico não se está a confundi-la com o direito, tampouco a considerando com fonte exclusiva, o que hoje, sem dúvidas, seria um equívoco. Sabe-se da relevância, por exemplo, dos princípios jurídicos, enquanto normas jurídicas impositivas de uma otimização, que permitem o balanceamento de valores e interesses, consoante o seu peso (CANOTILHO, 2002, p. 1147), “na medida em que o estabelecimento de fins implica qualificação positiva de um estado de coisas que se quer promover” (ÁVILA, 2003, p. 72).

A propósito, expõe René David sobre o direito americano no século XVII:

Estreitamente ligada a um processo arcaico, que exige técnicas experimentadas, a *common law* é inaplicável nos territórios em que praticamente não existe, qualquer que seja a variedade do seu povoamento, nenhum jurista e em que não há preocupação de os mandar vir ou de os instituir; as regras do *common law*, por outro lado, na medida em que existem, foram elaboradas por e para uma sociedade feudal, de cujo tipo as instituições americanas estão tão afastadas quanto possível. Os problemas que se apresentam aos colonos são problemas novos, aos quais a *common law* não dá respostas satisfatórias. Além disso, a *common law* não agrada muito aos colonos; em muitos casos eles foram obrigados a emigrar porque eram perseguidos, e então pouco preparados para ver nesta *common law*, como os juristas ingleses, o baluarte das liberdades dos indivíduos. (DAVID, 1998, p. 360)

Desse modo, tendo com motivação a idéia de preservar as disposições particulares oriundas das autoridades americanas locais, ainda que sob a forma de um direito primitivo, iniciou-se em diversas colônias a “codificação” do direito – que rigorosamente tinha pouco a ver com o fenômeno moderno da codificação ocorrido no continente europeu. A preocupação estava não no seu conteúdo, mas em marcar posição favorável dos povos colonizados da América do Norte à lei, o que era relegado pelos ingleses.

Em seqüência, voltou-se a pregar a aplicação mais geral do *common law*, especialmente nos tribunais norte-americanos. Com a independência do país em 1776, criou-se para as ex-colônias, agora Estados Unidos da América, um novo panorama jurídico, inclusive influenciado pelos pensamentos liberais franceses, em que se discutiu qual sistema jurídico, afinal, deveria prevalecer.

A resposta veio ao encontro das concepções e ideais do *common law*²⁷, possivelmente em função da língua inglesa falada e das contribuições decorrentes do povoamento inglês

²⁷ À exceção de New Orleans e os arredores do rio Mississipi – que, no ano de 1812, se tornaram Estado da Louisiana –, em virtude da influência francesa (o próprio nome New Orleans, por exemplo, foi atribuído por Phillippe Duc D’Orleans) e espanhola (Luis XV deu, em 1762, a “Island of New Orleans” e toda a parte leste do Mississipi ao seu primo Carlos III da Espanha) naquele território. Somente no ano de 1803 os Estados Unidos compram de Napoleão I a Louisiana.

originariamente. Leis de diversos Estados, à época, firmaram o *common law* como o direito vigente.

O que vale sinalar, no entanto, é que o *common law* dos Estados Unidos apresenta feições que lhe são próprias; não é ele exatamente igual ao *common law* inglês²⁸, a começar pela existência de uma Constituição escrita²⁹. Valendo-se mais uma vez da doutrina de René David, explica-se:

Os Estados Unidos continuaram a ser um país de *common law* no sentido de que lá se conservaram, de uma forma geral, os conceitos, as formas de raciocínio e a teoria das fontes do direito inglês. Contudo, na família da *common law* o direito dos Estados Unidos ocupa um lugar particular; mais do que qualquer outro direito, ele está marcado por características que lhe imprimem uma considerável originalidade; e estas características muitas vezes, aproximam-no dos direitos da família romano-germânica, pelos quais se deixou seduzir num determinado momento de sua história. (1998, p. 363).

No mesmo sentido, expõe José Cretella Junior:

[...] trazendo a chancela originária do *common law*, que se reflete em toda a estrutura do direito norte-americano, empregando a língua e a terminologia inglesa, trabalhando com instrumental importado, os norte-americanos criaram um tipo de direito intermédio que, no que se refere às fontes, se aproxima do direito francês. No que concerne ao espírito, porém, o direito

²⁸ Lembre-se aqui que o direito inglês aceito na América é aquele que estava em vigor no período da dominação inglesa, portanto antes de 1776. A partir de então, o direito norte-americano se desenvolveu, em tese, com autonomia em relação ao direito inglês. Na prática, o que se constata é a correspondência, de certo modo, entre a evolução de ambos os direitos, sendo peculiar, todavia, ao direito norte-americano, em virtude da estrutura federal do país, a distinção estabelecida entre direito federal e direito estadual – o que fez a Suprema Corte estabelecer, em 1938, que não existe *common law* federal (*Erie Railroad Corporation v. Tompkins*, 1938), porquanto “aos tribunais dos Estados que está reservada a tarefa de determinar e desenvolver a *common law* americana, nas matérias sobre as quais o Congresso não pode legislar” (DAVID, 1998, p. 377).

²⁹ Promulgada em 1787, a Constituição dos Estados Unidos disciplina a organização fundamental do Estado, estabelecendo a divisão de competências entre as esferas federal e estadual, além de conter normas que compõem a base das instituições norte-americanas e o fundamento das liberdades públicas. Especialmente, representa ela o ato de fundação daquele país, após laborioso trabalho de parte de seus constituintes. Sua existência motivou, ainda, a adoção do princípio do controle judiciário da constitucionalidade das leis, a partir do julgamento do caso *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), em que a Suprema Corte norte-americana estabeleceu a supremacia da Constituição. Seguem as palavras do juiz John Marshall no caso: “Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be, **that an act of the legislature repugnant to the constitution is void**. This theory is essentially attached to a written constitution, and is consequently to be considered by this court as one of the fundamental principles of our society. It is not therefore to be lost sight of in the further consideration of this subject” [grifos nossos].

norte-americano pouco se afasta do modelo originário do *common law* (1990, p. 30).

Assim sendo, tem-se que o direito norte-americano é entendido como um direito jurisprudencial, fundado, sobretudo, nos julgamentos precedentes, ainda que não tenham estes a mesma força obrigatória do direito inglês. O princípio do *stare decisis* comporta, no entanto, uma limitação: “o Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos e os Supremos Tribunais dos diferentes Estados não estarão vinculados às suas próprias decisões e podem desviar-se da sua jurisprudência” (DAVID, 1998, p. 391)³⁰.

Às leis (*statutes*) cabe, em primeira análise, completar ou retificar o direito em determinados aspectos. Ainda, o que foi dito com relação às leis no direito inglês vale igualmente para o direito norte-americano, isto é: “as leis são plenamente integradas no direito apenas quando o seu alcance foi determinado por decisões judiciais” (DAVID, 1998, p. 402)³¹. Daí se explicar a referência primeira aos julgados (precedentes judiciais) que lhes conferem sentido e lhes dão aplicação³².

Existem ainda, ao lado das leis, as regras e regulamentos editados pelas agências reguladoras, no exercício de seu poder normativo (*rulemaking power*³³), que compõem o *administrative law*, e que, da mesma forma que as primeiras, sujeitam-se ao controle de pelo Poder Judiciário (*judicial review*). Também, devido ao aumento significativo do número de

³⁰ Essa possibilidade de mudança na orientação jurisprudencial é um dos fatores que possibilitam adaptar a interpretação dos preceitos constitucionais às mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais vivenciadas no país nos últimos duzentos anos, garantindo a evolução do direito sem a necessidade de modificar o texto da Constituição.

³¹ Nesse sentido, expoe John Clarke Adams: “a los jueces corresponde también la función de interpretar los *statutes*, y sus interpretaciones tienen poder vinculatorio respecto de las decisiones que serán emitidas posteriormente por otros jueces. Por esto, si bien es verdad que los *statutes* son escritos, también es cierto que el contenido y alcance de la norma son fijados por los jueces” (1968, p. 14).

³² Não se olvida o papel das leis nos últimos tempos, em que houve uma proliferação de atos de tal natureza, sobretudo quando instado o Estado a solucionar questões no domínio econômico e social notadamente. De toda sorte, não se pode estabelecer uma equiparação ao papel das leis nos direitos do sistema romano-germânico. A exceção, mais uma vez, é do Estado da Louisiana, que mantém de certa forma ligações com a tradição romano-germânica, como se vê pela forma como é estruturado e principalmente considerado, exemplificativamente, o seu *Civil Code*.

³³ O sentido de poder regulamentar aqui, enquanto tradução do *rulemaking power*, deve ser compreendido à luz do direito norte-americano. Com isso, afasta-se, desde logo, qualquer equiparação apriorística com o sentido do poder regulamentar no direito brasileiro.

leis, observou-se a elaboração de compilações públicas e privadas, as quais, todavia, não podem ser consideradas códigos no sentido francês da palavra (ou: no sentido visto anteriormente, em que se prima por uma sistematização das normas). Todos esses atos normativos estão sujeitos ao controle de constitucionalidade, como afirmado pela Suprema Corte no julgamento de *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), pois, “the Constitution ought to be the standard of construction of the laws, and wherever there is an evident opposition, the laws ought to give place to the Constitution” (MADISON, 1788, n. 51)³⁴.

As mesmas considerações, guardadas as particularidades, podem ser feitas com relação ao sistema romano-germânico, que comporta certa diversidade de direitos, inclusive a formação de subgrupos, considerando suas regras de fundo (substância). O direito francês, por exemplo, não é de todo igual ao direito austríaco, se considerado, por exemplo, o modelo de fiscalização da constitucionalidade das leis³⁵. Também o direito brasileiro, apesar de suas base

³⁴ O controle de constitucionalidade no direito norte-americano, conhecido doutrinariamente como controle difuso ou incidental, pressupõe a caracterização de um *case or controversy* passível de solução pelo Judiciário. A respeito do tema, diz Gilmar Ferreira Mendes: “Vê-se, pois, que inexiste no sistema americano uma modalidade de controle alheia ao conflito de interesse entre as partes. E, ainda, que se admita a intervenção de determinadas autoridades no processo, ou que se reconheça a sua legitimidade para encaminhar ao Tribunal o chamado *amicus curiae brief*, através do qual se expõem aos juízes a sua opinião sobre a questão constitucional, esta faculdade parece traduzir, tão somente, uma posição de terceiro interessado” (1990, p. 127-8).

³⁵ Na França, onde se experimentou uma concepção peculiar do princípio da separação dos poderes, não se admitindo a fiscalização da constitucionalidade pelo Judiciário, por significar uma intromissão deste no âmbito de atuação do Parlamento, o mecanismo de controle da legitimidade constitucional das leis tem um viés político. Explica Clêverton Merlin Clevé: “os franceses desconfiam da fiscalização da constitucionalidade exercitada pelo Judiciário. Além da peculiar e rígida concepção do princípio da separação dos poderes que advogam, outros dois fatores contribuíram para forjar a experiência constitucional francesa. *Primeiro*, o entendimento desenvolvido desde a revolução de 1789, segundo o qual a lei constitui expressão da vontade geral, por isso a soberania da nação reside no Parlamento. Se é assim, se o Parlamento é soberano, e se sua obra constitui a expressão da vontade geral, então não há razão para delas desconfiar. *Segundo*, os abusos cometidos pelos juízes (*Parlements*), no período que precedeu a revolução, determinou, de certo modo, a desconfiança dos franceses em relação ao Judiciário” (2000, p. 60). Neste cenário, pois, a Constituição de 1958 criou o Conselho Constitucional (*Conseil Constitutionnel*), com a finalidade de promover uma fiscalização preventiva (seja quando for provocada, seja nos casos em que é obrigatório o controle); antes de sua promulgação, portanto. Se promulgada, só caberá às autoridades aplicá-la. Já, na Áustria, passada a fase de provável influência do direito público francês, em que a lei tinha uma posição de relativa supremacia, adotou-se no ano de 1920 um modelo de fiscalização concentrado de constitucionalidade, através de ação direta proposta perante o Corte Constitucional, cujo mentor foi Hans Kelsen. De acordo com esse modelo, o fato de uma lei ser contrária à Constituição não implica sua inexistência ou nulidade; trata-se, em verdade, de uma lei anulável, a qual é válida até a sua anulação, através de um processo especial previsto na Constituição, cuja decisão tem eficácia *ex nunc*. Com a reforma constitucional de 1929, ensina Clevé: “a par do controle abstrato das leis (via ação direta), passou o direito austríaco a admitir, igualmente, o controle concreto, provocado no curso da demanda judicial. Neste caso, atribui-se efeito retroativo à decisão anulatória pronunciada pela Corte Constitucional.

comum, apresenta notas distintivas quando comparado ao direito francês: enquanto no Brasil se adota o regime de jurisdição una, na França e em outros países da Europa continental, existe, conforme visto, ao lado do Judiciário, o que se denomina contencioso administrativo, caracterizando um regime de jurisdição dúplice³⁶.

Quanto ao controle de constitucionalidade das leis, os critérios adotados pelo direito brasileiro também o distinguem dos demais. Sim, porque, de um lado, introduziu-se no ordenamento jurídico, por influência do modelo norte-americano, o controle difuso ou concreto; de outro, porém, admite-se a técnica de controle concentrado, em compasso com a Alemanha e a Itália, que, por sua vez, buscaram inspiração no modelo esboçado por Hans Kelsen e consagrado pela Constituição austríaca.

Esclarecido este primeiro ponto, prossegue-se o estudo com a análise das agências administrativas no direito norte-americano, na busca de esclarecer o porquê de sua criação, qual sua origem e definição.

1.2 As agências reguladoras no direito norte-americano

Os Estados Unidos da América, país do sistema do *common law*³⁷, tiveram sua primeira (e única) Constituição aprovada no ano de 1787, quando então os cinquenta e cinco delegados dos diversos estados, reunidos na Convenção de Filadélfia, presidida por George

Todavia, o controle concreto (por via de exceção) pode ser suscitado, apenas, pelos órgãos jurisdicionais de segunda instância. Aos demais órgãos da magistratura ordinária incumbe, simplesmente, aplicar a lei, ainda quando sobre ela pairam dúvidas quanto à sua compatibilidade com o texto da normativa constitucional” (2000, 68-9).

³⁶ Sobre o tema, leciona Justino Magno Araújo: “O sistema continental europeu não adotou o regime de jurisdição una, criando ao lado do Judiciário o chamado ‘contencioso administrativo’. Trata-se, portanto, de um regime de jurisdição dúplice”. Continua o autor: “A idéia surgiu na França, devido a certas circunstâncias históricas a que fazem referência os doutrinadores daquele país. Ocorre que a administração revolucionária desconfiava da magistratura por entendê-la não identificada com as causas burguesas, e, por esse motivo, retirou do Judiciário o controle da legalidade de seus atos, acabando por criar o Conselho de Estado para decidir as questões entre administração e administrados” (1987, p. 184-201).

³⁷ Conforme ressalta Almiro do Couto e Silva, “o direito que rege a atividade do Estado e as relações por este travadas com os indivíduos é basicamente a *common law*, o direito comum, o mesmo direito, em princípio, que disciplina as relações dos indivíduos entre si” (2002, p. 48).

Washington, discutiram e aprovaram o texto daquela que seria a lei fundamental do país³⁸. Desde então, a Constituição, imbuída sobretudo de ideais liberais, figura no vértice do ordenamento jurídico norte-americano, estabelecendo as normas gerais de organização e de conduta dos governantes e dos administradores, com o propósito de limitar e, ao mesmo tempo, legitimar o exercício de seu poder³⁹.

Traz ela em seu bojo, com efeito, uma fórmula de equilíbrio entre os três órgãos do Estado – Legislativo, Executivo e Judiciário – , segundo a qual prevê a especialização de cada uma das respectivas funções, acrescida de mecanismos de controle recíproco, caracterizando o que se denomina de sistema *checks and balances*, ou dos “freios e contrapesos”⁴⁰.

Dispõe que os Poderes Legislativos são confiados ao Congresso dos Estados Unidos, composto de um Senado e de uma Câmara dos Representantes (artigo I, seção 1). Sobre o Poder Executivo, afirma ser ele exercido pelo Presidente dos Estados Unidos e seu Vice-Presidente (artigo II, seção 1). E, do Poder Judiciário, cuida, dizendo estar ele investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso (art. III, seção 1).

³⁸ Três dos delegados (Mason, Gerry e Randolph), por discordarem de pontos relativos aos projetos de lei envolvendo a tributação, não assinaram a convenção.

³⁹ É conhecida, por exemplo, a máxima de que ninguém será poder ser privado da vida, da liberdade, ou de seus bens, sem o devido processo legal (*without due processo of law*), prevista na quinta emenda e ratificada na décima quarta, seção 1, ambas propostas pelo Congresso e aprovadas pelas Legislaturas de acordo com o art. 5º da Constituição original; naquela última, consta igualmente a previsão de que nenhum Estado poderá negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis (*the equal protection of law*). Também na décima quinta emenda, seção 1, proíbe-se aos Estados Unidos e a qualquer Estado restringir o direito de voto dos cidadãos por motivo de raça, cor ou de prévio estado de servidão. Na seção 9 do art. 1º, consta a proibição de o Congresso dos Estados Unidos elaborar leis penais com efeitos retroativos (*ex post facto*); e , na seção 10 deste mesmo artigo, veda-se aos Estados “votar leis de condenação sem julgamento, ou de caráter retroativo, ou que alterem as obrigações de contratos”. Esses são apenas alguns exemplos de regras limitativas do poder dos Estados Unidos e também dos Estados membros.

⁴⁰ Com essa idéia, os autores da Constituição procuraram fracionar as funções do Estado, criando assim ramos diversos do governo, e dividir o poder entre eles. Estabeleceu-se, com isso, um sistema em que cada ramo do poder é limitado, controlado ou desafiado pelos demais ramos, instituindo, conseqüentemente, a colaboração forçada entre os respectivos órgãos. A propósito, a lição de Erwin Chemerinsky: “The Constitution creates a national government and divides power among three branches. (...) The division of powers among the branches was designed to create system of checks and balances and lessen the possibility of tyrannical rule (2006, p. 1)”.

Basicamente essa é a estrutura tripartite dos poderes⁴¹, que são responsáveis pela condução dos Estados Unidos no plano federal⁴², cuja interpretação dada pela Suprema Corte segue orientação preconizada por James Madison⁴³, no sentido de que enquanto a Constituição norte-americana

determina que “cada um dos três setores gerais do governo [devem permanecer] inteiramente livre de controle ou influência coerciva, direta ou indireta, dos demais”, *Humphrey’s Executor v. United States*, 295 U.S. 602 (1935), os Constituintes não exigiram – e de fato rejeitaram – a noção de que os três Poderes devem ser completamente separados e distintos”⁴⁴.

Sobre as agências reguladoras (*regulatory agencies*), todavia, a Constituição norte-americana nada refere expressamente, seja ela em seu texto original ou mesmo nas emendas que lhe foram acrescentadas⁴⁵. Sequer fornece indicativos das razões para sua instituição ou

⁴¹O modelo norte-americano de separação dos poderes é sintetizado por Gary Lawson (2001, p. 46) na seguinte frase: “The difference between the departments undoubtedly is, that the legislature makes, the executive executes, and the judiciary construes the law”.

⁴² Observa James Landis que a máxima política da separação dos poderes é velha; mas, enquanto princípio de governo elevado ao nível constitucional, tem ele, sem dúvidas, uma nota norte-americana. Acrescenta, ainda, o autor: “Our British cousins discover it now and then as they find that its preachment fits some practical or political need. But it was left to us to hallow the tripartite ideal of government, wherein all power delegated by the people was in the purported interests of liberty divided neatly between legislative, executive, and judicial. It was left to us, moreover, not merely to make of this division a convenient way of thinking about government, of considering the desirability of checking and balancing a particular power that might be vested in some official or some body, but also by judicial introspection to distinguish minutely and definitively between these powers” (apud LAWSON, 2001, p. 37).

⁴³ Sobre a estrutura do governo norte-americano, que, além da forma federativa de Estado, contempla a separação dos poderes, comenta James Madison: “In the compound Republic of America, the power surrendered by the people is first divided between two distinct governments, and then the portion allotted to each subdivided among distinct and separate departments. Hence a double security arises to the rights of the people. The different government wills control each other, at the same time that each will be controlled by itself” (1788, n. 51).

⁴⁴ *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361 (1989).

⁴⁵ Compreensível a omissão se considerado o fato de que os Estados Unidos sempre tiveram uma perspectiva liberal e não estatizante bastante forte (ARAGÃO, 2005, p. 227). À época da promulgação da Constituição, a preocupação primeira dos constituintes estava, além de superar as deficiências do modelo confederativo até então adotado pelos estados (e ex-colônias inglesas, desde 1776), em organizar o poder do Estado, para limitá-lo e, conseqüentemente, garantir as liberdades individuais (“to secure the right to life, liberty, property, and the pursuit of happiness”). Assim, consignou James Madison em sua *Introduction to The Debates in the Federal Convention of 1787*: “But whatever may be the judgment pronounced on the competency of the architects of the Constitution, or whatever may be the destiny, of the edifice prepared by them, I feel it a duty to express my profound & solemn conviction, derived from my intimate opportunity of observing & appreciating the views of the Convention, collectively & individually, that never was an assembly of men, charged with a great & arduous trust, who were more pure in their motives, or more exclusively or anxiously [devoted to the object committed to them, than were the members of the Federal Convention of 1787, to the object of devising and proposing a constitutional system which would best supply the defects of that which it was to replace, and best

mesmo orientação no sentido de eventuais áreas afetadas (como se verá mais adiante no caso brasileiro), exceto quando, no art. I, seção n. 8, cl. 18, dispõe sobre a competência do Congresso para elaborar as leis necessárias e apropriadas ao exercício dos poderes que a Constituição confere ao Governo dos Estados Unidos, ou aos seus Departamentos e funcionários subalternos – todos partes integrantes do Poder Executivo (REESE; SEAMON, 1995). Dessa forma, expõe Gary Lawson (2001, p. 6):

All units of the national government except the President, Vice President, and Congress are thus created by congressional statute (or by presidential allocation of resources placed at his or her disposal by congressional statute). The entire machinery of the executive arm of the United States government below the level of the President is the result of the congressional action. None of the many federal agencies with which we are familiar have to exist – or have to exist in their present form. Accordingly, behind every agency lies a legislative act, called an organic act, that creates, empowers, defines, and limits that agency.

A questão, portanto, como se observa ao longo da história do direito administrativo norte-americano – ramo do direito que se centra, fundamentalmente, nas agências reguladoras⁴⁶ e evolui na medida em que tais entidades, desempenhando o poder administrativo, ganham espaço no cenário jurídico⁴⁷ –, resolve-se no nível da legislação infraconstitucional. São, de fato, as leis editadas pelo Congresso, que especificam a organização e os programas de cada agência (MASHAW et al., 2000). E, conforme já

secure the permanent liberty and happiness of their country”. Disponível em <http://www.constitution.org/dfc/dfc_001.htm>. Acesso em: 22 jul. 2008.

⁴⁶ De acordo com Gary Lawson, as agências constituem a unidade básica da análise do direito administrativo. Diz, ainda, o autor: “Indeed, a good working definition of administrative law is ‘the law governing the forms, functions, and activities of government agencies’ ” (2001, p. 1). Também, para Bernard Schwartz, “o direito administrativo trata da delegação de poderes às agências administrativas; a maneira com que poderes administrativos devem ser exercidos; e a revisão judicial da ação administrativa. Estes são os principais temas tratados no curso de direito administrativo” (2001, p. 5). Tradução livre.

⁴⁷ Admitem Mashaw et al. (2000) que a história do direito administrativo nos Estados Unidos não é menos complexa do que a história institucional da administração pública. Assim como seus coirmãos ingleses, por sua vez orientados por Alfred Dicey, havia por parte dos juristas estado-unidenses certa resistência em reconhecer o direito administrativo como ramo autônomo do direito. “The notion that the United States (and England) had no administrative law because they had no separate administrative courts was laid to rest by Frank Goodnow [...]. Goodnow’s preoccupation, indeed the preoccupation of the administrative law thinkers throughout the first third of this century, was the constitutional legitimacy of administration, in particular, to reconcile bureaucratic policy making with the constitutionally established institutions of representative democracy ” (MASHAW et al., 2000, p. 9).

referido, tais leis são consideradas direito, no sistema da *common law*, quando aplicadas e no sentido que lhes é conferido pelos Tribunais, pelo que não raro se faz uso das decisões judiciais para a elucidação da matéria.

Assim é que o Congresso dos Estados Unidos, já nas primeiras sessões realizadas entre os anos de 1789 a 1791, com o propósito de implementar a nova Constituição e organizar a estrutura do governo federal, mesmo no tocante a questões relativamente técnicas, criou órgãos como o Departamento de Defesa, de Relações Exteriores, e do Tesouro, além dos postos de correio e escritório de patentes.

Editou-se, igualmente, na ocasião, uma lei delegando expressamente poderes ao Presidente dos Estados Unidos, para regulamentar o pagamento de pensões aos veteranos inválidos da *Revolutionary War* (Act of Sept. 29, 1789, ch. XXIV, 1 Stat. 95). Outro ato congressional conferiu poderes ao Secretário do Tesouro para estimar e cobrar tributos devidos na importação, além de outras funções relacionadas, como a remissão ou mitigação de penas impostas (Act of May. 26, 1790, ch. XXII, § 1, 1 Stat. 123, 124).

De acordo com Bernard Schwartz (2001), delegações da mesma espécie repetiram-se nas legislaturas subsequentes, e os Tribunais reconheceram a existência de agências federais dotadas de autoridade para emitir regras e regulações que têm força de lei (poder que é, por natureza, legislativo)⁴⁸ e autoridade para decidir casos (poder que é, por natureza, judicial), nos moldes daquela considerada o arquétipo de agência (administrativa) reguladora moderna⁴⁹, a *Interstate Commerce Commission* – ICC. Ao compasso, surgiu em 1822 a

⁴⁸ De acordo com Jerry L. Mashaw, et al. (2000), malgrado a preocupação do Congresso com as questões relativas à estrutura e relação do governo, foi no ano de 1852 que o se instituiu o primeiro aparato regulatório encarregado de supervisionar a atividade econômica por razões de saúde pública e bem-estar social.

⁴⁹ “The ICC has been the archetype of the modern administrative agency. It has served as the model for a host of federal and state agencies, patterned in their essentials upon the first federal regulatory commission”, disse Bernard Schwartz (2001, p. 15).

primeira agência independente em nível federal⁵⁰, e outras várias organizações similares no âmbito dos Estados membros.

É interessante notar, neste contexto, que, de 1789 até a maior parte do século XIX, a delegação de autoridade para regular atividades, notadamente no setor econômico, dirigia-se em geral ao Presidente dos Estados Unidos. Na medida em que as tarefas foram se especializando, no âmbito da administração do governo, a delegação daquela autoridade foi sendo direcionada, igualmente, para outros funcionários do Governo⁵¹.

Também quanto à matéria, houve uma significativa ampliação do âmbito objeto de delegação pelo Congresso. De concessões de capacidade regulamentar originariamente limitada a questões de natureza militar e tributária, e a assuntos externos e de interesse interno do governo, o Congresso, no último quartel do século dezanove, passou a dispor sobre um campo mais expressivo de atividades, incluída a provisão e controle de terras federais e regulação do comércio interestadual. E, para adaptar tais disposições à realidade prática, fez-se necessária a adoção de regulamentações por parte dos funcionários que tinham ao seu cargo a aplicação daquelas leis⁵².

Destarte, foi criada pelo Congresso no ano de 1887 a *Interstate Commerce Commission* – ICC, que é identificada pela doutrina como um importante passo no

⁵⁰ Característica comum, embora não essencial, às agências norte-americanas é sua relativa independência em relação ao controle presidencial. Suas decisões estariam, assim, livres da influência política do Presidente, além de haver um limite ao poder do Chefe do Executivo para demitir seus diretores. (DAVIS PIERCE JR, 1994 apud SCHWART; CORRADA, 2001, p. 14-5).

⁵¹ Registra Caio Tácito: “A expressão *police power* ingressa, pela primeira vez, na terminologia legal, no julgamento pela Corte Suprema do caso *Brown versus Maryland* e reaparece em outros julgados, a partir de 1827, como limite ao direito de propriedade para subordiná-lo a interesses respeitáveis da comunidade. Tendo como origem os poderes residuais dos Estados-membros, o *police power* passou a exprimir a competência legislativa estadual para regular direitos privados em benefício do interesse coletivo. Como afirmado no caso *Noble versus Haskell*, ‘it may be said in a general way that the police power extends to all the great public needs’. Em sua expressão mais ampla – apontou Mathews – a noção conduziria ao abandono da filosofia individualista do *laissez faire* e à aproximação do coletivismo” (2001, p. 18).

⁵² É o que explica, também, James Land: “The insistence upon the compartmentalization of power along triadic lines give way in the nineteenth century to the exigencies of governance. Without too much political theory but with a keen sense of the practicalities of the situation, agencies were created whose functions embraced the three aspects of government. Rule-making, enforcement, and the disposition of competing claims made by contending parties, were all intrusted to them. As the years passed, the process grew. These agencies, tribunals, and rule-making boards were for the sake of convenience distinguished from the existing governmental bureaucracies by terming them ‘administrative’” (apud LAWSON, 2001, p. 37).

desenvolvimento do direito administrativo norte-americano, uma vez que fora instituído, com ela, um importante e moderno e instrumento de regulação administrativa (SCHWARTZ; CORRADA, 2001)⁵³. Com efeito, para proporcionar a essa agência o desempenho das tarefas conferidas legalmente, foram-lhe atribuídos, também por lei, poderes quase-legislativo e quase-judicial⁵⁴, além de outros poderes tipicamente executivos⁵⁵. Esta extensiva outorga de poderes fez da ICC uma verdadeira fusão de competências dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário sobre os serviços interestaduais de transporte ferroviário.

Sobre a relevância da ICC para a moderna administração pública dos Estados Unidos, expõem Jerry L. Mashaw et al.:

The Commission was important for our purposes because its regulatory activities generated a series of court decisions that provided the underpinnings for the development of a body of administrative law to insure the legality and procedural regularity of regulatory activity (2000, p. 5).

Em período seguinte, a atuação das agências reguladoras passou a tender, predominantemente, para os setores da economia em transformação. É significativa, de fato, a proliferação de agências federais, nas primeiras décadas do século XX, e seu envolvimento no mercado privado (GIACOMUZZI, 2003, p. 173). Tal fenômeno fora causado, dentre outros

⁵³ “The ICC was the first federal regulatory agency authorized to police broadly the detailed operations of a significant sector of the U.S. economy” (MASHAW, Jerry L. et. al., 2000, p. 4).

⁵⁴ “A concepção originária dos E.U.A. e o sistema do *Common Law* praticamente desconheciam a função administrativa, daí a já mencionada utilização da nomenclatura de função ‘quase-judicial’ e ‘quase-legislativa’ das agências reguladoras, para o que, em realidade não era nada mais do que, respectivamente, a função processual e regulamentar da Administração Pública. Com a atual posição da Suprema Corte, que impede uma série de ingerências do Poder Legislativo sobre as agências que exercem funções administrativas, ficou claro que as outrora chamadas funções ‘quase-judiciais’ e ‘quase-legislativas’ das agências reguladoras são espécies da função administrativa *lato sensu* [...]” (ARAGÃO, 2005, p. 232).

⁵⁵ Mesmo com esses poderes quase-legislativo e quase-judicial, a doutrina afasta a idéia de que as agências reguladoras constituam um quarto poder no Estado, além do Legislativo, do Executivo e do Judiciário. Essa é o entendimento de Bernard Schwartz (2001) e de Richard Pierce Jr., para quem “existem somente três ramos do governo; qualquer agência deve ‘submeter-se’ a alguma combinação dos três. O problema – ainda somente parcialmente resolvido – é determinar o alcance admissível da relação entre agências e os três Ramos” (2002, p. 25). Tradução livre.

fatores, por dificuldades vivenciadas na área econômica e pelo acentuado número de desempregos e demissões, os quais se intensificaram com a crise dos anos 30⁵⁶.

São exemplos de agências reguladoras criadas nesse período a *Federal Trade Commission*, de 1914⁵⁷; a *Federal Power Commission* de 1930⁵⁸; a *Food and Drug Administration* – FDA de 1932⁵⁹; a *Federal Deposit Insurance Corporation* – FDIC 1933⁶⁰; a

⁵⁶ O New Deal, plano econômico de reestruturação dos Estados Unidos proposto no governo de Franklin Delano Roosevelt, foi um divisor de águas para a criação de novas agências administrativas federais. “Concerns of both practice and principle notwithstanding, the President and Congress created a host of new entities, often with broad and vaguely described authority, to respond to the national economic emergency” (MASHAW et al., 2000, p. 5).

⁵⁷ Em 26 de setembro de 1914, o Congresso dos Estados Unidos aprovou a *Federal Trade Commission Act*, - FTCA, criando a *Federal Trade Commission* – FTC, a qual foi dada a missão de coibir práticas de comércio desleais (*unfair methods of competition*) e complementar a legislação antitruste. Originalmente, a FTC foi concebida para proteção dos negócios e da concorrência, sem responsabilidade direta para com os consumidores. Não obstante, já em algumas de suas decisões iniciais, aquela agência sinalou a possibilidade de proteger os consumidores, agindo, assim, nos primeiros quinze anos de atuação. A Suprema Corte norte-americana, no entanto, em 1931, afirmara que a FTCA não outorgara à Comissão a proteção dos consumidores, à exceção de quando essa proteção se desse como mera consequência da proteção dos concorrentes (*FTC v. Raladom*, 283 U.S. 643). Consequentemente, o Congresso emendou a FTCA para capacitar a agência a proteger tanto os concorrentes como os consumidores, acrescentando-lhe, assim, o poder sobre *unfair or deceptive acts or practices*. Hodiernamente, a FTC é responsável, além de suas atribuições originárias, no sentido de coibir a prática de atos de comércio desleais, por prevenir os cidadãos de serem iludidos, ou por qualquer outra forma injuriados, através de publicidade e outras práticas de mercado, referentes à radiodifusão, aos meios de comunicações impressos e demais meios de informação utilizados na relação entre vendedores e compradores.

⁵⁸ A *Federal Power Commission* – FPC foi instituída pelo Congresso norte-americano em 10 de junho de 1920, com a finalidade de coordenar os projetos hidroelétricos nas terras e águas navegáveis sob controle federal. Na sua forma original, a FPC estava sob a coadministração de três Secretarias: Guerra, Interior e Agricultura. Somente no final da década 1930, a Comissão foi organizada de forma independente, quando aprovado, pelo Congresso, a previsão de um fundo para empregar uma equipe de funcionários permanente.

Ainda na terceira década do século passado, a FPC teve o domínio de sua competência expandido para abranger, a par de projetos hidroelétricos, a regulamentação de questões relativas ao gás natural e à potência elétrica transmitidos através das linhas estaduais. Com a aprovação da *Federal Power Act* – FPA de 1935 e a *Natural Gas Act* – NGA de 1938, restou conferida à FPC, pelo Congresso, a regulamentação da venda e transporte do gás natural e eletricidade. Em 1940, a NGA foi emendada para permitir à FPC regular e certificar a instalação de gás natural, o que aumentou significativamente o domínio de sua jurisdição.

⁵⁹ De acordo com a *Federal Food, Drug and Cosmetic Act* – FD&C Act, à *Food and Drug Administration* – FDA compete regular e fiscalizar a saúde pública, notadamente a produção e comercialização de alimentos (exceto carnes e aves, regulados pelo *U. S. Department of Agriculture*), medicamentos, vacinas, cosméticos, produtos eletrônicos que emitem radiação (incluídos os telefones celular), medicamentos e ração animais. Historicamente, verifica-se que essa agência se desenvolveu a partir de um químico individual pertencente ao *Department of Agriculture*, ganhando o status de *Bureau of Chemistry* no ano de 1901. Em 1927, foi alterada sua denominação para *Food, Drug and Insecticide Administration*, a qual, em 1930, foi reduzida para *Food and Drug Administration*. Em dias atuais, conta com um quadro de funcionários composto de profissionais diversos, como químicos, farmacologistas, farmacêuticos, microbiologistas, físicos, veterinários, advogados, entre outros. A lei denominada *FDA Modernization Act* – FDAMA, de 1997, consolidou o papel de proteção da saúde pública cometido à FDA e definiu a missão desta agência a ser realizada, em linhas gerais, através do estabelecimento e aplicação de padrões e outras exigências regulamentares relativamente à sua esfera de competência, com base em autorização da FD&C Act.

⁶⁰ A *Federal Deposit Insurance Corporation* – FDIC, agência independente do governo federal, foi criada em 1933 através do *Federal Deposit Insurance Act* – FDIA, com o propósito de promover e preservar a confiança pública no sistema financeiro norte-americano, após reiteradas falhas do setor bancário verificadas na década de 20 e início da década 30 do século passado. Em linhas gerais, cabe à FDIC assegurar os depósitos em banco

Federal Communication Commission de 1934⁶¹; a *Securities and Exchange Commission* de 1934⁶²; a *National Labor Relations Board* de 1935⁶³; a *Federal Maritime Commission* – FMC de 1936⁶⁴; e da *Civil Aeronautics Board* de 1938⁶⁵.

e instituições de poupança e/ou financeiras (não incluídos os seguros, fundos de mútuo e investimento ou espécies similares de investimentos que os bancos ou instituições financeiras podem oferecer; identificar, monitorar e tratar dos riscos aos fundos de garantia; e restringir os efeitos de (possíveis) falhas ou quebras de bancos ou instituições financeiras na economia e no sistema financeiro.

⁶¹ A *Federal Communication Commission* – FCC é uma agência independente do governo dos Estados Unidos, criada pela *Communication Act* – FA em 1934, como sucessora da *Federal Radio Commission*. A ela incumbe a regulação da comunicação interestadual e internacional por rádio, televisão, fio, satélite e cabo, abrangendo em sua jurisdição cerca de cinquenta estados, o Distrito de Columbia e as possessões dos Estados Unidos. Dividida internamente em seis repartições operacionais e dez escritórios de funcionários, a FCC é responsável, dentre outras funções, por processar as solicitações de licenças; analisar reclamações; conduzir investigações; desenvolver e implementar programas regulatórios; tomar parte em audiências; e prestar suporte de serviços na sua área de competência.

⁶² Após um período de grandes dificuldades no campo econômico, agravado pela quebra da Bolsa de Nova Iorque em outubro de 1929, o Congresso aprovou, no ano de 1933, a *Securities Act* e, no ano de 1934, a *Securities Exchange Act*, a fim de controlar o mercado de ações e, com isso, restaurar a confiança dos investidores nos mercados de capitais norte-americanos. Neste último ano, foi instituída também a *Securities Exchange Commission* – SEC, sendo-lhe conferida a autoridade para implementar as leis então aprovadas – dentre as quais: a *Securities Act* de 1933, a *Securities Exchange Act* de 1934, a *Trust Indenture Act* de 1939, a *Investment Company Act* de 1940 e a *Investment Advisors Act* –, bem como para promover a estabilidade e a integridade do mercado e, mais importante, para proteger os investidores que, no final da década de 20, haviam passado por infortúnios advindos da crise no setor.

⁶³ A *National Labor Relation Board* – NLRB é uma agência federal independente criada pelo Congresso em 1935, para administrar a *National Labor Relation Act* – NLRA, primeira lei a disciplinar as relações entre sindicatos e empregadores no setor privado. Aplicável aos empregadores envolvidos no comércio interestadual – a par das linhas aéreas, estradas de ferro, agricultura e governo –, a NLRB visa implementar a política nacional de trabalho, assegurando a livre escolha dos trabalhadores e encorajando a negociação coletiva como um meio de manter um ambiente adequado e pacífico no setor industrial. Basicamente, a NLRB tem duas funções principais – desde que provocada pela(s) parte(s) interessada(s) –, a saber: determinar, através de livre e democrática escolha dos empregados, se eles querem ser representados por um sindicato ao negociar com a classe de empregadores e, se positivo, por qual sindicato; e prevenir e remediar atos ilegais, denominados “práticas de trabalho irregular”, tanto por empregadores como por sindicatos. Quanto à sua estrutura, a NLRB é formada por dois grandes e distintos componentes: a *Board* em si, que atua, primeiramente, como uma junta quase-legislativa, decidindo casos com base em registros formais no procedimento administrativo; e o *General Counsel*, que, independente da *Board*, é responsável pela investigação e denúncia de práticas de trabalho irregular e pela supervisão geral das repartições da área da NLRB no processamento de casos.

⁶⁴ A *Federal Maritime Commission* – FMC foi estabelecida como agência independente pelo *Reorganization Plan* n. 7, de 12 de agosto de 1961, com o propósito de regular o transporte marítimo do comércio externo dos Estados Unidos, de modo a assegurar sua integridade e eficiência. Até então, à *Federal Maritime Board* competia tanto o desenvolvimento da Marinha Mercante norte-americana como a regulação do comércio marítimo. A separação das leis de navegação em duas categorias ocorrera somente com o aludido plano de reorganização, quando foi atribuída à FMC a tarefa de administrar as leis e outras disposições regulamentares relativas à matéria, como a *Shipping Act* de 1984, a *Foreign Shipping Practice Act* de 1988, a seção 19 da *Merchant Marine Act* de 1920 e a *Public Law 98-777*, as quais, em sua maioria, foram emendadas pela *Ocean Shipping Reform Act* de 1998, em vigor desde 1º de maio de 1999. Dentre suas atribuições, destaca-se o desenvolvimento e administração de políticas e as regulamentações no sentido de favorecer um sistema de transporte marítimo justo, eficiente e seguro; proteger o comércio marítimo norte-americano de práticas comerciais estrangeiras desleais; facilitar observância das leis de navegação; e auxiliar na solução de controvérsias.

⁶⁵ A *Civil Aeronautic Act* de 1939 transferiu a administração da aviação civil federal, antes sob responsabilidade do Departamento de Comércio – cuja competência, prevista na *Air Commerce Act*, de 20 de maio de 1926, incluía a edição e execução de regras do tráfego aéreo, licença para pilotos, certificado de aeronaves, definição de rotas aéreas e ajuda de operação e manutenção –, a uma nova agência independente: a *Civil Aeronautic*

Cumpra sinalar, desde logo, que estão sujeitas aos poderes dessas agências reguladoras, notadamente, as *public utilities*, assim entendidas aquelas espécies de serviços essenciais (*industries affected with the public interest*), como o de energia elétrica, de gás, de água, de telefone, de transporte aéreo ou ferroviário; e que têm uma tendência natural ao monopólio, justificando, pois, a sua regulação pelas agências ou outras entidades governamentais em prol da sociedade. Explica, a propósito, Ernest Freund:

The term “public utilities” is here used as covering those classes of business which are subject to intensive control by reason of the fact that they claim special public privileges (right of eminent domain, special use of public highways), or that by inherent economic conditions they tend to assume the character of monopolies, or by reason of these two factors combined (1928, p. 304).

Não se pode, todavia, confundi-los com a noção de serviço público, tal como conhecida nos direitos do sistema romano-germânico, inclusive no direito brasileiro⁶⁶. Nos Estados Unidos, “praticamente toda a atividade econômica é deixada ao setor privado, sendo pouquíssimos os casos em que o Estado dela se desincumbe” (COUTO E SILVA, 2002, p. 47).

Nesse sentido, afirma Jorge S. García (1999, p. 36) que “la noción de ‘public utility’ sería equivalente a la de servicio público; pero mientras la clásica de este último finca en la

Authority – CAA. Aquela lei também ampliou o papel do governo, conferindo-lhe autoridade e poder para regular o preço de passagens das linhas aéreas e para determinar as rotas que os porta-aviões realizariam. No ano de 1940, o Presidente Franklin Roosevelt, no exercício de seu segundo mandato, dividiu a CAA em duas agências: a *Civil Aeronautic Administration* (CAA) e a *Civil Aeronautic Board* (CAB). A primeira ficou responsável pelo controle do tráfego aéreo, pelos certificados de aeronaves e aviadores, por práticas de segurança (*security enforcement*), e pelo desenvolvimento de rotas aéreas. À segunda, por seu turno, foram confiadas as funções de regulamentação da segurança, da investigação de acidentes, bem como a regulação econômica das linhas aéreas. Ambas as entidades pertenciam ao Departamento de Comércio, mas a CAB, diferentemente da CAA, operou com certa independência em relação ao Secretário. Editada em 1978, a *Airline Deregulation Act* fez cessar gradualmente o poder de regulamentação econômica da CAB, a qual, finalmente, deixou de existir no término do ano de 1984.

⁶⁶ Para o direito norte-americano, realmente, é estranha a noção de serviço público, na forma em que utilizada pelos direitos do sistema romano-germânico, em especial pelo direito francês, país em que alcançou o tema o mais alto prestígio, a ponto de se identificar com o modelo organizacional de Estado (JUSTEN, 2003). Daquela noção o que mais se aproxima é o *postal service*, ou serviço postal ou de correio, que tem previsão no art. I, seção 8. Hoje sob a responsabilidade do U.S. Post Office Department, este serviço nasceu da necessidade de os funcionários do governo se comunicarem internamente e com os cidadãos, bem como de serem mantidos informados dos acontecimentos externos.

idea de actividad estatal delegada a los particulares, a la primera parte de la base que media una actividad privada reglamentada por el Estado”. Mais adiante diz o autor (1999, p. 37) também que a idéia de “public utility” não pode ser entendida em contraposição ao conceito de propriedade privada, pois “la propiedad privada es un presupuesto para arribar a que una determinada actividad pueda ser considerada como ‘public utility’”.

Decorrido certo tempo, as agências reguladoras entraram para o domínio de áreas diversas da econômica, voltando-se para os problemas cada vez mais complexos da sociedade moderna, em benefício do bem-estar dos indivíduos. A propósito, afirma Richard J. Pierce Jr.:

The size and scope of federal administrative activity has increased during every period in the nation’s history. The independent regulatory agencies that dominated federal administrative activity in the 1930s – ICC, CAB, FCC, FPC, FTC, SEC, and NLRB – have declined in relative importance. Scores of new agencies have been created to perform new missions, e.g., reduce racial discrimination, protect health and safety, protect the environment, and allocate a wide variety of government benefits to individuals (2001, p. 7).

O Congresso, de fato, na segunda metade do século passado (especialmente entre as décadas de 60 e 70)⁶⁷, estabeleceu mais de trinta agências, paralelamente à instituição de programas orientados para eliminar a discriminação racial e sexual, promover a segurança dos trabalhadores e dos consumidores, proteger a saúde dos indivíduos e o meioambiente e, ainda, para prevenir a fraude aos consumidores – demandas emergentes da sociedade à época (MASHAW et al, 2000, p. 6). Essas agências, dizem Mashaw et al., não só estenderam o

⁶⁷ Para explicar o crescimento do aparato burocrático do governo norte-americano neste período, a doutrina menciona, dentre outras causas, a substituição pelo governo de tarefas voltadas para o bem-estar social que antes eram desempenhadas pelas famílias e por instituições privadas, as mudanças na ideologia pública, o movimento dos direitos civis, os imperativos da modernização e, claro, o próprio interesse dos legisladores e burocratas nas suas decisões. (MASHAW et al, 2000).

alcance regulatório do governo federal, como também refletiram na sua estrutura, contrapondo-se às críticas dirigidas às agências precedentes (2000)⁶⁸.

Fortaleceu-se, também, no período, a idéia de que era preciso assegurar a tecnicidade das decisões das agências reguladoras. Daí a compreensão de que “tais entes, insertos no poder executivo, não poderiam ficar expostos às contingências políticas” (PAGOTTO, 2005, p. 156). Foram, pois, adjetivas de independentes⁶⁹, vindo a constituir esta uma das principais notas distintivas do modelo de administração pública de inspiração continental até então vigente.

Nesse contexto, foram as agências reguladoras se firmando na ordem jurídica norte-americana, com seus poderes regulatório e/ou adjudicatório – por vezes contestados perante os Tribunais e censurados, sobretudo, no caso de a lei federal haver delegado poderes excessivamente amplos aos administradores – , não só em resposta à percepção dos problemas sociais que justificariam a intervenção do Estado, como também à idéia de que as instituições existentes revelavam-se insuficientes ou inadequadas para tanto⁷⁰ (MASHAW et al., 2000)⁷¹.

Ao seu encontro, foi editada pelo Congresso a *Administrative Procedure Act* – APA⁷², de 1946, no intuito de legitimar a prática dessas agências reguladoras⁷³, que traz, inclusive, no seu §557 (1), uma definição de agência:

⁶⁸ “The new agency were to be different: their mandates more specific; their power more concentrated in a single administrator; their enforcement discretion more circumscribed; their processes more open to participation of putative beneficiaries; and their powers more focused on the establishment of mandatory policy by general rules” (MASHAW & HARFST apud MASHAW et al., 2000, p. 6).

⁶⁹ “As agências reguladoras norte-americanas, federais e estaduais, são, em geral, dirigidas por cinco ou mais membros, indicados pelo Presidente da República para cumprir mandatos fixos, escalonados e não coincidentes com o mandato presidencial” (WALD; MORAES, 1999, p. 168).

⁷⁰ O papel do Judiciário aqui, mais uma vez, é de manifesta importância – e diferente não seria em um sistema eminentemente jurisprudencial, como é o direito norte-americano – , na medida em que, em sendo confirmada reiteradamente sua legitimidade, as agências reguladoras viram se consolidar, na esfera do governo federal, o seu poder de regulação, para intervir em áreas da iniciativa privada em prol do bem estar da população.

⁷¹ Questionando-se sobre o porquê da existência das agências reguladoras, responde John Reese: “nós as temos simplesmente porque nós sempre as tivemos. Elas são essenciais ao funcionamento do governo. Ambos os governos federal e estadual têm criado agências para conduzir os negócios do governo” (1995, p. 7). Tradução livre.

⁷² Diante da (intensa) atividade regulatória verificada no primeiro quarto do século passado, foram editadas em nível federal e também estadual – cada estado da federação no âmbito da respectiva competência – , leis de procedimento administrativo, com o propósito de aprimorar a participação das partes potencialmente

- (1) Agency means each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency, but does not include –
- (A) the Congress;
 - (B) the courts of the United States;
 - (C) the government of the territories or possessions of the United States; (D) the government of District of Columbia; or except as to the requirements of section 552 of this title –
 - (E) agencies composed of representatives of the parties or of the representatives of organizations of the parties to the disputes determined by them;
 - (F) courts martial and military commissions;
 - (G) military authority exercised in the field in time of war or is occupied territory; or
 - (H) functions conferred by sections 1738, 1739, 1743 and 1744 of title 12; chapter 2 of the title 41; or sections 1622, 1884, 1891-1902, and former section 1641 (b) (2) of the title 50, appendix;

O conceito legal⁷⁴ é, de veras, bastante amplo, pouco dizendo sobre o que é uma agência reguladora em suas características e atribuições. Na verdade, procura defini-la por exclusão: é cada autoridade do governo dos Estados Unidos⁷⁵, exceto aquelas enumeradas nas letras A a H do mesmo § 557 do APA (Congresso, tribunais, governo de territórios ou possessões norte-americanas, governo do Distrito de Columbia, agências compostas de representantes das partes ou de representantes de organizações das partes, tribunais marciais e

envolvidas no processo decisório das agências, assim como de ampliar a divulgação das regras editadas por tais entidades. Em geral, essas leis estabelecem um conjunto de regras procedimentais relativas à atividade administrativa das agências, incluída a regulação, consultas, procedimentos adjudicatórios e de licenciamento, e, ainda, a revisão judicial de tais atos. Nessa perspectiva, pois, promulgou-se, no ano de 1946, a *Administrative Procedure Act* (5 U.S.C. §§ 551-583, 701-706, 801-808, 3105, 3344, 6362, 7562), objetivando orientar e promover a uniformização do processo decisório das agências federais, a partir de princípios básicos e padrões mínimos estabelecidos quanto à produção e execução das normas. Tal é a importância deste diploma que, consoante Richard Pierce Jr., é a APA que “provê a estrutura legal em que o direito administrativo é construído” (2002, p. 02).

⁷³ Sobre o tema, expõe James Landis: “In terms of political theory, the administrative process springs from the inadequacy of a simple tripartite form of government to deal with modern problems. It represents a striving to adapt governmental technique, that still divides under three rubrics to modern needs and, at the same time, to preserve those elements of responsibility and those conditions of balance that have distinguished Anglo-American government” (2001, p. 36).

⁷⁴ Esse conceito não encerra a noção de agência no direito norte-americano – outras agências podem existir, que não estejam sob regência do APA –, mas é, sem dúvida, um importante referencial na matéria.

⁷⁵ Diante da imprecisão do termo “autoridade”, Gary Lawson se reporta a um informe do legislativo publicado antes da edição do APA, com o seguinte teor: “It is necessary to define agency as ‘authority’ rather than by name or form, because of the present system of including one agency within another or of authorizing internal boards or ‘divisions’ to have final authority. ‘Authority’ means any officer or board, whether within another agency or not, which by law has authority to take final and binding action with or without appeal to some superior administrative authority. Thus, ‘divisions’ of the Interstate Commerce Commission and the judicial officers of the Department of Agriculture would be ‘agencies’ within this definition” (2001, p. 4).

comissões militares, autoridade militar exercida no campo em tempo de guerra ou de território ocupado, e outras funções especificadas no apêndice da lei procedimental)⁷⁶.

Segundo Richard Pierce Jr. (2002), ao perquirir se determinada entidade é uma agência para os fins do APA, muitos tribunais têm procurado identificar, no primeiro momento, centros de gravidade do exercício do poder administrativo, onde estariam investidos então poderes substanciais para agir⁷⁷. Outros, porém, preferem se basear no fato de a entidade ter ou não autoridade para, assim, adotar atos juridicamente vinculativos.

Tipicamente, as agências reguladoras têm, em si, concentrados os poderes legislativo e judicial, assim denominados, respectivamente, *rule making power* e *adjudication power*. Ou seja, podem elas determinar, tanto por regra ou regulamento como por decisão, direitos e obrigações aos particulares (2001, p. 10)⁷⁸.

Conforme doutrina Bernard Schwartz, uma agência reguladora tem autoridade para emitir regras e regulamentos que têm força de lei (poder que é legislativo por natureza) e autoridade para decidir casos individuais (poder judicial por natureza)⁷⁹. E é através do exercício da sua autoridade regulamentar e adjudicatória que aquela é capaz de determinar direitos privados e obrigações (2001, p. 10).

Considerando os poderes que tipicamente são atribuídos às agências administrativas, a doutrina destaca os dois principais tipos de agências no direito norte-americano: as regulatórias (*regulatory agencies*) e as não regulatórias (*non regulatory agencies*).

⁷⁶As exclusões previstas nas letras A a D aplicam-se relativamente a todo o APA; as de letras E a H aplicam-se, igualmente, ao APA, com exceção do § 552, que trata da informação e publicidade dos atos das agências. Nos termos do §552 (e), o termo *agency*, para os fins da seção, na forma em que definido na seção 555 (1), inclui qualquer departamento executivo, departamento militar, corporação do Governo, corporação controlada do Governo, ou outro estabelecimento do poder executivo do Governo (incluído o gabinete do Presidente) ou qualquer agência regulatória independente.

⁷⁷ Tradução livre.

⁷⁸ Assim consta no relatório do primeiro e principal estudo oficial de direito administrativo, o *United States Attorney General's Committee*, de 1941: "The Committee has regarded as the distinguishing feature of an 'administrative' agency the power to determine, either by rule or by decision, private rights and obligations".

⁷⁹ Tão expressivo é o papel desempenhado pelas agências, que, segundo Richard Pierce Jr. (2002), as agências federais decidem mais controvérsias que as cortes federais e criam mais regras de condutas obrigatórias que o Congresso.

As primeiras, segundo Bernard Schwartz (2001, p. 20), têm poder para prescrever o que será ou não será feito em determinada situação (exatamente como o faz o legislador), assim como para determinar se o direito foi violado em um caso particular e para proceder contra o violador (exatamente como o acusador e os tribunais fazem) e, ainda, para impor multas e executá-las.

O qualificativo “regulatórias” advém, justamente, da autoridade que a essas agências é conferida para, nos termos de sua lei habilitadora, regular a atividade econômica e outros setores de interesse público, afetando, pois, os direitos dos indivíduos e a maneira com que estes podem ser exercidos⁸⁰. Desse modo, setores da economia nacional – de considerável relevância para o desenvolvimento da sociedade –, como o transporte terrestre e aéreo, gás, energia elétrica, comunicação, mercados de investimentos, relação de trabalho e práticas de comércio, passam a ser objeto de disciplina específica, sob responsabilidade das agências administrativas, para fins de adequação e controle dos serviços respectivos (*public utilities*) – prestados diretamente pela iniciativa privada – , no que tange à qualidade e respectivos preços.

Para tanto, dispõem as agências administrativas ditas regulatórias de poderes compreendidos, genericamente, em três categorias: (a) poder de licença, isto é, poder que as agências têm para controlar o ingresso e exercício de certa atividade econômica, como, por exemplo, para operar em rotas aéreas, ou explorar transmissão de rádio ou televisão etc.; (b) poder de fixar taxas e impostos (denominado *rate-making*) devidos pelas pessoas – físicas e jurídicas – sujeitas à jurisdição das agências responsáveis, notadamente, pelo controle de serviços e transportadoras (como o fazem, exemplificativamente, a *Federal Commerce*

⁸⁰Observa-se que esse poder regulatório, apesar de característico, não é exclusivo das agências administrativas independentes. Também a certos departamentos – diretamente vinculados ao Poder Executivo – é conferida esta espécie de poder, como se vê, por exemplo, em relação ao *United States Department of Agriculture* – criado em 1862, no governo de Abrahan Lincol , que tem competência para versar, baseada em conhecimentos científicos específicos e políticas públicas, acerca da agricultura e desenvolvimento rural; fornecimento de alimentos (como carnes, aves e ovos); recursos naturais e meioambiente; e demais questões relacionadas.

Commission e a *Civil Aeronautic Board*; e (c) poder sobre práticas comerciais, que se traduz na autoridade para aprovar ou proibir práticas empregadas em determinados negócios, como ocorre em relação a práticas de comércio ou de trabalho desleais, e a determinadas indústrias⁸¹.

Por seu turno, as agências não regulatórias são responsáveis, de acordo com atribuição conferida por lei, por promover o bem-estar econômico e social, mediante a atuação em determinadas áreas de interesse público. Àquelas agências é reconhecido autoridade para conceder benefícios, tais como pensões e seguro do governo, a fim de promover o bem-estar social e econômico. Existem elas tanto em nível estadual quanto federal, sendo exemplos, no último caso, o *Department of Health, Education and Welfare*⁸², o *Farm Credit Administration*⁸³ e a *Railroad Retirement Board*⁸⁴.

⁸¹Esse é poder conferido à *Federal Trade Commission* e à *National Labor Relations Board* (relativamente a práticas de comércio e trabalho desleais, nesta ordem), e à *Interstate Commerce Commission*, *Civil Aeronautic Board*, *Federal Communication Commission*, *Federal Power Commission*, *Securities and Exchange Commission*.

⁸²O *United States Department of Health & Human Service* é a principal agência voltada ao provimento de serviços essenciais e à proteção da saúde dos norte-americanos, a partir de uma série de programas relacionados. É compreendida por 12 (doze) agências e 9 (nove) divisões de pessoal. Dentre as ações sob sua responsabilidade, destacam-se: a saúde e o bem-estar social; as pesquisas biomédicas; a prevenção de doenças, inclusive com serviços de imunização; o controle na segurança de alimentos e medicamentos; a assistência financeira e serviços para as famílias de baixa renda; a prevenção de abusos em crianças e violência doméstica; os serviços para idosos; os serviços para os americanos nativos etc.

⁸³A *Farm Credit Administration* – FCA é uma agência independente do poder executivo do governo dos Estados Unidos, criada em 1933, por uma ordem do Presidente Franklin D. Roosevelt, que tem como finalidade regular e inspecionar bancos, associações e entidades relacionadas ao *Farm Credit System* – FCS, incluindo o *Federal Agriculture Mortgage Corporation* – Farmer Mac. Decorrem da *Farm Credit Act* de 1971 poderes e autoridade sobre uma ampla rede de instituições financeiras, da qual provêm créditos para fazendeiros, rancheiros e cooperativas de serviços agrícola e rural. Compõem a direção da FCA três membros nomeados pelo Presidente, a partir de indicação e com o consentimento do Senado. O Presidente nomeia, também, o presidente da FCA (*chairman*), que irá servir como chefe executivo da agência, além de responder por sua gerência.

⁸⁴A *Railroad Retirement Board* – RRB é uma agência independente do Governo Federal norte-americano, criada em 1930 pela *Railroad Retirement Acts*, que instituiu um programa de benefícios de aposentadoria para os trabalhadores das ferrovias nacionais. Tem como função principal administrar um amplo programa de aposentadorias e auxílio à saúde e aos desempregados daquele setor, bem como de suas famílias, segundo as *Railroad Retirement* e *Railroad Unemployment Insurance Act*. Relacionado ao programa de aposentadoria, a RRB tem, igualmente, de acordo com o *Social Security Act*, responsabilidade pelo pagamento de certos benefícios e cobertura do *Medicare* – um programa próprio da saúde – dos trabalhadores. Sua administração é composta de 3 (três) membros nomeados pelo Presidente dos Estados Unidos, a partir de recomendação e com o consentimento do Senado. Um membro é nomeado conforme indicação dos ferroviários; um segundo, conforme indicação das organizações de trabalho das ferrovias; e o terceiro é nomeado para representar o interesse público e exercer a função de Presidente (*Chairman*) da agência.

A despeito da importância das agências não regulatórias, a atenção dos doutrinadores e operadores do direito centra-se, especialmente, nas agências regulatórias, dada a repercussão de seus atos no desenvolvimento da economia nacional e, sobretudo, no desenvolvimento desse ramo específico do direito: o direito administrativo.

De toda sorte, é possível identificar as agências reguladoras como entidades do governo norte-americano, criadas por lei (lei esta que determina sua estrutura, define sua autoridade e seus fins), que, no exercício de seu poder regulatório e/ou poder adjudicatório, afetam direitos e obrigações de particulares, conformando, por conseguinte, determinados setores da ordem econômico-social. Mais: sem fazer parte do Poder Legislativo nem do Poder Judiciário, constituem elas um instrumento de relevância para o Estado, na medida em que atuam realizando as políticas do Estado, por sua vez, definidas em standards, consoante – e sempre assim – com as escolhas dos representantes do povo, ao mesmo tempo em que asseguram a tecnicidade de suas decisões.

1.3 As agências reguladoras no direito brasileiro

No Brasil, país do sistema romano-germânico, os motivos que levaram à adoção de um modelo organizativo de agências reguladoras (esta a denominação utilizada pelo legislador brasileiro) não coincidem exatamente com aqueles antes invocados para justificar a criação das agências reguladoras norte-americanas. Entender, pois, o que fez o legislador e, também, o constituinte brasileiro (como se verá mais adiante, pelo menos duas das agências reguladoras têm previsão constitucional) a se inspirar no modelo de regulação administrativa dos Estados Unidos, aproximando direitos de sistemas diversos, é tarefa que desafia a

retomada das mudanças estruturais operadas no Estado brasileiro, sobretudo, na última década do século passado⁸⁵.

O processo de reforma do aparelho Estado⁸⁶, iniciado na década de 90 do século passado, teve como meta principal a superação de um modelo de Estado Social em crise, cujo crescimento havia se dado de forma desmesurada, em virtude de sua maior intervenção na vida econômica e social, em prol do bem estar comum. Objetivou-se, com efeito, a redefinição e modernização da estrutura estatal, promovendo o ajuste fiscal necessário e lançando as bases para o processo de transição para uma administração pública gerencial, a partir de uma nova perspectiva em relação à gestão e controle da máquina pública. São exemplos dessa tendência a privatização, no sentido estreito do termo, e a terceirização (COUTO E SILVA, 1997).

Como destaca Diogo de Figueiredo Neto, a sociedade, nos últimos tempos, sofreu transformações e, assim, passou a exigir do Estado,

⁸⁵ Segundo Almiro do Couto e Silva, não é “necessário dizer que tal tendência está intimamente relacionada com a circunstância de haver os Estados Unidos, após a segunda grande guerra mundial e, mais fortemente ainda depois da queda do muro de Berlim, assumido posição hegemônica numa economia que hoje é globalizada. Mas não só. Existem outras causas que são, pelo menos, igualmente importantes. Ela resulta também da crise do Estado Social, do Estado Providência ou do Welfare State, o qual, com o seu gigantismo, suas imensas despesas e seus déficits públicos, sua ampla intervenção no campo econômico e no campo social, deu origem e alimentou uma forte reação no plano teórico, representada pela corrente de pensamento chamada de neo-liberal. [...] Foi dentro dessa moldura que se iniciou a discussão mundial sobre o tamanho do Estado e as medidas que deveriam ser utilizadas para reduzi-lo. Estão ligadas a esse contexto as privatizações, a liberalização, a desregulamentação, a quebra de monopólios estatais de serviços públicos e a abertura à concorrência das atividades por eles exercidas, bem como a atribuição de novos papéis aos particulares na realização dos fins públicos” (2002, p. 48).

⁸⁶ Segundo Luiz Carlos Bresser Pereira (1997, p. 19), quatro são os componentes ou processos básicos da reforma do Estado: “(a) a delimitação das funções do Estado, reduzindo seu tamanho em termos principalmente de pessoal através de programas de privatização, terceirização e ‘publicização’ [...]; (b) a redução do grau de interferência do Estado ao efetivamente necessário através de programas de desregulação que aumentem o recurso aos mecanismos de controle via mercado, transformando o Estado em um promotor de capacidade de competição do país a nível internacional ao invés de protetor da economia nacional contra a competição internacional; (c) o aumento da governança do Estado, ou seja, da sua capacidade de tornar efetivas as decisões do governo, através do ajuste fiscal, que devolve autonomia financeira ao Estado, da reforma administrativa rumo a uma administração pública gerencial (ao invés de burocrática) e a separação, dentro do Estado, ao nível das atividades exclusivas de Estado, entre a formulação de políticas públicas e a sua execução; e, finalmente, (d) o aumento da governabilidade, ou seja, do poder do governo, graças à existência de instituições políticas que garantam uma melhor intermediação de interesses e tornem mais legítimos e democráticos os governos, aperfeiçoando a democracia representativa e abrindo espaço para o controle social ou democracia direta”.

demanda por eficiência – uma óbvia consequência da *pluralização* e da *maior nitidez* das demandas, potenciada, por sua vez, pelo *efeito demonstração* das comunicações. Em síntese, não basta o simples desempenho dos entes e órgãos públicos (eficácia), para ser exigido o bom desempenho (eficiência), aquele que leva à satisfação dos usuários dessas atividades.

Em consequência, surge a demanda por subsidiariedade, ou seja, passa a ser necessário que o atendimento prestado pelo Estado seja atribuído racionalmente aos entes ou órgãos mais aptos a atuar com racionalidade, presteza e proximidade, sendo esta desejável, sempre que possível (p. 231-2).

Sob a ótica institucional-legal, a idéia estava centrada no “aperfeiçoamento do sistema jurídico-legal, notadamente de ordem constitucional, de maneira a remover os constrangimentos existentes que impedem a adoção da administração ágil e com maior grau de autonomia, capaz de enfrentar os desafios do Estado moderno”⁸⁷. Com isso, diz Diogo de Figueiredo Moreira Neto, não se pretendeu um modelo de Estado identificado com o Estado mínimo; pelo contrário, “apenas se deslocou a atuação estatal do campo empresarial para o domínio da disciplina jurídica, com a ampliação de seu papel na regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas” (2003, p. 25).

Aqui, importa lembrar que o conceito de serviço público, no Brasil, de acordo com Almiro do Couto e Silva,

segue, em suas linhas gerais, a noção clássica francesa, designando, por consequência, aquele serviço que é prestado por órgão estatal, visando fim de utilidade pública, ou executado por particular, mas, neste caso, sempre por delegação do Estado. Em outras palavras, para qualificação de um serviço como público, a par do interesse geral a que se destina a satisfazer, é indispensável um vínculo orgânico entre ele e o Estado. Este é o titular do serviço, muito embora a sua gestão possa ser transferida a particulares (2002, p. 45).

⁸⁷ Plano Diretor da Reforma do Estado. Disponível em <<http://www.planejamento.gov.br/GESTAO>>. Acesso em 29.12.2005.

Nesta perspectiva, propostas de Emenda Constitucional⁸⁸ foram apresentadas pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, com o escopo de levar a efeito mudanças na área administrativa do Estado, ajustando-a, também, ao inexorável fenômeno da globalização⁸⁹, que produziu transformações profundas no modelo de economia mundial. Como bem apreendido por Gaspar A. Ortiz, o fundamental em uma reforma estrutural é iniciar a separação entre financiamento público e gestão pública, pois,

Con un sector público más reducido, el Gobierno sería más eficiente, se concentraría en los temas claves – en aquéllos que son los problemas esenciales de una sociedad - , tendría más capacidad de dirigir y controlar (en lugar de gestionar, exigir y mandar) y en definitiva haría mejor lo que tiene que hacer. Sólo así podrían bajar los impostor (2004, p. 106).

Adverte o autor, porém:

No se trata, en lo posible, de reducir las prestaciones sociales ni el bienestar de la población, sino de reducir el gasto, suprimir burocracia, aumentar la eficiencia. En una palabra << conseguir que cada unidad de dinero público que se gaste produzca más servicios sociales>> (BO LUNDGREN) (2004, p. 104).

No plano infraconstitucional, leis federais foram editadas para realizar o Programa Nacional de Desestatização (Lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990, com alterações introduzidas pela Lei n. 9.491, de 09 de setembro de 1997), que teve por objetivo, dentre outros, reordenar

⁸⁸ Sobre a matéria, destacam-se as EC n. 5, de 15 de agosto de 1995, que alterou o §2º do art. 25 da CF/88; a n. 6, de 15 de agosto de 1995, que alterou o inciso IX do art. 170, o § 1º do art. 176 e revogou o art. 171, todos da CF/88; a n. 7, de 15 de agosto de 1995, que alterou o art. 178 da CF/88, n. 8, de 15 de agosto de 1995, que alterou o inc. XI e alínea *a* do inc. XII do art. 21 da CF/88; n. 9, de 09 de novembro de 1995, que deu nova redação ao art. 177 da CF/88; n. 19, de 04 de junho de 1998, que modificou o regime e dispôs sobre os princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividade a cargo do Distrito Federal. Mais recentemente, as EC n. 49, de 08 de fevereiro de 2006, que alterou a redação da alínea *b* e acrescentou alínea *c* ao inc. XXII do *caput* do art. 21 e alterou a redação do inc. V do art. 177, ambos da CF/88; n. 51, de 14 de fevereiro de 2006, que acrescentou os §§ 4º, 5º e 6º ao art. 198 da CF/88.

⁸⁹ De acordo com Luiz Carlos Bresser Pereira, o processo de globalização impôs “uma dupla pressão sobre o Estado: de um lado representou um desafio novo – o papel do Estado é proteger seus cidadãos, e essa proteção estava agora em cheque; de outro lado, exigiu que o Estado, que agora precisava ser mais forte para enfrentar o desafio, se tornasse também mais barato, mais eficiente na realização de suas tarefas, para aliviar o seu custo sobre as empresas nacionais que concorrem internacionalmente” (1997, p. 14-5).

a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público, e permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais⁹⁰.

Com o modelo que se delineia, então, faz-se uma opção pela descentralização administrativa na prestação dos serviços públicos, bem como pela ênfase da atividade regulatória⁹¹, ou seja, pela intervenção indireta do Estado nos setores econômicos através de pautas normativas de conduta, caracterizando o que a doutrina denomina de regulação estatal da economia (ARAGÃO, 2005)⁹². Assim, sustenta Alexandre de Moraes que “o Poder Público passou a se concentrar na elaboração de metas e na política regulatória e fiscalizatória dos diversos setores da economia, descentralizando a realização dos serviços públicos, por meio de permissões ou concessões ao setor privado” (2001, p. 744).

Outra não seria a solução, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, se considerado o fato de que,

[...] incumbe ao poder concedente, por intermédio de órgãos que compõem a sua estrutura administrativa, zelar pelo controle da qualidade do serviço e da

⁹⁰ Sobre as reformas implementadas na estrutura organizacional do Estado, comenta Alexandre de Moraes: a “insatisfação com a ineficiência do Estado contemporâneo, sobrecarregado na execução de obras e serviços públicos, acarretou uma reforma de mentalidade administrativa com a ocorrência de diversas privatizações, sempre com a finalidade de descentralização dos serviços públicos, pois as funções e atividades a serem realizadas pela Administração são algo puramente contingente e historicamente variável, que depende essencialmente de uma demanda social, distinta para cada órbita cultural e diferente também em função do contexto sócio-econômico em que se produzem”. Disponível em : <[http:// www.justica.sp.gov.br/artigo10.htm](http://www.justica.sp.gov.br/artigo10.htm)>. Acesso em 08.09.2003

⁹¹ Nesse mesmo sentido, afirma Ary Casagrande Filho que “a utilização de competência normativa para disciplinar a atuação de particulares, principalmente em ramos que antes eram desenvolvidos pelo próprio Estado, constitui mudança significativa na postura estatal obtida com o fortalecimento do Estado Regulador” (2007, p. 46-7).

⁹² Se comparado com o sentido tradicional de poder de polícia, enquanto “atuação administrativa para limitar o direito à liberdade e à propriedade” (SUNDFELD, 2003, p. 10), a regulação estatal da economia apresenta-se como noção mais ampla, na medida em que trata da “mecânica estatal de ordenação das atividades econômicas em geral, incluído, portanto, os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito” (ARAGÃO, 2005, p. 35). Por isso, propõe Alexandre Santos de Aragão, ampliando inclusive a denominação sugerida por Carlos Ari Sunfeld para Administração ordenadora (2003, p. 20), um conceito de poder de polícia adequado ao Estado de Direito e à real complexidade sócio-econômica, pois “não se trata apenas de evitar que um particular fira os direitos dos demais, mas também de direcionar a sua atividade na senda dos interesses públicos juridicamente definidos” (2005, p. 36).

sua regularidade, mediante mecanismos fiscalizatórios, além de assegurar aos usuários o atendimento a seus direitos ao serviço adequado a uma tarifa módica (ou no mínimo razoáveis) (ADI-MC n. 1949/RS. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ 25.11.2005)

Destarte, o Estado brasileiro passa de protagonista da ordem econômico-social – tal como o fazia no modelo clássico do Estado de Providência, produzindo bens e serviços diretamente – a uma posição em que prevalecem as funções regulatória, fiscalizadora e sancionadora da atividade desenvolvida, predominantemente, por particulares⁹³ – seja por autorização, permissão ou concessão – , sem perder de vista a realização de certos valores de natureza política ou social. Subsume-se, assim, esse novo papel do Estado, como afirma Sérgio Guerra, “ao princípio da subsidiariedade, pelo qual a iniciativa privada tem primazia sobre a iniciativa estatal. Vale dizer, o Estado deve abster-se de exercer qualquer atividade que compete à livre iniciativa, cabendo a este o fomento, a coordenação e a fiscalização das atividades desenvolvidas pelo particular” (2004, p. 6-7).

É, de fato, o caráter subsidiário de sua participação em determinados setores da vida social e econômica que se acentua, com o propósito de, mediante o instrumento da regulação, “disciplinar os agentes para que os valores fundamentais sejam respeitados e implementados” (CASAGRANDE FILHO, 2007, p. 47)⁹⁴. E acrescenta ainda Marçal Justen Filho:

A proposta adotada para um modelo regulatório de Estado pretende conciliar diferentes concepções ideológicas, assegurando a realização de valores de solidariedade social com a manutenção da democracia e da liberdade.

⁹³ Conforme observa Marçal Justen Filho, “a regulação dirige-se a disciplinar preponderantemente a conduta dos particulares, mas isso não exclui a submissão dos sujeitos públicos à regulação. Aliás, a submissão inclusive das entidades estatais à regulação é uma característica marcante da concepção regulatória. Isso se obtém pela consagração de entidades administrativas dotadas de forte autonomia e de competência para vincular a própria Administração direta centralizada” (2005, p. 449).

⁹⁴ Ao conceito de subsidiariedade estatal, enquanto “grado de intervención y protagonismo del Estado en la vida económica y social de un país, y cuál debe ser el ámbito de libre actuación de los ciudadanos y los grupos sociales intermedios”, Gaspar A. Ortiz conjuga o de solidariedade, dizendo que estas “afirmaciones, tienen un mismo fundamento: la organización, cualquiera que sea, debe servir e implementar el desarrollo de su miembros, nunca destruirlos, ni absorberlos. La libertad, prerrogativa esencial de la persona humana, sólo quedará garantizada si el Estado y, en general, las autoridades públicas, permiten y facilitan a cada ciudadano el ejercicio de su iniciativa y su responsabilidad, tanto en las personas, aisladas como en los grupos sociales en los aquéllas pueden organizarse” (2004, p. 111-2).

Reconhece-se que a democracia exige a garantia da autonomia individual e da sociedade civil, mas que a realização dos valores fundamentais a um Estado Social exige a participação de todos os segmentos sociais. Assume-se que os organismos estatais não apresentam suficiente habilidade para atendimento satisfatório a certas necessidades comuns, o que significa atribuir à iniciativa privada o encargo correspondente (2002, p. 22-3).

Neste compasso, surgiram – sob clara e indiscutível influência do direito norte-americano – “órgãos e entidades dotadas de independência frente ao aparelho estatal central do Estado, com especialização técnica e autonomia normativa, capazes de direcionar as novas atividades sociais na senda do interesse público juridicamente definido” (ARAGÃO, 2005, p. 4)⁹⁵.

Poder-se-ia questionar, todavia, a opção por um paradigma, que aparentemente estaria na contramão das mudanças estruturais então propostas. Sim, porque, se o objetivo é reduzir a política estatizante de um país como o Brasil, como explicar a inspiração em um sistema que, ao revés, busca, justamente através da regulação pelas agências reguladoras, expandir a área de incidência dos poderes administrativos do Estado?

Quiçá motivado por um ponto em comum ao menos – a constatação de que as instituições do Estado já não mais se faziam suficientes face à dinâmica social e aos desafios da modernidade⁹⁶ –, o fato é que o direito brasileiro, à semelhança do que ocorrera no Estados Unidos, embora em épocas diversas, passou a contar com a figura de órgãos

⁹⁵ A instituição de agências independentes no Brasil, assim como de manifestações similares em outros Estados ocidentais – como é o caso da França, Itália, Alemanha, Portugal, etc., – derivou, segundo Marçal Justen Filho, “da constatação de que a atribuição de certas competências de natureza normativa e executiva a órgãos providos por via eleitoral gerava risco de sacrifício de valores fundamentais. A necessidade de manter o prestígio perante o eleitorado gera a potencialidade da adoção de decisões inadequadas – não porque incompatíveis com a vontade da maioria, mas porque aptas a destruir valores, princípios e interesses tutelados pela ordem jurídica” (2003, p. 6-7). Não se quis, portanto, com este modelo, apequenar o Legislativo e as políticas públicas por ele traçada para o setor a ser regulado pela agência reguladora independente. “Implica, ao contrário, em uma certa perenização das finalidades públicas traçadas pela lei do setor, que não mais ficam – ou deveriam ficar – variando de acordo com o momento político fugaz” (ARAGÃO, 2005, p. 218).

⁹⁶ Segundo Marçal Justen Filho, a “ampliação do poder de controle estatal sobre a atividade privada exige instrumentos jurídicos e matérias compatíveis com necessidades inexistentes anteriormente” (2002, 51).

reguladores – ou, como preferiu o legislador infraconstitucional, de agências reguladoras⁹⁷ –, e, por conseguinte, com um novo sistema de gestão dos assuntos públicos⁹⁸, segundo o qual o Poder Público haveria de se desincumbir “das tarefas de execução das obras e serviços públicos para assumir a elaboração e execução da política regulatória de todos os setores da economia em que as empresas estatais assumiam o papel de concessionárias de serviços públicos” (WALD; MORAES, 1999, p. 143)⁹⁹.

No plano constitucional, as Emendas Constitucionais n. 8, de 15 de agosto de 1995, e n. 9, de 09 de novembro de 1995, alteraram, respectivamente, a redação dos artigos 21, XI, e 177, § 2º, III, da Constituição Federal, para prever a edição de leis que disponham sobre a exploração dos serviços de telecomunicações e sobre as atividades relacionadas com o petróleo, que constitui monopólio da União, e a instituição de um órgão regulador, dotado de função normativa. Com base nesses dispositivos, foram criadas a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei n. 9.472, de 26 de dezembro de 1996)¹⁰⁰ e a Agência Nacional de Petróleo – ANP (Lei n. 9.478, de 06 de agosto de 1997)¹⁰¹.

As demais agências criadas em consequência da retração da intervenção estatal em setores da vida econômica, como a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (Lei n.

⁹⁷ Como se vê dos arts. 21, XI, e 177, § 2º, III, a Constituição Federal não alude à expressão agências reguladoras; nela, o termo agência somente se refere a agências financeiras oficiais de fomento (art. 165, §2º) e a agências de instituições financeiras (art. 52, I, do ADCT).

⁹⁸ Frente à crise do Estado Social, Gaspar A. Ortiz propõe uma revisão das tarefas do Estado e, em concerto, do modelo de gestão dos serviços: “En vez de gestionar y asumir la ejecución directa de las tareas empresariales, el Estado debe convertirse en regulador, árbitro, supervisor, fomentador de la iniciativa privada y no sustituidor, creador y defensor del mercado, tanto la producción de bienes y servicios económicos, como culturales, sanitarios, etc.” (2004, p. 107).

⁹⁹ O novo papel do Estado, como afirma Alexandre de Moraes, “exigiu uma mudança extremamente radical na maneira de gerir os serviços públicos, exigindo-se uma maior descentralização. Assim, o Poder Público passou a se concentrar na elaboração de metas e na política regulatória e fiscalizatória dos diversos setores da economia, descentralizando a realização dos serviços públicos, por meio de permissões ou concessões ao setor privado” (MORAES, 2001).

¹⁰⁰ Nos termos da Lei n. 9.472/97, a ANATEL é entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, que tem como função organizar os serviços de telecomunicações, disciplinando e fiscalizando a execução, comercialização e uso dos serviços de implantação e funcionamento de redes de telecomunicações, bem como a utilização de recursos de órbita e espectro de radiofrequência.

¹⁰¹ A ANP, de acordo com a Lei n. 9.478/97, é entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que tem por finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo.

9.427, de 26 de dezembro de 1996)¹⁰²; a Agência Nacional de Águas – ANA (Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000)¹⁰³; a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999)¹⁰⁴; a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000)¹⁰⁵, a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ (ambas criadas pela Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001)¹⁰⁶; Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC (Lei n. 11.182, de 27 de setembro de 2005)¹⁰⁷; a Agência Nacional do Cinema – ANCINE (Medida Provisória n. 2.228-1, de 6 de setembro de 2001)¹⁰⁸; encontram fundamento exclusivamente nas leis ordinárias que as instituíram; ou, como diriam os norte-americanos, são “criaturas” do legislador federal.

À guisa de ilustração, sinala-se, ainda, a criação por lei do respectivo ente federado de agências nos âmbitos estadual e municipal, como é o caso da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS (criada pela Lei estadual n.º 10.391, de 9 de janeiro de 1997, e com estrutura definida pela Lei estadual n.º 11.292, de

¹⁰² À ANEEL, segundo a Lei n. 9.427/97, compete, enquanto autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica.

¹⁰³ A ANA é autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, que tem por finalidade implementar, em sua esfera de atribuições, a Política Nacional de Recursos Hídricos, integrando o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, nos termos da Lei n. 9.984/00.

¹⁰⁴ A ANVISA, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, conforme a Lei n. 9.782/99, tem por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras. Exerce, assim, poderes típicos de polícia administrativa.

¹⁰⁵ A Lei n. 9.961/00 criou a ANS, autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, “como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde”.

¹⁰⁶ De acordo com a Lei n. 10.223/01, a ANTT e a ANTAQ são entidades integrantes da Administração Federal indireta, submetidas ao regime autárquico especial e vinculadas ao Ministério dos Transportes, que têm como objetivo, dentre outros, regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas de atribuições (arts. 22 e 23), as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros.

¹⁰⁷ A ANAC, conforme a Lei n. 11.182/05, é entidade integrante da Administração Federal indireta, submetida a regime autárquico especial, cabendo-lhe regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária.

¹⁰⁸ Dispõe o art. 5º da Medida Provisória n. 2.228-1/01: “Fica criada a Agência Nacional do Cinema – ANCINE, autarquia especial, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, observado o disposto no art. 62 desta Medida Provisória, órgão (sic) de fomento, regulação e fiscalização da indústria cinematográfica e videográfica, dotada de autonomia administrativa e financeira.” Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a ANCINE não apresenta as características suficientes para enquadrá-la como uma agência reguladora, mas, antes, como agência de fomento (2003).

23.12.98)¹⁰⁹ e da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo – ARTESP (Lei Complementar estadual n. 914, de 14 de janeiro de 2002)¹¹⁰.

Desse modo, por opção do constituinte derivado – e ao contrário do que sucedeu no direito norte-americano, em que, a despeito da fundamentalidade das agências administrativas, não fora alterada a Constituição de 1787, deixando a cargo do legislador sua previsão e, dos Tribunais a conformação de seu sentido com as normas constitucionais – , apenas duas das agências têm assento constitucional – ANATEL e ANP; as outras têm respaldo na legislação infraconstitucional¹¹¹. Todavia, conforme já ressaltado pelo Supremo Tribunal Federal,

[...] de limitar-se a Constituição a prever a criação de órgão regulador para setores de telecomunicações e de exploração petrolífera, não se segue que a lei ordinária, federal ou estadual, não possa igualmente criá-los para a regulação e fiscalização de outros tipos de serviços públicos delegados. Mas aí, com mais razão, sem fugir à alternativa, derivada da Constituição, entre a administração direta e a autarquia. (ADI-MC n. 1949/RS. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ 25.11.2005)

Neste contexto, portanto, em que as agências¹¹² reguladoras¹¹³ são vistas como um dos instrumentos dos quais o Estado dispõe para desenvolver sua atividade regulatória (outros

¹⁰⁹ A Lei estadual n. 10.931/97 criou a AGERGS, com natureza autárquica, dotada de autonomia financeira, funcional e administrativa, e atribuiu-lhe competência para regular os serviços públicos delegados prestados no Estado do Rio Grande do Sul e de sua competência ou a ele delegados por outros entes federados, em decorrência de norma legal ou regulamentar, disposição convencional ou contratual. De acordo com a referida Lei, a atividade reguladora da AGERGS será exercida, em especial, nas áreas de saneamento, energia elétrica, rodovias, telecomunicações, portos e hidrovias; irrigação; transportes intermunicipais de passageiros, inclusive de estações, aeroportos, distribuição de gás canalizado e inspeção de segurança veicular (art. 3º, parágrafo único).

¹¹⁰ A ARTESP, autarquia de regime especial, vinculada à Secretaria de Estado dos Transportes, tem como propósito, nos termos da Lei Complementar n. 914/02, regulamentar e fiscalizar todas as modalidades de serviços públicos de transporte autorizados, permitidos ou concedidos, no âmbito da Secretaria de Estado dos Transportes, a entidades privadas.

¹¹¹ As implicações daí decorrentes são conhecidas: afora o parâmetro constitucional que é dado nos dois primeiros casos para controle de constitucionalidade da legislação superveniente, o processo de reforma constitucional, para o caso de uma Constituição rígida como a brasileira, é mais complexo e solene (DI RUFFIA, 1984), ou seja, é diferente e mais difícil do que o processo de elaboração da lei ordinária.

¹¹² O termo *agência* é empregado, também, na designação das *agências executivas*, assim qualificadas as autarquias e fundações integrantes da Administração Pública Federal que, com o Ministério supervisor respectivo, celebrem contrato de gestão, com vista à melhoria da qualidade da gestão e à redução de custos, nos

termos do art. 1º do Decreto Federal n. 2.487, de 02 de fevereiro de 1998. A qualificação das entidades como Agência Executiva é dada mediante decreto e perdura desde que o contrato de gestão seja sucessivamente renovado e que o plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional tenha prosseguimento ininterrupto, até a sua conclusão (art. 1º, §§ 2º e 3º). Se houver o descumprimento dessas condições, a entidade perderá a qualificação de Agência Executiva (art. 1º, § 4º). Ainda, dispõe o Decreto n. 2.488, de mesma data, sobre a adoção, pelas autarquias e fundações qualificadas como Agências Executivas, de medidas específicas de organização administrativa, com a finalidade de ampliar a eficiência na utilização dos recursos públicos, melhorar o desempenho e a qualidade dos serviços prestados, assegurar maior autonomia de gestão orçamentária, financeira, operacional e de recursos humanos e eliminar fatores restritivos à sua atuação institucional, além de delegar aos Ministros supervisores competência para aprovação ou readequação das estruturas regimentais ou estatutos das referidas entidades. A respeito, também, a Lei n. 9.649, de 27 de maio de 1998, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, prevê, em seus artigos 51 e 52, que o Poder Executivo poderá qualificar como Agência Executiva a autarquia ou fundação que tenha um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento, definindo as diretrizes, políticas e medidas voltadas para a racionalização de estruturas e do quadro de servidores e para o fortalecimento da identidade institucional da Agência Executiva, e que tenha celebrado, com o respectivo Ministério supervisor, Contrato de Gestão, o qual estabelecerá os objetivos, metas e respectivos indicadores de desempenho da entidade, bem como os recursos necessários e os critérios e instrumentos para a avaliação do seu cumprimento, a cargo do Poder Executivo. Em comentário à matéria, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que essa “titulação, aparentemente, não leva a nada. Em rigor, a consequência única de relevo decorrente da qualificação de uma autarquia ou fundação como agência executiva é a que aparece não na lei própria, mas em outra lei, da mesma data dela (n. 9.648, de 27.05.98); a saber: a *ampliação dos limites de isenção ao dever de licitar* para as agências executivas” (2003, p. 168) A Lei a que o autor refere introduziu alterações no texto da Lei n. 6.888, de 21 de junho de 1993 (Lei das Licitações e Contratos), para aumentar os valores para dispensa de licitação (incisos I e II do art. 24), estabelecendo, outrossim, o dobro desse valor para as compras, obras e serviços contratados por autarquia e fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas (parágrafo único).

Da mesma forma, o vocábulo *agência* é utilizado – sem preocupação com o rigorismo do termo – para nomear a Agência de Desenvolvimento do Nordeste – ADENE (autarquia federal, vinculada ao Ministério da Integração Nacional, criada pela Medida Provisória n. 2.146, de 4 de maio de 2001, com o objetivo de implementar políticas e viabilizar instrumentos de desenvolvimento do nordeste, além de gerir o Fundo de Desenvolvimento do Nordeste, de natureza contábil); a Agência do Desenvolvimento da Amazônia – ADA (autarquia federal, vinculada ao Ministério da Integração Nacional, criada pela Medida Provisória n. 2.146, de 4 de maio de 2001, a fim de implementar políticas e viabilizar instrumentos de desenvolvimento da Amazônia, além de gerir o Fundo de Desenvolvimento da Amazônia, de natureza contábil); a Agência Espacial Brasileira – AEB (autarquia federal, vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia, criada pela Lei n.º 8.854, de 10 de fevereiro de 1994, para promover o desenvolvimento das atividades espaciais brasileiras de forma descentralizada); e a Agência Brasileira de Inteligência – ABIN (órgão central do Sistema Brasileiro de Inteligência – SISBIN, instituído pela Lei n. 9.883, de 07.12.1999, para assessorar o Presidente de República através da produção de conhecimentos de interesse das atividades de inteligência, compreendidas, para os efeitos da Lei, como a “atividade que objetiva a obtenção, análise e disseminação de conhecimentos dentro e fora do território nacional sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório e a ação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado” – art. 1º, § 2º, da Lei n. 9.883/99 –, além de promover a execução da Política Nacional de Inteligência).

¹¹³ Lembra Mara Sylvia Di Pietro que entidades com função reguladora, ainda que sem a denominação de agência, existem, desde longa data, no direito brasileiro. Cita, com base em trabalho de Manoel Gonçalves Ferreira Filho sobre o papel das agências reguladoras e fiscalizadoras, os seguintes exemplos do início do século passado (período 1930-1945): o Commissariado 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 instituídos como autarquias econômicas, com a finalidade de regular a produção e o comércio” (2006, p. 457). Outras podem ser, igualmente, mencionadas, como o Conselho Monetário Nacional (criado pela Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, com a finalidade de formular a política da moeda e de crédito, como prevista na lei, objetivando o progresso econômico e social do País); o Banco Central (autarquia federal, integrante do Sistema Financeiro Nacional, criada pela Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, com a finalidade de cumprir e fazer cumprir as disposições que lhes são atribuídas por lei e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional); e a Comissão de Valores Mobiliários (autarquia em regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda, criada pela Lei n. 6.385, de 07.12.1976, com a finalidade de definir a política a ser observada em na organização e no

órgãos e entes públicos reguladores também existem, apenas sem a nota da autonomia que é própria das agências reguladoras), cumpre, agora, precisar uma definição para aquelas entidades.

De acordo com Alexandre Santos de Aragão,

podemos conceituar as agências reguladoras independentes brasileiras como sendo **as autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à Administração centralizada, incumbidas do exercício de funções regulatórias [...] e dirigidas por colegiados cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal, vedada a exoneração *ad nutum*** (2005, p. 275).

Diz, ainda, aquele autor que tais entidades constituem ordenamentos jurídicos setoriais – nomenclatura dada por Massimo Severo Gianini – , os quais,

incidem sobre os indivíduos ou empresas que pretendem desenvolver determinada atividade e que, para desenvolvê-la, necessitam de um prévio ato ou contrato administrativo que as habilitem, como autorizações licenças, permissões e concessões. Emitidos estes atos administrativos ou celebrados os contratos de concessão, ao mesmo tempo em que passam a poder desenvolver a atividade visada, são imersos no ordenamento setorial a ela concernente e, conseqüentemente, submetidas ao poder regulatório do órgão ou entidade respectivas¹¹⁴.

Para Marçal Justen Filho (2005, p. 466), as agências reguladoras – cuja figura “se insere no processo de dissociação entre a prestação de serviços públicos e sua regulação” – são autarquias especiais, sujeitas a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração direta e investidas de competência para a regulação setorial.

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello as conceitua como “*autarquias sob regime especial*, ultimamente criadas com a finalidade de *disciplinar e controlar certas*

funcionamento do mercado de valores mobiliários, editando, inclusive, para tal fim, normas para sua execução).

¹¹⁴ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da Teoria dos Ordenamentos Setoriais. Disponível em:

< <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/textos091.htm> > . Acesso em: 23 jun. 2005.

atividades” (2003, p. 157), dentre as quais destaca os serviços públicos propriamente ditos; as atividades de fomento e fiscalização de atividade privada; as atividades exercitáveis para promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo; as atividades que o Estado também protagoniza, mas que, paralelamente, são facultadas aos particulares; e o uso comum de bem público. De acordo com aquele autor, tem-se atribuído o nome “agências reguladoras” a tais entidades, tendo em vista que “a função que exercem é a de regular e fiscalizar os assuntos atinentes a suas respectivas esferas de atuação” (2003, p. 157).

Também Arnold Wald e Luiza Rangel de Moraes consideram as agências reguladoras como,

organismos constituídos pelo Poder Público para normatizar, aplicar as normas legais e regulamentares e contratuais da atividade sob tutela, outorgar e rescindir os contratos de concessão, bem como fiscalizar os serviços concedidos, além de funcionar, em muitos casos, como instância decisória dos conflitos entre as empresas concessionárias e os usuários (1999, p. 145).

Importa assinalar que, no direito brasileiro, inexistente um conceito legal de agência reguladora, tal como no direito norte-americano, e sequer legislação que estabeleça um regime uniforme a respeito¹¹⁵ ou disponha sobre normas aplicáveis ao processo decisório de

¹¹⁵No plano federal, a Lei n. 9.986, de 18 de julho de 2000, ao tratar da gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras, dispõe que as Agências Reguladoras serão dirigidas em regime colegiado, por um Conselho Diretor ou Diretoria, composta por Conselheiros ou Diretores, os quais serão nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal, para um mandato com prazo fixado na lei de criação de cada Agência (arts. 4º a 6º). Tais Conselheiros e Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar, facultada à lei de criação da Agência prever outras condições para perda do mandato (art. 9º). Prevê a Lei, ainda, uma espécie de “quarentena”, determinando que, findo o mandato, o ex-dirigente ficará impedido, por um período de quatro meses, contado do término do seu mandato, de prestar qualquer tipo de serviço no setor público ou à empresa integrante do setor regulado pela agência, sob pena de incorrer em prática de advocacia administrativa (art. 8º, *caput* e §8º). Durante o impedimento, o ex-dirigente ficará vinculado à Agência, fazendo jus à remuneração equivalente à do cargo de direção que exerceu (§2º do art. 8º).

Igualmente estabelece que os cargos comissionados de Gerência Executiva, de Assessoria e de Assistência são de livre nomeação e exoneração da instância máxima da Agência (art. 3º).

O art. 1º da Lei, que estabelecia que as agências reguladoras teriam suas relações de trabalho regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e legislação trabalhista correlata, em regime de emprego público, após ter sua eficácia suspensa na ADI n. 2310/DF (STF, Rel. Min. Carlos Velloso), foi revogado pela Lei n.

tal entidade¹¹⁶. Tampouco os artigos 21, XI, e 177, § 2º, III, da Constituição Federal, são claros a respeito: limitam-se a aludir a órgão reguladores, remetendo a disciplina de sua estrutura e atribuições à lei. Como observa o Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento da Medida Cautela na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.949/RS,

Certo, nos dois preceitos novos referidos não se definiu a forma do órgão regulatório a criar, se apenas uma repartição da administração direta, se uma entidade personalizada.

Mas, o sistema administrativo brasileiro, para o exercício de função estatal típica, só faculta à lei a opção entre a gestão direta e a criação de autarquias (nelas compreendidas as fundações autárquicas): **tertius non datur**.

Assim é que podem ser traçados alguns pontos comuns às agências reguladoras, com base na doutrina e, especialmente, nas leis instituidoras das respectivas agências reguladoras¹¹⁷.

Primeiramente, como se verifica das definições de agências reguladoras supramencionadas, estas entidades são autarquias, integrantes da Administração Pública indireta e vinculadas ao Ministério competente para tratar da respectiva atividade, sujeitas a

10.871, de 20 de maio de 2004, juntamente com os arts. 12, 13, parágrafo único do art. 14, 15, 20, 21, 24, 23, 30, 33 e 34, todos da Lei n. 9.986/2000 o que, inclusive, implicou a perda do objeto daquela ação.

¹¹⁶ Desde 13 de abril de 2004, tramita na Câmara de Deputados o Projeto de Lei n. 3.337/2004, de iniciativa do Poder Executivo, que dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras, além de acrescentar e alterar dispositivos de diversas leis setoriais. Apesar de sua importância, pois, uma vez aprovado, consistirá na primeira lei geral das agências reguladoras no Brasil, a última movimentação data de 3 de julho de 2007 (há mais de um ano, portanto). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg>. Acesso em 1º ago. 2008. O texto do referido Projeto de Lei, ao longo desses quatro anos de discussão, foi objeto de uma série de emendas e, mesmo assim, apresenta imperfeições, conforme assinala, exemplificativamente, Eduardo Marques da Silva: “(i) a restrição numerus clausus das agências reguladoras destinatárias da Lei Geral, que se resumiu àquelas já existentes, esquecendo-se de outras que ainda possam vir a ser criadas, o que abre uma brecha para que as futuras leis instituidoras dessas novas agências possam dispor, em determinados aspectos, de maneira diversa dela; e (ii) a previsão de atuação das agências como auxiliares do CADE na defesa da livre concorrência, o que se mostra claramente inadequado, visto que esta se desenvolve em meio à livre iniciativa, o que não existe em um mercado regulado” (2006, p. 70).

¹¹⁷ Comentando sobre a “febre de criação de agências reguladoras”, Carlos Ari Sunfeld assinala que as tais entidades não seguiram um modelo comum, tampouco têm competências sempre comparáveis. Mesmo assim, continua o autor, há semelhanças entre elas, na medida em que “são entidades com tarefas tipicamente de Estado: editam normas, fiscalizam, aplicam sanções, resolvem disputas entre empresas decidem sobre reclamações de consumidores. Gozam de autonomia em relação ao Executivo: seus dirigentes têm mandato e, por isso, não podem ser demitidos livremente pelo Presidente ou Governador; suas decisões não podem ser alteradas pela Administração Central, e assim por diante. Sua tarefa? Ordenar setores básicos da infra-estrutura econômica” (SUNDFELD, 2002, p. 19).

um regime especial. Tal característica não coincide com a das agências administrativas norte-americanas, lembrando, malgrado os termos da APA, a ausência de especificação a respeito naquele ordenamento jurídico.

O conceito legal de autarquia (palavra derivada do grego *autosarkhé*, significando *autonomia, independência*) nos é dado pelo Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, que, embora seja aplicável tão só à esfera federal, serve de parâmetro para os demais entes da federação, ou seja, para Estados, Distrito Federal e Municípios. Consoante o art. 5º, inc. I, autarquia é “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receitas próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.”

Na doutrina, Marçal Justen Filho define autarquia como “uma pessoa de direito público, instituída para desempenhar atividades administrativas sob regime de direito público, criada por lei que determina o grau de sua autonomia em face da Administração direta” (2005, p. 101-2). Maria Sylvia Di Pietro, por sua vez, a conceitua como “a pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com capacidade de auto-administração, para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei” (2003, p. 423).

As agências reguladoras são, portanto, entidades da Administração Pública indireta do ente político titular da competência para a prestação do serviço público, criadas por lei (a Constituição Federal exige, em seu art. 37, inc. XIX, lei específica para a criação de autarquias), que têm personalidade jurídica própria de direito público e se sujeitam ao regime jurídico correspondente, embora com certas particularidades.

O regime especial das agências reguladoras é, em geral, caracterizado pela independência administrativa, autonomia financeira e funcional e mandato fixo de seus

dirigentes¹¹⁸, tudo conforme as respectivas leis instituidoras, o que reduz o grau de subordinação da entidade em face da Administração direta a que esteja vinculada¹¹⁹.

Assim, por exemplo, dispõe o art. 8, §2º da Lei n. 9.472/97, relativamente à ANATEL: “A natureza autárquica especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira”; o art. 2º da Lei n. 9.984/00, quanto à ANA: “Fica criada a Agência Nacional de Águas – ANA, autarquia sob regime especial, com autonomia administrativa e financeira [...]”; o art.1º, parágrafo único, da Lei n. 9.961/00, em relação à ANS: “[...] autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões e mandato fixo de seus dirigentes”; e, também, o art. 1º da Lei estadual n. 10.931/97, no que refere à AGERGS: “Fica criada a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS, com natureza autárquica, dotada de autonomia financeira, funcional e administrativa [...]”.

Igualmente, marca o regime especial das agências reguladoras a forma de investidura e demissão de seus dirigentes¹²⁰. Estes são providos em cargos de comissão, mediante nomeação do Presidente da República, após aprovação do Senado Federal (dispositivo aplicável, *mutatis mutandis*, aos Estados e Municípios)¹²¹. O mandato, assim como no modelo norte-americano, é exercido por prazo fixo, estando as hipóteses de sua perda expressamente previstas em lei. Afasta-se (ou pretende-se afastar), assim, a possibilidade de exoneração *ad*

¹¹⁸Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “a única particularidade marcante do tal *regime especial* – que não vem definido por lei alguma – é a nomeação pelo Presidente da República, sob aprovação do Senado, dos dirigentes da autarquia, com garantia, em prol destes, de mandato a prazo certo. [...] Os demais traços que são apontados nas leis disciplinadoras de algumas das agências para caracterizar o regime especial nada lhes agregam de peculiar em relação a quaisquer outras autarquias” (2003, p. 156).

¹¹⁹Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que a independência regulatória, que constitui, no seu entender, *princípio básico da regulação*, apresenta-se sob um tríptico aspecto: “a *funcional*, que se caracteriza pela inoponibilidade de recursos hierárquicos impróprios às decisões dos agentes, a dos *agentes*, que se afirma pela garantia de seus mandatos, e financeira, que se logra pelo gerenciamento de recursos próprios” (2003, p. 170).

¹²⁰De acordo com Carlos Ari Sunfeld, a estabilidade do dirigente parece ser, na verdade, o fator fundamental para garantir a autonomia das agências, ainda que variável conforme o arranjo legal (SUNDFEL, 2002, p. 24).

¹²¹O déficit democrático que advém do fato de as agências reguladoras terem seus órgãos de direção integrados por pessoas indicadas pelo Chefe do Poder Executivo, e não escolhidos pelo povo diretamente, é reduzido, de certa forma, pela adoção de mecanismos de participação dos interessados no processo de tomada de decisões, através de audiências públicas.

nutum, e, por conseqüência, as injunções políticas a que estariam sujeitos os dirigentes e conselheiros daquelas agências¹²².

Outro aspecto do regime especial diz com a maior autonomia das agências reguladoras em relação ao Poder Executivo. Essa autonomia pode variar de agência para agência, conforme disponha a respectiva lei instituidora, e se traduz, em síntese, na não sujeição à revisão ou alteração de seus atos por outros entes do Poder a que pertence, o Poder Executivo.

Essa característica não afasta, contudo, o controle dos atos das agências reguladoras pelo Ministério a que se encontrem vinculadas e pelo Chefe do Executivo, a quem compete, no presidencialismo, exercer a direção superior da Administração Pública (artigo 84, inciso II, da Constituição Federal), traçando, inclusive, sob sua responsabilidade institucional, as linhas básicas da política do governo¹²³. Também não obsta o controle pelo Congresso Nacional (artigo 49, inciso X, da Constituição Federal) e pelo Tribunal de Contas da União (art. 71 da Constituição Federal); tampouco, pelo Poder Judiciário, por força do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

A propósito, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.668/DF, Relator Ministro Marco Aurélio:

a citada independência não afasta, em si, o controle por parte da Administração Pública Federal, exercido, de forma direta, pelo Ministro de Estado da área e, de maneira indireta, pelo Chefe do Poder Executivo, o Presidente da República. Na verdade, o que encerra a alusão à citada independência é a autonomia, em si, do serviço (...). Destarte, o enquadramento ocorrido, considerado o que se apontou

¹²² Observa Leila Cuéller: “É provável, aliás, que uma das motivações para a criação das agências reguladoras no Brasil esteja associada à tentativa de se coibir a influência política na designação dos diretores e, conseqüentemente, na própria atividade desenvolvida pelas agências. Quer-se evitar a ingerência dos agentes políticos na indicação dos indivíduos que deverão integrar os órgãos de direção das agências reguladoras e, deste modo, impedir o controle das agências pelos partidos políticos. Neste sentido, parece clara a fixação, por alguns diplomas legais, de mandatos dos diretores das agências reguladoras não coincidentes com os períodos eleitorais” (2001, p. 133).

¹²³ Afirmou o Ministro Sepúlveda Pertence, então Relator, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.949/RS: “a ninguém ocorreria contestar, sem paixão, que a regulação e a fiscalização dos serviços públicos concedidos – de cuja titularidade não se despe o Estado ao delegar-lhe o exercício a particulares – são funções típicas da administração pública, sob as diretivas do Chefe do Poder Executivo”.

como regime autárquico especial, longe está de revelar a existência de uma entidade soberana, afastada do controle pertinente.

No mesmo sentido, explica Carlos Ari Sundfeld:

Ressalta-se que alguma espécie de ligação entre Executivo e agências é imposta pela Constituição Brasileira, pois tem de haver ao menos uma supervisão administrativa daquele em relação a estas (CF, arts. 84, II, e 87, parágrafo único, I). O Presidente da República e os ministros têm de realizar a supervisão dos diferentes órgãos e dos entes da Administração Indireta, os quais, portanto, não podem funcionar como se fossem “Estados independentes”, isto é, verdadeiros Estados ao lado do Estado. Isso, no entanto, não quer dizer que, quanto às matérias de competência das agências, a Administração Direta deva necessariamente intervir (2002, p. 26-7).

Quanto a suas funções, Eduardo Marques da Silva diz caber às agências reguladoras a “edição de atos normativos específicos para cada setor regulado e a fiscalização do devido cumprimento destes atos e das respectivas leis específicas pelas empresas delegatárias” (2006, p. 11), bem como a aplicação de sanções para os casos de não cumprimento das normas ou dos contratos a que estão submetidas essas empresas. Existem ainda, segundo o autor, as seguintes funções que lhes são comuns:

(i) o controle de tarifas, de modo a assegurar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; (ii) universalização do serviço, estendendo-o a parcelas da população que dele não se beneficiavam por força da escassez do recurso; (iii) fomento da competitividade nas áreas nas quais não haja monopólio natural; (iv) zelo pelo fiel cumprimento do contrato administrativo; (v) arbitramento dos conflitos entre as diversas partes envolvidas (2006, p. 11).

Por tudo isso, conclui-se que as agências reguladoras são autarquias sob regime especial, pertencentes à Administração Pública indireta¹²⁴, que têm como precípua finalidade

¹²⁴ A propósito da organização estrutural do Estado, o Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, estabeleceu, em nível federal, diretrizes para a reforma administrativa, acompanhada do processo de descentralização do poder estatal, e sistematizou o quadro das pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública, fazendo a distinção entre Administração direta e Administração indireta (art. 4º, incs. I e II respectivamente). Esta compreende as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas, todas entidades dotadas de personalidade jurídica própria, vinculadas ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade. Aquela se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

disciplinar determinados setores da economia¹²⁵, quer pela concessão de serviços públicos (industriais e comerciais) ou de exploração de atividade econômica monopolizada e respectiva regulação (por exemplo, quanto à fixação de tarifas, qualidade dos serviços, etc.), quer pelo exercício do poder de polícia administrativa, para conformação da autonomia privada, através de ações preventivas e repressivas.

¹²⁵ Oportuno notar, no direito brasileiro, o caráter de especialização das agências reguladoras à semelhança das agências administrativas no direito norte-americano; isto é: “a criação de uma agência para cada atividade, ou a criação de um único órgão para a regulação e fiscalização dos serviços públicos concedidos, divididos em departamentos específicos para cada um dos setores de atividades” (WALD; MORAES, 1999, p. 151). Não se olvida, no entanto, a opção, no plano dos estados-membros, por agências reguladoras com poderes de regulação e fiscalização sobre todos os serviços públicos de sua titularidade, como é o caso da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS e da Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP/RJ.

II O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NORTE-AMERICANAS E DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

2.1 Breves considerações sobre a noção de poder do Estado

A convivência entre os indivíduos, entre estes e os grupos aos quais pertencem, ou ainda entre os diversos grupos sociais, pressupõe organização, é dizer, depende da existência de regras que estabeleçam como deve ser a relação entre todos. “Para existirem tais regras, alguma força há de produzi-las; para permanecerem, alguma força deve aplicá-las, com aceitação dos membros do grupo. A essa força, que faz as regras e exige o seu respeito, chama-se poder” (SUNDFELD, 2005, p. 20)¹²⁶.

O poder¹²⁷ (do latim *posse*), enquanto fenômeno social (natural, necessário e, por isso, legítimo¹²⁸), deve ser entendido, então, como uma relação entre homens (o que afasta, embora significativas, as relações estabelecidas entre o homem e a natureza ou entre aquele e as coisas inanimadas), relação esta que pode ser sintetizada na expressão: “poder de um homem sobre outro homem” (STOPPINO, p. 932)¹²⁹. Essa definição é completada, segundo Norberto

¹²⁶ A respeito do tema, também, expõe Martino Garcez Neto que “a mais rudimentar experiência social nos ensina [...] que fazer parte de um grupo social qualquer implica a submissão a um poder” (p. 193).

¹²⁷ A noção de poder é dada, igualmente, por Max Weber: “*poder* significa toda a probabilidade de impor a própria vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade”; e, segundo o autor, existem três tipos puros de poder legítimo (embora reconheça ele que nenhum dos três tipos ideais “costuma existir historicamente de forma realmente ‘pura’”): poder racional ou legal, poder tradicional e poder carismático. O primeiro estaria baseado “na crença na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação; o segundo, “na crença cotidiana na santidade das tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daqueles que, em virtude dessas tradições, representam a autoridade; e o terceiro, “na veneração extracotidiana da santidade, do poder heróico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas” (2000, p. 33 e 141).

¹²⁸ Essa característica (legitimidade), consistente, segundo Marcelo Caetano, no “reconhecimento por aqueles a quem a vontade do sujeito se dirige de que ele actua de acordo com uma lei digna de acatamento geral, isto é, de que ele está no seu direito ao manifestar certa vontade”, é o que o distingue do poder de fato, assente na força. (1972, p. 5). Também, para Fábio Konder Comparato, ao lado do aspecto objetivo da legitimidade fundada no respeito à lei, “transparece também, desde a mais remota antiguidade e mesmo nas sociedades primitivas, um outro sentido da relação de legitimidade, o qual se manifesta, sobretudo, no campo político: é a aprovação, pelos governados, daqueles que detêm o poder” (2006, p. 594).

¹²⁹ Para Miguel Reale, o “ato de poder, analisado em sua essência, revela-se um *ato decisório dotado de validade objetiva*, isto é, de validade para outrem, o que explica a possível realização heterônoma do direito. [...] Este

Bobbio, com “a definição do poder como posse dos meios” para alcançar uma “vantagem qualquer” ou “os efeitos desejados” (1986, p. 954-5), tal como referido por Hobbes e Russel respectivamente.

Segundo Darcy Azambuja,

não há sociedade sem poder, que é ordem no seu aspecto dinâmico. Todas as formas de sociedade, a familiar, a profissional, a religiosa, são organizadas hierarquicamente e obedecem ao seu direito social próprio, que são normas destinadas a manter a coesão e assegurar o desenvolvimento do grupo (1993, p. 87).

Destarte, é possível afirmar que o poder político, visto na relação jurídica de direito público entre Estado e os particulares (estes como titular do poder; aquele o sujeito que exerce o poder), é apenas uma das formas do poder do homem sobre outro homem¹³⁰, que se manifesta na “possibilidade de eficazmente impor aos outros o respeito da própria conduta ou traçar a conduta alheia” (CAETANO, 1972, p.5). Mais, o que o caracteriza,

é a exclusividade do uso da força em relação à totalidade dos grupos que atuam num determinado contexto social, exclusividade que é o resultado de um processo que se desenvolve em toda a sociedade organizada, no sentido da monopolização da posse e uso dos meios com que se pode exercer a coação física (BOBBIO, 1986, p. 957).

poder escolher para outrem consiste a nota distintiva e eminente do poder. Desde a decisão de um rude chefe bárbaro, quer como expressão do prevailecimento da maior força física, quer banhada da legitimidade carismática de símbolos e de mitos, até a mais prudente decisão de um órgão estatal contemporâneo, esplendente de serena objetividade, o poder é essencialmente decisão objetivante, inserida como momento no processo nomogenético do direito. Esse caráter de objetividade inerente ao poder, não deve ser confundido com o arbítrio, porque este não é momento de um processo, mas permanece fora dele, enquanto que o poder, no instante mesmo em que instaura o direito, fica ligado ou delimitado por êle. Indo ao fundo do problema, o poder, através de uma opção objetiva, interfere para *eliminar o arbítrio*, pondo termo à insegurança e à incerteza” (1963, p. 215)

¹³⁰ Relativamente à matéria, a doutrina clássica, remontando à lição de Aristóteles em *A Política*, aponta três principais formas de poder conforme seja o interesse daquele em benefício de quem ele é exercido: o poder paterno, o poder despótico e o poder político. No entanto, como explica BOBBIO (1986, p. 954-5), “o critério que veio a prevalecer nos tratados jusnaturalistas foi o do fundamento ou do princípio da legitimação, que encontramos claramente formulado no cap. XV do *Segundo tratado sobre o governo* de Locke: o fundamento do poder paterno é a natureza, do poder despótico, o castigo por um delito cometido (...), do poder civil o consenso”. Modernamente, sinala-se, com base nos meios de que se serve o sujeito ativo da relação para determinar o comportamento do sujeito passivo, “três grandes classes no âmbito de um conceito amplíssimo do poder”: poder econômico, poder ideológico e poder político. Este último, segundo Norberto Bobbio, “é o poder coator no sentido mais estrito da palavra” (1986, p. 955).

Nesse mesmo sentido, expõe Marcello Caetano: “o poder político é um poder de imposição e de domínio a que os indivíduos não podem subtrair-se por ser necessário e irresistível, dentro do território dominado” (1972, 130-1). E, acrescenta o autor português:

O exercício do poder político traduz-se antes de mais, conforme resulta da sua definição, na criação e imposição de normas jurídicas (embora o poder político não crie todo o direito ou sequer todo o Direito positivo). As normas criadas pelo poder político ou sob sua autoridade e aquelas que ele receba têm um âmbito de vigência circunscrito, definido pelo território do Estado, e ao abrigo desenvolve-se uma convivência jurídica. (1972, p. 131)

Assim também, a doutrina de José Afonso da Silva: “o poder político é superior a todos outros poderes sociais, os quais reconhece, rege e domina, visando a ordenar as relações entre esses grupos e os indivíduos entre si e reciprocamente, de maneira a manter um mínimo de ordem e estimular um máximo de progresso à vista do bem comum” (2002, p. 107).

Nada obstante, é preciso lembrar que este poder estatal tem limites (jurídicos)¹³¹; não é, portanto, absoluto, segundo a máxima “*princeps legibus solutus est*” (Digesto 1.3.31). Como diz Jorge Miranda, “não há uma idéia de Poder sem uma idéia de Direito e a autoridade constituída dos governantes tem de ser uma autoridade constituída – constituída por um conjunto de normas fundamentais, pela Constituição, como quer que esta se apresente” (1997, p. 12).

O poder do Estado, quando expresso na produção de normas jurídicas¹³², assim entendida a “disciplina socialmente imposta à conduta intersubjetiva, cuja eficácia é respaldada pelo poder político” (JUSTEN FILHO, 2002, p. 483), denomina-se poder normativo. Este não se confunde com o poder legislativo, que é o poder de produzir uma

¹³¹ Expõe Manoel Gonçalves Ferreira Filho sobre a limitação do poder: “Repugna ao pensamento político contemporâneo a ilimitação do poder. Ao contrário, é arraigada a convicção de que o poder, mesmo legítimo, deve ser limitado. Isto porque, na famosa expressão do Lord Acton, ‘todo poder corrompe’, inclusive o democrático” (2001, p. 130).

¹³² Segundo Tércio Sampaio Ferraz, “a dogmática analítica capta a norma jurídica como um imperativo despsicologizado”; ou seja, como “um direito vinculante, coercivo no sentido de institucionalizado, bilateral, que estatui uma hipótese normativa (*facti species*) à qual imputa uma consequência jurídica (que pode ser ou não uma sanção), e que funciona como um critério para a tomada de decisão (decidibilidade)” (1994, p.123).

categoria de ato estatal típico, consistente na lei; tampouco com o poder regulamentar, tradicionalmente atribuído ao Chefe do Poder Executivo, para editar normas complementares (*infra legem*) o quanto necessário “à execução da lei de que constituem o natural e indispensável complemento” (QUEIRÓ, 1959, p. 154).

No caso das agências em questão, falar-se-á em poder normativo por corresponder mais adequadamente à função regulatória do Estado, sem que isso implique, contudo, alterações na partilha de competências normativas estabelecidas constitucionalmente. Como sustenta Marçal Justen Filho,

Enquanto se mantiver a atual estrutura constitucional, o máximo que se poderá produzir será a reordenação de competências caracteristicamente executivas. As agências podem absorver competências e atribuições reservadas constitucionalmente ao Executivo. Disputar acerca da competência normativa abstrata das agências reguladoras equivale a discutir, quando muito, os poderes reconhecidos pela Constituição ao Poder Executivo. No Brasil, não cabe discutir a competência das agências reguladoras, mas a competência normativa do Executivo (2002, p. 540).

2.2 O poder normativo (*rulemaking power*) das agências reguladoras no direito norte-americano

Conforme visto na primeira parte do trabalho, às agências reguladoras norte-americanas é atribuído poder para editar regras e regulamentos com força de lei, a fim de conformar determinados setores da economia nacional, e, também hoje, daquelas áreas voltadas ao bem-estar social. Trata-se do *rulemaking power*, que ao longo dos tempos se consolidou no direito administrativo norte-americano, a partir de decisões dos tribunais e trabalhos doutrinários a respeito.

A definição de *rulemaking* é dada pelo § 557 (5) da Lei do Procedimento Administrativo Federal – APA, nos seguintes termos: “means agency process for formulating,

amending, or repealing a rule”. No mesmo sentido, a jurisprudência conceitua *rulemaking* como “any kind of legislative or quase-legislative norm or procedure which establishes a pattern or course of conduct for the future”, *People v. Cull* 10NY2d, 123 (1961).

De acordo com o § 557 (4) também do APA, *rule* significa

the whole or part of as agency statement of general or particular applicability and future effect designed to implement, interpret, or prescribe law or policy or describing the organization, procedure, or practice requirements of an agency and includes the approval or prescription for the future of rates, wages, corporate or financial structures or reorganization thereof, prices, facilities, appliances, services or allowances therefore or of valuations, costs, or accounting, or practice bearing on any of the foregoing.

O conceito de *rule* – enquanto produto do *rulemaking* –, como se vê, é bastante amplo, notadamente quanto às matérias passíveis de regulação. Em linhas gerais, contudo, possível afirmar que *rule*, no direito administrativo norte-americano, consiste em um preceito de aplicabilidade geral ou particular e de efeitos futuros¹³³, editado por uma agência, segundo um determinado procedimento, com o objetivo de orientar condutas e ações.

Esse poder das agências administrativas tem sido comparado quantitativa e qualitativamente, pela doutrina, ao poder do Congresso norte-americano, quando do exercício de sua competência para legislar (Art. I, Seção 1, da Constituição¹³⁴). Realmente, o número de regras e regulamentos editados pelas agências (e publicados no *Federal Register*, a teor do

¹³³ Esse aspecto – relativo aos efeitos futuro das regras e regulamentos – é apontado, por vezes, pelos doutrinadores e jurisprudência como uma das notas distintivas entre as funções regulatória e adjudicatória. Leia-se a respeito decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Prentis v. Atlantic Coast Line Co.* (211 U.S. 210, 1908): “A judicial inquiry investigates, declares, and enforces liabilities as they stand on present or past facts and under laws supposed already to exist. That is its purpose and end. Legislation, on the other hand, looks to the future and changes existing conditions by making a new rule, to be applied thereafter to all or some part of those subject to its power”.

Na doutrina, menciona-se a propósito a lição de Richard Pierce Jr. quanto à distinção entre *adjudicative facts* e *legislative fact*: “Adjudicative facts usually answer the questions of who did what, where, when, how, why, with what motive or intent; adjudicative facts are roughly the kind of facts that go to a jury in a jury case. Legislative facts do not usually concern the immediate parties but are general facts which help the tribunal decide questions of law and policy and discretion” (2002, p. 34).

¹³⁴ “Todos os poderes legislativos conferidos por esta Constituição serão confiados a um Congresso dos Estados Unidos, composto de um Senado e de uma Câmara dos Representantes”.

§552 (1) (D) do APA¹³⁵) tem superado o número de leis editadas pelos legisladores (e publicadas no *Statute at Large*, fonte oficial de leis e resoluções aprovadas pelo Congresso dos Estados Unidos)¹³⁶. Do ponto de vista qualitativo, verifica-se que as disposições oriundas das agências, no exercício do *rulemaking power*, estabelecendo padrões de conduta àqueles sujeitos a sua área de competência, pouco diferem daquelas procedentes do Legislativo, principalmente quanto aos efeitos cogentes sobre os particulares.

Relativamente aos efeitos das regras e regulamentos (sobre terceiros), propriamente, é feita uma classificação dos atos das agências no exercício de seu poder regulamentar. A distinção básica é estabelecida entre regras legislativas (*legislative rules*) e regras nãolegislativas (*nonlegislative rules*). As primeiras – que constituem a espécie mais importante das *substantive rules*¹³⁷ – são aquelas que têm força e efeito de lei e, portanto, são juridicamente obrigatórias para as partes reguladas, assim como para aqueles que compõem o quadro das agências e para os tribunais. As segundas não têm força e efeito de lei; mais precisamente, são elas simples enunciados sobre o que uma agência pretende fazer no futuro (MERRILL; WATTS, 2002, p. 477).

Existem, ainda, as regras interpretativas (*interpretive rules*), que são regras e enunciados emitidos por uma agência com o objetivo de informar o público acerca da interpretação de determinadas leis e regras legislativas sob sua administração. Por sua natureza, não podem impor novas obrigações aos particulares e, em princípio, não têm força vinculativa em relação a eles.

¹³⁵ “§ 552. Public information; agency rules, opinions, orders, records, and proceedings

(a) Each agency shall make available to the public information as follows:

(1) Each agency shall separately state and currently publish in the Federal Register for the guidance of the public – (...) (D) substantive rules of general applicability adopted as authorized by law, and statements of general policy or interpretations of general applicability formulated and adopted by the agency”.

¹³⁶ Cf. Schwartz (2001).

¹³⁷ As *substantive rules* disciplinam, de acordo com Thomas Merrill e Kathryn T. Watts, a conduta de pessoas estranhas ao quadro de funcionários das agências. Com esta característica, opõem-se às *procedural rule* (2002, p. 477).

Fala-se, também, em política pública (*policy statements*), para se referir às declarações emitidas por uma agência com a finalidade de advertir prospectivamente o público sobre o modo com que pretende exercer suas funções e seu poder discricionário. Assim como as regras interpretativas, não se destinam a impor novos direitos ou deveres às partes reguladas.

As regras procedimentais, por seu turno, são regras concernentes à organização (interna) das agências, seu procedimento e práticas por elas adotadas. Em síntese, referem-se aos aspectos formais e operacionais de uma agência e não devem afetar substancialmente os interesses e direitos daqueles sujeitos a sua autoridade.

Cumprе observar que essa distinção importa para além dos fins meramente acadêmicos. A APA, por exemplo, dispõe, na Seção 553, sobre o processo (básico) para elaboração de regulamentos, que é conhecido como *informal* ou *notice and comment rulemaking*. Basicamente, exige-se que, antes que uma regra entre em vigor, seja publicada no *Federal Register* a respectiva proposição. Prevê-se, outrossim, que seja proporcionada oportunidade de participação de pessoas interessadas através da apresentação de dados escritos, e, depois de feita a consideração das matérias relevantes apresentadas, se faça constar nas regras adotadas uma declaração geral e concisa de seus fundamentos e propósitos. Finalmente, a Seção. 553 dispõe que cada agência assegurará às pessoas interessadas o direito de petição para edição, emenda ou revogação de uma regra. Da aplicação dessas regras estão excetuadas, conforme disposto expressamente na Seção 553 da APA, as regras interpretativas, os enunciados gerais de política, e as regras de organização das agências, procedimentais ou de execução.

As razões para a outorga desse poder regulamentar às agências se tornaram evidente, no sistema norte-americano, diante da necessidade (prática) de o Estado fazer frente aos “excessos e injustiças que são inevitavelmente concomitantes à economia industrial inteiramente irrestrita” (SCHWARTZ, 2001, p. 75), e que foram agravados com a crise

econômica dos anos 30 do século passado¹³⁸. Para esse fim, não bastava a atividade do legislador, proibindo, por lei, ações naquele sentido¹³⁹. Fazia-se mister dispor de meios – de regulação e de controle – para se buscar respostas mais rápidas à problemática social e, também, promover a adaptação da legislação ao complexo de circunstâncias sociais – cada vez mais setORIZADAS e detalhadas – , os quais foram encontrados na delegação de poder legislativo ao Executivo e, em especial, às agências administrativas regulatórias.

Assim explica Bernard Schwartz:

In the United States, as in other countries, it was felt that the legislature could not act with the necessary speed and flexibility. Only by the wholesale delegations of the legislature power to the Executive, it was said, could the demands of economic emergency be met (2001, p. 88).

Discussões surgiram a respeito da possibilidade de tal delegação, em face do Art. I, seção 1, da Constituição, que dispõe sobre a função de competência do Congresso norte-americano. O tema foi levado, então, aos tribunais: como compatibilizar a necessidade da delegação legislativa com a doutrina da separação dos poderes?

A jurisprudência norte-americana, após debate acerca da matéria, manifestou-se pela possibilidade da outorga de poder às agências reguladoras, ressaltando que os poderes então exercidos não seriam propriamente legislativos, mas, sim, administrativos ou “quase-legislativos”¹⁴⁰. Em sequência, veio a posicionar-se no sentido da flexibilização da máxima

¹³⁸ Conforme assinala Almiro do Couto e Silva, a “concentração desse poder regulamentar em entidades independentes, as agências reguladoras (*regulatory agencies*), incumbidas também de implementar a aplicação e controlar a observância das normas por ela criadas, foi uma boa solução para o problema, pois geralmente permite que as normas obtenham excelente grau de qualidade técnica, em razão, por um lado, da proximidade entre os órgãos da entidade e os fatos a serem disciplinados e controlados e, por outro, do caráter setorial ou específico da regulação ou do controle” (2002, p. 53).

¹³⁹ “The scope and degree of intervention and the complexity of modern society have combined to make it impossible for legislatures to resolve most policy disputes by status” (PIERCE JR., 2002, p. 10).

¹⁴⁰ A propósito, válido reproduzir trecho do voto do Juiz Ryan, no julgamento de *People v. Tibbits*: “The power to make the laws for this State is a sovereign power vested in the legislature. ‘On common law principles, as well as by settled constitutional law, it is a power which cannot be delegated to another body, authority or person. [...] ‘There is a distinction between delegation of true legislative power and delegation to a subordinate of authority. [citation omitted.] The former involves a discretion as to what the law shall be; the latter is merely an authority or discretion as to its execution, to be exercised under and in pursuance of the law. [citation

contra a delegação de poderes (*delegata potestas non potest delegari*), afirmando a proibição tão só da delegação de poderes com excessos.

No caso *Panama Refining Co. v. Ryan*¹⁴¹, por exemplo, a Suprema Corte considerou, por maioria, inválida a seção 9 (c) do título 1 da *National Industrial Recovery Act*, de 16.06.1933, que autorizou o Presidente a proibir o transporte interestadual e comércio externo de petróleo e seus derivados acima da quantidade permitida pelo direito dos Estados, por regulação ou ordem válidas, sem preestabelecer, contudo, qualquer parâmetro para o exercício do poder delegado, inclusive para fins de orientação, limite e controle¹⁴². Argumentou o Juiz Hughes, em seu voto condutor:

This general outline of policy contains nothing as to the circumstances or conditions in which transportation of petroleum or petroleum products should be prohibited – nothing as to the policy or prohibiting or not prohibiting the transportation of production exceeding what the states allow. [...] The Congress left the matter to the President without standard or rule, to be dealt with as he pleased. [...] We find nothing in section which limits and controls the authority conferred by section 9(c).

Todavia, a tendência da jurisprudência norte-americana é de reconhecer praticamente todas as delegações de poder legislativo às agências reguladoras – mesmo nas hipóteses em que o *standard* previsto na lei habilitadora esteja disposto de forma genérica – , de acordo com orientação adotada pela Suprema Corte desde 1935, ressalvadas as matérias envolvendo direitos pessoais. Apenas devem ser observados os limites estabelecidos na respectiva lei habilitadora, que justamente é o fundamento e limite de sua autoridade. Daí se afirmar,

omitted.] It is an established rule that the General Assembly cannot delegate its general legislative power to determine what the law shall be. However it may delegate to others the authority to do those things which the legislature might properly do, but cannot do as understandingly or advantageously. [citation omitted.] Absolute criteria whereby every detail necessary in the enforcement of a law is anticipated need not to be established by the General Assembly” (56 III. 2d 56, 305 N.E. 2d 152 (1973).

¹⁴¹ *Panama Refining Co. v. Ryan*. 293 U.S. 388 (1935).

¹⁴²No mesmo sentido, decidiu a Suprema Corte no julgamento de *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935). Conforme se tem notícia, esses foram os únicos casos julgados pela mais alta Corte dos Estados Unidos em que dispositivos de leis foram invalidados sob o fundamento da impropriedade da delegação de poder legislativo. Desde então, a jurisprudência tem se mostrado menos rígida em relação ao tema.

aplicando a doutrina do *ultra vires*¹⁴³, que “If an agency act is within the statutory limits (or vires) its action is valid; if it is outside them (ultra vires), it is invalid. No statute is needed to establish this; it is inherent in the constitutional positions of agencies and courts” (SCHWARTZ, 2001, p.82).

Para Bernard Schwartz, a delegação de poder legislativo é certamente um fenômeno inevitável no governo moderno. Todavia, adverte o autor que “é essencial que os representantes do povo retenham a função legislativa principal, apesar de delegar poder secundário para legislar às agências. Em um sistema representativo é tarefa dos representantes do povo fazer as difíceis escolhas que são necessárias para estabelecer políticas significantes” (2001, p. 119).

2.3 O poder normativo das agências reguladoras no direito brasileiro

Se aparentemente tranquila a questão relativa ao poder normativo das agências reguladoras norte-americanas, após longas e proveitosas discussões travadas nos Tribunais (as quais servem de subsídio para os comentários doutrinários fundamentalmente), no caso brasileiro a situação é diversa: dúvidas ainda persistem quanto à real dimensão do poder normativo das agências reguladoras, ou seja, de seu poder para produzir normas jurídicas, no exercício das funções que lhe são cometidas por lei¹⁴⁴. Pode-se dizer – sem pretender excluir outras causas – que isso decorre, em parte, da confusão de nomenclatura na matéria advinda

¹⁴³ Explica P. P. Craig que o princípio do *ultra vires* apresenta duas idéias relacionadas: “In a narrow sense it captured the idea that those to whom power has been granted should only exercise that power within their designated area: the agency must have the legal capacity to act in relation to the topic in question. [...] In a broader sense the *ultra vires* principle provided the justification for constraints upon the way in which the power given to the administrative agency was exercised. The agency must comply with the rules of fair procedure, it must exercise its discretion to attain only proper and not improper purposes, it must act on relevant and not irrelevant considerations and it must not act unreasonably” (p. 5).

¹⁴⁴ Mesmo no caso das agências reguladoras com assento na Constituição (ANATEL e ANP), as atribuições estão definidas por lei de iniciativa do Poder Executivo, por expressa disposição constitucional.

da adaptação de conceitos e de fenômenos surgidos nos Estados Unidos da América a país, como o Brasil, de tradição romano-germânica; de outra parte, da necessidade de leitura dessas entidades à luz do modelo de Estado e princípios traçados pela Carta Política de 1988, de modo a evitar uma transposição simplista e acrítica de institutos alienígenas.

Conforme referido na primeira parte deste trabalho, o direito brasileiro incorporou a idéia de descentralização administrativa na prestação de serviços públicos e de uma Administração Pública gerencial. Neste cenário, às agências reguladoras é atribuído, por lei específica, o poder para regular¹⁴⁵ a atividade econômica ou de interesse geral que lhes é afeta, submetendo, por conseguinte, à sua disciplina normativa, todos aqueles que integram o setor então regulado¹⁴⁶.

Sustenta Alexandre de Moraes, que,

essa transferência de atividades decisórias e regulatórias da Administração Direta para as Agências Reguladoras deverá, obrigatoriamente, ser feita por lei, de iniciativa do Poder Executivo, e estar relacionada à promoção de eficiência, à defesa do mercado e das liberdades econômicas das pessoas vinculadas à prestação de serviços públicos, ao lado da justa e razoável fixação das tarifas para garantir o equilíbrio econômico-financeiro da empresa concessionária (2001, p. 746).

No direito norte-americano, como visto, as agências reguladoras são autorizadas, por delegação expressa do Poder Legislativo¹⁴⁷, para agir com poderes tipicamente legislativo e

¹⁴⁵ Segundo Alexandre Santos de Aragão (2005), o conceito de regulação compreende o exercício de uma série de funções e poderes administrativos, dentre os quais se destacam a função de estabelecer normas (atividade normativa); de fiscalizar (atividade fiscalizadora); de aplicar sanções (atividade sancionatória); e de compor conflitos (atividade julgadora e a adoção de arbitragem).

¹⁴⁶ Conforme sustenta Odete Medauar, as agências reguladoras surgiram com “a extinção total ou parcial do monopólio estatal de alguns serviços públicos e outras atividades e com a transferência total ou parcial, ao setor privado da execução de tais serviços e atividades, mediante concessões, permissões ou autorizações” (2005, p. 83-4).

¹⁴⁷ De acordo com Vernor V. Palmer, um das espécies de leis editadas pelo Poder Legislativo norte-americano envolve a delegação de autoridade federal ou legislativa e discricionariedade: “The legislature may establish a new departmental agency with **nroad** regulatory and rule-making powers with the goal of conferring discretion upon actors which should not be judicially questioned. The aim behind this legislative style is apparently not ‘narrative’ but an attempt to delineate a sphere for a new law giver (in a previous area of non-law) who will in turn issue commands, conduct oversight, and take responsibility. This kind of statute is particularly apt to

judicial dentro da sua área de jurisdição. Por conseguinte, podem, além de promover a execução das leis sob sua responsabilidade, editar regras com força e efeito de lei a fim de regular ou proibir condutas (o que configura exercício de poder legislativo), bem como resolver casos concretos, estabelecendo direitos e deveres (através do que estarão exercendo parcela do poder judicial).

O mesmo não sucede com as agências reguladoras em nosso ordenamento jurídico, uma vez que, aqui, são elas titulares apenas de funções administrativas e, sob essa perspectiva, deve ser interpretado o poder normativo a elas atribuído. Como assinala Alexandre Santos de Aragão: “nos E.U.A. a decisão dos conflitos com os administrados e a expedição de normas gerais e abstratas pela Administração não são consideradas, ao contrário do que se dá entre nós, funções administrativas materiais” (2005, p. 231).

De pronto, se afasta a hipótese de delegação de poderes legislativos às agências reguladoras. A delegação legislativa, espécie de delegação de poderes, ocorre quando o Legislativo delega poder de editar regras jurídicas novas a outros órgãos, especialmente ao Chefe do Poder Executivo (FERREIRA FILHO, 2002, p. 228). Desta hipótese, cuida a Constituição Federal no seu 68, cujo *caput* prevê: “As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional”.

Como sustenta Marçal Justen Filho,

Não se admite, em face da ordenação jurídica pátria, a delegação pelo Congresso Nacional dos poderes legisferantes permanentes para entidades integrantes da estrutura do Poder Executivo. A delegação legislativa apresenta contornos definidos e limitados, incompatíveis com a atribuição de competência legisferante estável e permanente para uma figura externa ao Legislativo (2002, p. 95).

Por suas características, em especial a da transitoriedade e excepcionalidade, já que “o legislador não renuncia à sua competência, mas permite que a atividade legisferante seja exercida por outro órgão, dentro das diretrizes por ele traçadas” (CUÉLLAR, 2001, p. 111), a delegação legislativa não se confunde com poder regulamentar. É o que explica Leila Cuéllar:

A delegação é a outorga, específica e precária, de poder titularizado por órgão estranho ao delegatário. Específica porque a delegação exige conteúdo certo e predeterminado. Precária, pois caracteriza-se pela possibilidade de, a qualquer tempo, ser retomado pelo ente delegado. Já o poder regulamentar admite variações. Por um lado, tem-se como faculdade inerente à pessoa que o titulariza. A regulamentação diz respeito, emana do vínculo que existe entre aquele que regula e a atividade a ser regulamentada. Ou seja, é essencial à atividade ela mesma. Por outro lado, não resultaria de órgão estranho nem seria passível de “cassação” *a posteriori* (2001, p. 112).

Válido, por conseguinte, precisar a noção de poder regulamentar da Administração Pública no direito brasileiro, para, então, compreender a dimensão do poder normativo passível de ser exercido pelas agências reguladoras e verificar em que medida pode ser comparado ao *rulemaking power* das agências administrativas norte-americanas.

O sistema jurídico brasileiro tem como fonte primária do direito o ato formal do Poder Legislativo, denominado de lei¹⁴⁸, o qual tem, sobretudo, o caráter de lei-prevenção, na medida em que prevê hipóteses de conduta que pretende antecipadamente regular. Para justificar, então, a existência e necessidade do poder regulamentar, afirma Pimenta Bueno (1857) que não seria só inconveniente, mas porventura mesmo impossível, que o legislador, tendo de decretar a lei, previsse e descesse a todos os detalhes de sua execução.

¹⁴⁸Segundo Fábio Konder Comparato, os diferentes conceitos modernos de lei resultam de circunstâncias histórico-políticas bem definidas. Com relação à origem da distinção entre lei formal e lei material, remete o autor à “organização constitucional da monarquia prussiana e, em seguida, do império alemão, no século passado [século XIX], com a contraposição entre a competência legislativa tradicional do monarca e a reivindicação democrática do poder legisferante pelos representantes do povo, isto é, pelo Parlamento. De acordo com essa concepção formal, a lei em sentido formal seria todo ato do Parlamento independentemente do seu conteúdo, ou seja, tendo por objeto assim normas gerais e abstratas, como determinações individuais e concretas. Trata-se, pois, como assinalou Kelsen, de uma noção ambígua, sendo preferível falar não em lei em sentido formal, mas em ato sob a forma de lei” (1998, p. 12-3).

Como determinadas leis demandam providências, detalhes variáveis, para que bem e facilmente preencham os seus fins, com razão – continua aquele autor – está a Constituição ao atribuir ao Poder Executivo a tarefa de expedir os atos necessários para a boa execução dos preceitos legislativos¹⁴⁹. É mesmo uma atribuição indispensável ao governo, um dos modos por que ele consegue preencher a sua missão executiva, porquanto assegura a observância da lei, remove as dificuldades e imprime sua impulsão ou direção administrativa.

Dessas primeiras linhas, já é possível identificar, e assim também se manifesta a doutrina, o poder regulamentar como a faculdade que se confere, de acordo com a Constituição, ao Chefe do Executivo para traçar procedimentos e detalhes necessários para a atuação da Administração Pública. Em outras palavras, compreende o poder de editar normas de caráter geral e abstrato que irão complementar o conteúdo da lei, na medida em que definem atos e modos de sua execução, objetivando adaptar a atividade humana ao texto legal.

Tais normas dispõem, por exemplo, sobre que órgãos, em que condições, com quais meios, mediante quais instrumentos, irão tais aqueles ser mobilizados para dar vida aos preceitos legais. “Irão – pois – disciplinar *como* será melhor assegurada a ‘fiel’ execução da vontade legal, pela administração pública (evidentemente, o regulamento federal o dirá, só para a administração federal; o estadual para a administração do Estado; o municipal, na órbita do Município)” (ATALIBA, 1981, p. 190).

O fundamento jurídico-constitucional deste poder regulamentar encontra-se assentado na segunda parte do inciso IV do artigo 84 da Constituição Federal de 1988, que dispõe:

¹⁴⁹ Na verdade, o Executivo, no exercício de seu poder regulamentar, desempenha um importante papel no processo de criação do direito. Assinala precisamente Kelsen, que “legislação e execução não são duas funções estatais coordenadas, mas duas etapas hierarquizadas do processo de criação do direito, e duas etapas intermediárias. Porque esse processo não se limita à legislação, mas, começando na esfera da ordem jurídica internacional, superior a todas as ordens estatais, continua na Constituição, para chegar enfim, através, das etapas sucessivas constituídas pela lei, pelo regulamento, e em seguida pela sentença e pelo ato administrativo, aos atos de execução destes últimos” (2003, p. 124-5).

“Compete privativamente ao Presidente da República sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, **bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução**” (grifos nossos). Geraldo Ataliba, analisando dispositivo semelhante previsto na Constituição de 1967 (art. 81, III), afirma que são fundamentos sistemáticos dessa faculdade regulamentar o princípio hierárquico¹⁵⁰ e a responsabilidade do chefe do Executivo¹⁵¹, pelo cumprimento das leis.

É claro que o Presidente da República (e, assim, também os Governadores e Prefeitos, cada qual em sua esfera de poder), enquanto máxima autoridade administrativa, não é responsável pela observância de toda e qualquer lei. Essa responsabilidade circunscreve-se às leis cuja execução lhe incumbe. Leis administrativas, portanto¹⁵².

No que respeita ao alcance do poder regulamentar, a Administração Pública, longe de ter, no seu exercício, total e absoluta liberdade, encontra limites na própria ordem jurídico-constitucional, em especial, nos princípios da separação dos poderes e da legalidade. Relativamente ao primeiro, impõe-se o reconhecimento de áreas próprias e exclusivas de ação de cada um dos poderes do Estado.

A independência recíproca preconizada no art. 2º de nossa Carta Constitucional postula que cada qual desempenhe suas atribuições livremente, ao mesmo tempo sem interferir na área dos demais, e sem deles sofrer ingerência. Daí se depreende um importante

¹⁵⁰ “Com fundamento no poder hierárquico, o Chefe do Poder Executivo restringe os comportamentos dos agentes públicos e especifica, para os agentes da administração, a maneira de proceder. Assim, uniformiza processual e materialmente os comportamentos a serem adotados em face dos critérios que elege e das pautas que estabelece para os órgãos e agentes administrativos” (MELLO apud ATALIBA, 1981, p. 193).

¹⁵¹ Em verdade, “se ele é responsável pelo fiel cumprimento das leis (obviamente das leis administrativas) e se estas atribuem ônus, direitos, encargos, tarefas e deveres à administração pública esta é subordinada ao chefe do executivo, parece óbvio que este pode ditar critérios e normas sobre a forma de o imenso e gigante aparelho (administração pública federal) dar ‘fiel execução à lei’ ” (ATALIBA, 1981, p. 194).

¹⁵² De fato, não é toda e qualquer lei que deve e pode ser regulamentada, mas, somente, aquela que comporta ou exige regulamentação para sua reta execução. Isto significa dizer que “só se regulamenta a lei que o Executivo deve aplicar ou zelar diretamente para que seja bem aplicada (lei administrativa *lato sensu*)” (CARRAZA, 1981, p. 15). Nesses casos, o que ocorre é que o legislador confere ao Poder Executivo o dever de zelar pela observância e cumprimento de determinadas normas legais, e, em contrapartida, confere-lhe o poder de editar normas a fim de adotar as providências necessárias, as medidas concretas, imediatas e diretas, para a execução dos preceitos legais. Nessa linha de pensamento, sustenta-se, também, que o regulamento contém comandos dirigidos, primeiramente, aos órgãos e agentes administrativos. Estes são os seus destinatários primeiros. Os administrados somente o são por via reflexa, ainda que, muitas vezes, de modo certo e inevitável (ressalvado, por óbvio, o questionamento judicial).

limite material ao poder regulamentar, que se coaduna com o segundo princípio mencionado: o princípio da legalidade.

Com efeito, a pretexto de regulamentar uma lei para sua *fidel execução*, não pode o Poder Executivo dispor validamente sobre determinadas matérias – tais como as que envolvem ônus para o Estado, ou as que condigam aos direitos individuais – que são reservadas constitucional e privativamente à discricção do Poder Legislativo (domínio que poderíamos denominar de função legislativa normativa), ao seu poder configurador, enquanto representante da vontade geral. Em outras palavras, não pode ele querer inovar inauguralmente a ordem jurídica, criando, modificando ou suprimindo direitos, no campo que é próprio da lei em sentido formal¹⁵³. Do contrário, teríamos clara afronta ao princípio da reserva legal¹⁵⁴.

Oportuno lembrar, aqui, as palavras de Pontes de Miranda, em seus *Comentários de Constituição de 1967, in verbis*: “Onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos – há abuso de poder regulamentar, invasão da competência do Poder Legislativo” (1970, p. 314).

O poder regulamentar, assim, em vista de sua finalidade, tem por condição a lei, entre cujos limites terá de se mover; a cujas disposições não poderá opor normas contrárias; e somente de acordo com cujos preceitos poderá editar regras destinadas à execução (CAMPOS, 1965). Haverá, em síntese, de agir *intra* e *secundum legem*, e não *extra, praeter* ou *contra legem*.

¹⁵³ Neste domínio, a lei, em sentido estrito e formal, enquanto ato do Poder Legislativo, mostra-se como necessária e indeclinável para que o Estado possa legitimamente impor aos cidadãos encargos, ônus, obrigações, ou de qualquer modo restringir ou modificar o gozo dos direitos.

¹⁵⁴ Por conseguinte, não pode a Administração editar regulamentos sobre matérias que constitucionalmente estejam incluídas na esfera exclusiva e privativa reservada à lei – que pode variar segundo estabeleça a carta constitucional (MEYER, 1949) –, ou seja, na esfera dentro da qual somente à lei é dado estabelecer preceitos e normas de caráter obrigatório, excluída toda e qualquer ingerência do Poder Executivo, mediante o exercício de seu poder regulamentar.

A Constituição, em verdade, quando dispõe sobre a produção de direito, atribui à lei¹⁵⁵, em primeiro lugar, a forma preceptiva que se segue imediatamente à Constituição. Somente num segundo momento, e sob a reserva de lei e para sua execução, confere ao Poder Executivo a função de regulamentar. Por isso, entende-se que naquelas matérias reservadas à lei¹⁵⁶, esta se mostra como necessária e indeclinável para que o Estado possa impor aos cidadãos encargos, ônus, obrigações, ou de qualquer modo restringir ou modificar o gozo dos direitos¹⁵⁷.

Nesse sentido, a doutrina de J. J. Gomes Canotilho:

Através do conceito de reserva de lei (*Vorbehalt des Gesetzes*), pretende-se delimitar um conjunto de matérias ou de âmbitos materiais que devem ser regulados por lei ('reservados à lei'). Esta 'reserva de matérias' significa, logicamente, que elas não devem ser reguladas por normas jurídicas provenientes de outras fontes diferentes da lei (exemplo: regulamento).

¹⁵⁵ Aqui, assenta-se a garantia da legalidade, que, objetivando, em especial, limitar a ação regulamentar ou preceptiva do Poder Executivo, se expressa em dois subprincípios: o da supremacia da lei e o da reserva da lei. Neste, em síntese, afirma-se que a Constituição exclui da competência preceptiva ou regulamentar do Poder Executivo toda a matéria que não pode ser regulada por lei, como o é a relativa às restrições à liberdade individual. Naquele, assevera-se que a Constituição coloca sob a proteção da lei determinadas matérias, vedando a ingerência da autoridade administrativa a não ser para o fim de executar o preceito legal. Tal garantia, prevista, entre nós, no artigo 5º, inciso III, da Constituição de 1988, é expressa nos Estados Unidos na forma do *due process of law*, que, equivale, por sua vez, ao *law of the law* previsto na Carta Magna.

¹⁵⁶ O Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, a quem compete, especialmente, a guarda da Constituição, de sua inteireza e efetividade (art. 102 da Constituição Federal), por diversas vezes enfrentou a questão da reserva de lei. É exemplo o julgamento da Questão de Ordem na ação cível originária n. 1048/RS, proposta pelo Estado do Rio Grande do Sul contra a União, em cuja ementa se lê: "A RESERVA DE LEI EM SENTIDO FORMAL QUALIFICA-SE COMO INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. O princípio da reserva de lei atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por tal razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações. Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal. O abuso de poder regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua 'contra legem' ou 'praeter legem', não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere o art. 49, inciso V, da Constituição da República e que lhe permite 'sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar (...)'. Doutrina. Precedentes (RE 318.873-AgR/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.)".

¹⁵⁷ Sobre o princípio da legalidade da Administração Pública, refere Almiro do Couto e Silva que tal "princípio, depurado do voluntarismo de Hobbes, é que se irá incorporar definitivamente ao patrimônio das conquistas liberais e que vem invariavelmente estampado nas Constituições democráticas modernas. No que refere à liberdade é, em suma, o que Otto Mayer denominará, já no fim do século XIX, de princípio da reserva legal (*Vorbehalt des Gesetzes*), que, ao lado do princípio da primazia ou da preeminência da lei (*Vorrang des Gesetzes*), também por ele nomeado, forma o princípio maior da legalidade da Administração Pública" (1987, p. 46-63).

Ainda por outras palavras: existe reserva de lei quando a constituição prescreve que o regime jurídico de determinada matéria seja regulado por lei e só por lei, com exclusão de outras fontes normativas; [...].

Que explica:

No momento actual de progressiva ampliação da competência legislativa do executivo o problema da *reserva de lei* ganha sentido se quisermos acentuar não tanto a divisão de poderes (hoje substancialmente atenuada face à institucionalização da prática dos decretos-leis) ou a função dos parlamentos como simples órgãos de *controlo político* da legislação governamental, ou ainda a redução das leis parlamentares à fixação *racionalizadora* e *estabilizadora* de uma ordem estadual (reserva de lei informada pela idéia de Estado de direito), mas sim a *legitimidade democrática* das assembleias representativas, expressa na consagração constitucional da preferência e reserva de lei formal para a regulamentação de certas matérias (2002, p. 720-1).

Analisando, pois, cada um dos poderes – Legislativo e Executivo –, enquanto expressão do poder público, tem-se que as respectivas atribuições e qualidades se opõem: o que dá um carácter típico ao primeiro é o fato de ser, em princípio, livre e soberano; ao passo que o segundo é, em essência, um poder limitado e vinculado, não só à lei (enquanto ato formal e autêntico do Legislativo), mas a um bloco de legalidade, aqui compreendidos, também, os princípios e diretivas gerais provenientes da Constituição.

Feitas essas colocações sobre o poder regulamentar, passa-se agora à análise propriamente dos regulamentos, cuja definição é dada por Geraldo Ataliba nos seguintes termos¹⁵⁸:

regulamento é o ato administrativo normativo, veiculado por decreto, expedido no exercício da função regulamentar, contendo disposições dirigidas

¹⁵⁸ Outras definições de regulamento se colhem na melhor doutrina nacional: regulamentos são “atos da Administração que estabelecem, por via de disposições metódicas e dentro da órbita das atribuições do Poder executivo, os meios e detalhes convenientes para que as leis” (PIMENTA BUENO, 1857, p. 17); “regulamento é o ato administrativo geral e normativo, expedido privativamente pelo Chefe do executivo (federal, estadual ou municipal), através de decreto, com o fim de explicar o modo e forma de lei (regulamento de execução) ou prover situações não disciplinadas em lei (regulamento autónomo ou independente)” (MEIRELLES, 2002, p. 124-5). Na doutrina estrangeira, tem-se que os regulamentos são “normas jurídicas, dimanadas de órgãos administrativos, no desempenho de função administrativa” (QUEIRÓ, 1959, p. 147); ou, ainda, “es una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos generales em forma directa” (GORDILLO, VII-16).

aos subordinados do editor, regulando (disciplinado) o modo de aplicação das leis administrativa, cuja execução lhe incumbe (1981, p. 182).

No mesmo sentido, o balizado magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello:

podemos conceituar o regulamento em nosso Direito como o *ato geral e (de regra) abstrato, de competência do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública* (2003, p. 311).

Outro não é o entendimento no direito italiano a respeito da palavra *regolamento*:

In sendo stretto la parole o viene usata per indicare quella parte di queste norme che vengono emanate dallo Stato a mezzo del potere esecutivo ed aventi i caratteri delle norme giuridiche ossia delle leggi in sendo materiale, nonché quelle degli enti autarchici anch'esse riconosciute dal diritto come norme giuridiche (ZANOBINI, 1957, p. 240).

Atendo-se, pois, às principais notas características apontadas pela doutrina, é possível identificar o regulamento como um “ato normativo secundário geral” (VELLOSO, p. 41) editado pelo Poder Executivo no exercício de sua função regulamentar¹⁵⁹. Em outras palavras, o regulamento é ato normativo, geral e abstrato¹⁶⁰, do Executivo¹⁶¹, o qual encerra uma manifestação ou declaração de vontade, conhecimento ou juízo, e que produz efeitos jurídicos por virtude própria (CARRAZA, 1981, p. 14).

¹⁵⁹ Distingue-se, ainda, o regulamento da figura do decreto, que é o instrumento jurídico através do qual necessariamente são veiculados os atos que consubstanciam a manifestação jurídico-normativa do Chefe do Poder Executivo (em nível federal, estadual ou municipal), no exercício do seu poder regulamentar. Neste cotejo, é possível dizer que o primeiro é a matéria, o conteúdo; enquanto que o segundo, a forma (forma de exteriorização), o continente (ATALIBA, 1969).

¹⁶⁰ Daí a principal diferença entre regulamento e ato administrativo em sentido estrito, que se caracteriza como ato individual e concreto.

¹⁶¹ Coutinho de Abreu, em comentário a estas características do regulamento, esclarece que “normalmente, a generalidade relaciona-se com as pessoas e abstração é referida às ‘situações de fato’, aos ‘casos’. Um ato jurídico é geral quando – com referência ao momento de sua entrada em vigor –, tem por destinatário um *número indeterminado* ou *indeterminável de pessoas*. [...] Ato jurídico abstrato é aquele que – por referência ao momento de sua entrada em vigor – é aplicável a um *número indeterminado e indeterminável de casos*” (1987, p. 23-4). (grifos nossos)

Em nosso sistema constitucional, esses atos têm como objetivo, de regra, facilitar a execução da lei, especificá-la de modo praticável, e, sobretudo, acomodar o aparelho administrativo para bem observá-la, na medida em que estabelece, segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, as “regras orgânicas e processuais” pertinentes. Sob a ótica da doutrina de Kelsen, poder-se-ia argumentar que o regulamento situa-se em um dos degraus na escala decrescente de concreção do direito¹⁶², ocupando uma posição intermediária entre a lei de conteúdo geral e abstrato e o ato administrativo individual e concreto.

Relativamente à matéria, outra questão a ser referida diz com a classificação dos regulamentos pela doutrina¹⁶³, conforme o grau de dependência em face da lei. Assim, fala-se em regulamento executivo ou de execução; regulamento autônomo ou independente; e regulamento delegado ou autorizado.

Regulamento executivo ou de execução é o regulamento editado pelo Poder Executivo que tem como propósito explicar o modo e a forma de execução da lei em que se apoia. Lei esta denominada pela doutrina de lei de habilitação. Detalhando, pois, os preceitos legais, o regulamento de execução estabelece providências para a aplicação da lei que dependem, no quadro da separação de poderes e em razão do princípio da subsidiariedade, da ação do Poder Executivo.

Segundo Coutinho de Abreu, “os regulamentos de execução podem cumprir basicamente dois tipos de funções: estabelecer regras orgânico-processuais para a aplicação ou atuação dos preceitos legais e explicitar técnico-cientificamente os pressupostos de fato previstos nas leis” (1987, p. 58). No primeiro caso, teríamos, por exemplo, a definição de qual o serviço competente, qual o procedimento, forma de requerimento, meios de prova para a concessão de benefício, etc. No segundo, poder-se-ia mencionar, a título de ilustração, a

¹⁶² No mesmo sentido: ATALIBA (1981, p. 188).

¹⁶³ Assim também: ABREU (1987, p. 47); ENTERRÍA (1990, p. 225); GASPARINI (2003, p. 117-8); DI PIETRO (2003, p. 87).

qualificação do que será tido como tecnicamente necessário para atender a lei que impõe, sem maiores especificações, a adoção de equipamentos de segurança.

Essa espécie de regulamento “deve – em síntese e –, nos termos precisados pela doutrina francesa, ser o complemento indispensável da lei, incluindo todo o indispensável, mas só o indispensável” (ABREU, 1987, p. 59). Não podem, portanto, inovar originariamente a ordem jurídica, restringindo direitos ou ampliando obrigações, já que são atos de produção *infralegal*¹⁶⁴.

Denomina-se regulamento autônomo ou independente¹⁶⁵, por sua vez, o regulamento expedido pelo Chefe do Poder Executivo, em face de uma competência que lhe tenha sido outorgada constitucionalmente, a fim de regular a organização ou a atividade administrativa, independente de uma lei a qual o preceda. Segundo Carlos Velloso, citando a doutrina de O. A. Bandeira de Mello,

enfeixam, os regulamentos autônomos, “faculdade regulamentar *praeter legem* e mesmo *contra legem* para regular qualquer matéria que

¹⁶⁴ É de mister esclarecer que estes atos normativos – que não são simples cumprimento mecânico de comandos legais – agregam, de certa forma, algo à ordem jurídica, mas não o fazem originalmente, porque isto lhes é defeso. Assim, explicita Roque A. Carraza: “Como, porém, a execução é mais do que simples cumprimento mecânico de comandos alheios, não chegamos ao exagero de afirmar que ele não altera, de algum modo, a ordem jurídica. É claro que para executar a lei, deve necessariamente lhe agregar algo, até porque um ato normativo que não cria nenhuma situação jurídica é, no mínimo irrelevante, não tendo, por isso, qualquer razão de ser. Em realidade, o regulamento executivo, sem suprir a lei administrativa não bastante em si, nem, muito menos, sem limitá-la ou retificá-la, preenche o seu arcabouço, revestindo-a da normatividade necessária para que seja bem aplicada, aos casos concretos” (1981, p. 16).

¹⁶⁵ “Os chamados ‘regulamentos autônomos’ ou independentes, que não se destinam imediatamente na Constituição, hão de ser considerados, sempre do ponto de vista formal, como manifestação daquela função que consiste justamente em inovar originariamente a ordem jurídica, isto é, a função legislativa” (CAMMAROSANO, 1979, p. 126-138). Historicamente, esta espécie de regulamento se justifica em outros sistemas constitucionais, como, por exemplo, na França onde restou consagrado uma autêntica reserva de regulamento (ainda que não no mesmo nível da lei). Com efeito, a Constituição de 1958, rompendo com a doutrina tradicional sobre a relação entre a lei e o regulamento, consagra a separação entre os respectivos domínios, e, por conseguinte, faz surgir um poder regulamentar autônomo, ou incondicionado. Isso porque discrimina, no seu art. 34, as matérias de domínio da lei, e, em sequência, dispõe, no art. 37 que “as matérias outras que as que são do domínio da lei têm caráter regulamentar”, em relação as quais ao Parlamento é vedado intervir. Na Alemanha, igualmente, durante a monarquia constitucional do séc. XIX, a existência de um poder regulamentar “autônomo” do Executivo era compreensível – desde que fora do âmbito da reserva legal – em face do princípio monárquico, que coexistiu com o princípio democrático até a Constituição de Weimar de 1919.

constitucionalmente não tenha sido reservada aos órgãos legislativos, pertinentes às relações do Estado-poder com terceiros” (S.d., p. 42).

O próprio nome do regulamento, conforme Roque A. Carraza (1981), é significativo: regulamento independente. Independente de que? Independente de lei.

Cuida-se, portanto, de um poder normativo do Poder Executivo decorrente diretamente da Constituição para expedir atos de efeitos externos, de modo a regulamentar originariamente as relações e situações independentemente de lei anterior (que seria a já aludida lei de habilitação). Os autores que sustentam e, mais, defendem a existência desses regulamentos *praeter legem* o fazem em razão da própria dinâmica administrativa¹⁶⁶.

Já o regulamento delegado ou autorizado consiste em normas de caráter geral e abstrato, baixadas pelo Chefe do Poder Executivo, em virtude de uma autorização legal (CARRAZA, 1981). Nesta hipótese, são editados regulamentos, nos termos e limites fixados na delegação, para prover matéria reservada à lei.

Na Itália, é reconhecida a admissibilidade dos *regolamenti delegati* ou *autorizzati*¹⁶⁷, que são emanados, por força de uma lei especial, em matérias em princípio vedadas à faculdade regulamentar geral. A propósito, ensina Guido Zanobini que “I regolamenti delegati hanno la particolarità di potere disciplinare anche alcuna di tali materie: e cio in forza di uma

¹⁶⁶ Indagando-se sobre a existência de uma reserva de matéria em favor do Executivo no tocante a esta espécie de regulamento no âmbito do direito brasileiro, a resposta parece ser negativa, já que a única reserva constitucionalmente individualizada e reconhecida é a favor do legislador (reserva de lei em sentido formal elaborada pelo Poder Legislativo). Para os sistemas jurídicos que expressamente prevêm esta espécie de regulamento, como, por exemplo, na França, poder-se-ia localizá-la naquelas matérias que não constituem reserva de lei, ou seja, para as quais não se exige a edição de lei em sentido formal. Assim, explicita Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “[...] no direito francês em vigor, o regulamento incondicionado tem um domínio reservado e indefinido, no qual o legislador não pode imiscuir-se. Domínio reservado, porque nele não pode de modo algum o legislador, o Parlamento. Indefinido, porque esse campo, ao contrário do atribuído à lei, que compreende apenas e tão-somente as matérias enumeradas pelo art. 34, está aberto, a ele devendo pertencer todas as questões novas” (2001, p. 181).

¹⁶⁷ A Constituição italiana, vigente desde 1947, estabelece a possibilidade de concessão de delegação de maior poder normativo ao Executivo, fixando-lhe desde já balizas, com base no seu art. 76: “O exercício da função legislativa não pode delegado ao Governo, senão com determinação de princípios e critérios diretivos e somente por tempo limitado e para assuntos definidos”.

norma legislativa, Che per un dato caso autorizza espressamente il Governo al superamento dei limiti accennati” (1957, p. 243).

Como quer que seja – e nisto há consenso entre os autores –, os limites para tais regulamentos são claros: é-lhes vedado invadir os domínios constitucionalmente reservados à lei (ABREU, 1987), ou seja, suprir a lei naquilo que é da exclusiva competência da norma legislativa (formal).

A Carta Política de 1988, na esteira das Constituições que a precederam, manteve estreito o âmbito de atuação do poder regulamentar, limitando-o à expedição de regulamentos de execução¹⁶⁸, enquanto atos normativos, de competência privativa do Chefe do Executivo, hierarquicamente subordinado à lei que regulamenta. Assim, encontra-se previsto na 2ª parte do inciso IV do art. 84.

À exceção, tem-se a hipótese do inciso VI, *a*, do mesmo artigo 84, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001, que prevê a disciplina normativa da organização da Administração Pública Federal por meio de decreto autônomo, desde que não implique aumento de despesa ou criação ou extinção de órgãos públicos, nos seguintes termos:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VI – dispor, mediante decreto, sobre:

a) a organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgão público;

Além desse dispositivo, o art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias extinguiu a eficácia de todos os dispositivos legais, a contar de 180 (cento e oitenta) dias da vigência da Constituição, salvo prorrogação do prazo por lei, que houvesse atribuído ou

¹⁶⁸ Sobre a matéria, afirma Maria Sylvia Di Pietro que “no direito brasileiro, excluída a hipótese do art. 84, VI, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 32, só existe o regulamento de execução, hierarquicamente subordinado a uma lei prévia, sendo ato de competência privativa do chefe do Poder executivo (2003, p. 89)”.

delegado a órgão do Poder Executivo competência para, em caráter primário, exercer prerrogativas inerentes à atribuição parlamentar de legislar, ou seja, de fazer instaurar, em caráter inaugural, a ordem jurídico-normativa.

Neste cenário, ressalva Alexandre Santos de Aragão (2005) que o poder regulamentar pode ser exercido não só pela Administração central do Estado (em última instância, pelo Chefe do Poder Executivo), o que decorreria de uma interpretação literal e isolada do artigo 84, inciso IV, *in fine*, da Constituição Federal; mas, também, por outros titulares de órgãos ou de entidades da Administração Pública, tecnicamente mais bem aparelhados, caso assim disponha a lei. Trata-se da “descentralização do poder normativo do Executivo” a que refere Santiago Dantas (apud ARAGÃO, 2005, p. 381).

No mesmo sentido, afirma Leila Cuéller:

Reconhece-se atualmente que o poder regulamentar poder ser exercido não somente pelo Presidente da República, mas também pelos Ministros de Estado e por outros órgãos e entidades da Administração Pública, como as autarquias. Portanto, as agências examinadas, autarquias integrantes da Administração indireta, podem deter competência regulamentar (2001, p. 117).

Retomando, pois, o tema relativo às agências reguladoras, a questão que se coloca é conhecer da natureza e dos limites de seu poder normativo, no âmbito de atividade típica de polícia administrativa. Sabe-se que tanto um quanto o outro varia conforme se apresente o objeto da regulação (serviços públicos delegados, monopólios ou atividades privadas de interesse público)¹⁶⁹. Entretanto, em função do escopo do presente trabalho, limitar-nos-emos aos aspectos gerais pertinentes.

¹⁶⁹ De acordo com Alexandre Santos de Aragão (2005), é maior o âmbito do poder normativo das agências reguladoras de serviços públicos delegados, como é o caso da ANATEL, da ANTT e da ANTAQ, que permanecem sob a titularidade pública, já que compreende a emissão de portarias ou resoluções, além da elaboração dos editais de licitação e das respectivas minutas contratuais. Com relação às agências reguladoras da exploração privada, como a ANP e a ANA, a margem de normatização é menor, porque deve se desenvolver apenas no espaço deixado pelos próprios editais de licitação ou contrato de concessão. E, no tocante à regulação das atividades privadas de interesse público, a cargo, por exemplo, da ANVISA e da ANS, o Poder

As leis editadas pelo Congresso Nacional (de iniciativa do Poder Executivo, diga-se), que criam as agências reguladoras, constituem o ponto de partida. São elas que lhes atribuem o poder normativo e fixam os parâmetros para o seu exercício, consoante os fins legalmente estabelecidos. Em geral possuem baixa densidade normativa (ARAGÃO, 2005), de modo a permitir que as agências reguladoras elaborem, com autonomia e agilidade, normas adequadas para o setor em face da complexidade e dinâmica da vida social¹⁷⁰.

Tais leis, em razão de seus genéricos termos, aproximam-se de certa forma das leis editadas pelo Poder Legislativo norte-americano, quando da criação, lá, das agências administrativas. É que, por versarem sobre matérias de complexidade técnica e que estão sujeitas a constantes mudanças tecnológicas e econômicas, limitam-se a referir os valores a serem perseguidos e a estabelecer padrões ou standards, a partir do que desenvolver-se-á a atividade normativa das agências em questão.

De qualquer sorte, lei federal há de haver, dispondo a cerca da existência das agências reguladoras e seus poderes, para determinar e justificar o seu agir. E não poderia ser diferente, sobretudo no direito brasileiro, que prestigia expressamente o princípio da legalidade, já que

a possibilidade do poder normativo ser conferido em termos amplos e às vezes implícitos, não pode isentá-lo dos parâmetros suficientes para que a legalidade e/ou constitucionalidade dos regulamentos seja aferida. Do contrário, estaríamos, pela inexistência de balizamentos com os quais pudessem ser contrastados, impossibilitando qualquer forma de controle sobre os Atos da Administração Pública, o que não se coadunaria com o Estado de Direito (ARAGÃO, 2005, p. 411).

Público deve se limitar a “expedir as normas que digam respeito aos interesses primários a serem atendidos, não podendo se imiscuir em assuntos intestinos das empresas, mesmo que atinentes a outros interesses públicos” (ARAGÃO, 2005, p. 393).

¹⁷⁰ Realmente, inócua seria a função das agências reguladoras se não pudessem elaborar normas de caráter geral, veiculatórias da política econômica adotada pelo Estado. Concordamos, portanto, com Leila Cuéller, quando diz que “as agências precisam dispor de meios de atuação, de poderes compatíveis com as funções que lhes foram outorgadas”. Não de ser observados, contudo, os parâmetros constitucionais e também aqueles estabelecidos pelas respectivas leis habilitadoras quanto a sua esfera de atuação, sob pena de se comprometer os valores e princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito e, mais, a própria legitimidade daquelas entidades.

Por conseguinte, dentro daqueles parâmetros definidos pelo legislador, às agências reguladoras cumpre controlar e disciplinar, mediante a expedição de atos normativos (normalmente na forma de resolução), as atividades que lhes são afetas, com o propósito de atingir os fins visados pelo Estado no tocante ao funcionamento de todo o ciclo econômico, sob a perspectiva da eficiência e da proteção do mercado e das liberdades econômicas das pessoas vinculadas à prestação de serviços públicos, ao lado da justa e razoável fixação das tarifas para garantir o equilíbrio econômico-financeiro da empresa concessionária (WALD; MORAES, 1999).

As balizas legais existem (ao que parecem mais precisas do que no direito norte-americano, na medida em que os aspectos essenciais devem necessariamente ser determinados pelo Legislativo¹⁷¹), então, e devem ser observadas, a fim de preservar o Estado Democrático de Direito, que é princípio fundamental de nossa Constituição Federal (art. 1º), e seus subprincípios concretizadores, em especial o da separação dos poderes, da legalidade da administração e da segurança jurídica (CANOTILHO, 2002). Isto, pois, como afirmam Arnold Wald e Luiza Rangel de Moraes,

os entes reguladores, como órgãos administrativos que são, não têm competência para atuar fora das normas que definem suas atribuições, baseadas geralmente e principalmente na especialidade, conferidas em razão do segmento específico em que atuem.

Como todo agente administrativo, estão, portanto, essas entidades adstritas aos princípios informadores dos atos administrativos em geral, devendo basear sua atividade nas disposições legais, sendo-lhes vedada a imposição de ônus e de penalidade que não estejam previstos na lei, tanto quanto não podem criar obrigações para os concessionários que não encontrem amparo na lei e no contrato de concessão (1999, p. 153).

¹⁷¹ A propósito, adverte Marçal Justen Filho: (...) não é possível aplicar, de modo integral e fiel, as concepções norte-americanas sobre o tema. Como visto, a tradição norte-americana conduziu a uma ampliação muito significativa da competência normativa das agências. Adotou-se entendimento que permite ao Legislativo estabelecer um núcleo normativo extremamente reduzido, com ampla autonomia normativa para as agências. Quando se reconhece a existência de competência normativa para as agências reguladoras, não se pretende adotar as concepções norte-americanas. O princípio da legalidade, entre nós, significa a necessidade do ato legislativo disciplinar extensamente a matéria. Os dados fundamentais da hipótese de incidência e do mandamento normativo apenas podem ser veiculados por meio de lei. Não se admite que a lei estabeleça um padrão abstrato, preenchível pelos mais variados conteúdos, e remeta à agência seu desenvolvimento autônomo (2002, p. 525-5).

Nesse compasso, e em face das considerações antes feitas a respeito do papel dos regulamentos na ordem jurídico-constitucional brasileira, tem-se que as disposições normativas provenientes das referidas entidades reguladoras não de se orientar pelos parâmetros legais¹⁷², para tratar especialmente de questões técnicas, ou, no caso em que tais determinações advenham de concessionários ou permissionários, limitar-se ao âmbito do poder concedente, o que é compreensível em vista da própria idéia que inspirou a sua criação: a necessidade de especialização (DI PIETRO, 2003, 37)¹⁷³.

Com propriedade, afirma Marçal Justen Filho que,

[...] o Estado brasileiro pode optar pelo exercício mais intenso de suas competências normativas, reduzindo sua atuação direta no âmbito econômico. No entanto, a alteração de um projeto de Bem-Estar Social para um Estado Regulatório não pode afetar a partilha de competências normativas consagradas constitucionalmente. É descabido instituir uma agência reguladora e, por meio de instrumento infraconstitucional, atribuir-lhe competências reservadas constitucionalmente ao Poder Legislativo.

Ademais, devem as agências reguladoras, no exercício do poder normativo, se alinhar às diretrizes da política pública do governo, como já afirmado pelo Supremo Tribunal Federal (ADI-MC n. 1.949/RS), na medida em que a regulação e a fiscalização dos serviços públicos e das atividades privadas de interesse público são funções de polícia administrativa, típicas da administração pública, sob coordenação do Poder Executivo (artigo. 84, inciso II, da Constituição Federal). Nesse sentido, afirma Alexandre Santos de Aragão, que as “agências

¹⁷² Não se pode perder de vista aquilo que realmente diferencia a lei do regulamento: o fato de que somente a lei inova (ou pode inovar) em caráter inicial a ordem jurídica. “É – ela – fonte primária do Direito, ao passo que o regulamento é fonte secundária” (BANDEIRA DE MELLO apud MELLO, 2003, p. 312). Ao regulamento compete tão só executar as inovações, as modificações, introduzidas na ordem jurídica, sem, contudo, alterá-la. “Consoante professa Renato Alessi, legislação é a emanção de atos primários, decorrentes diretamente do exercício da soberania do Estado. A lei não apenas inova a ordem jurídica, mas o faz originariamente, disciplinando relações e permanecendo ‘por cima e à margem das mesmas’. (...) Administração é a emanção de atos de produção jurídica complementares (ou quando menos de atividade auxiliar destes), na aplicação concreta do ato de produção jurídica primário e abstrato contido na norma legislativa” (ALESSI apud CAMMAROSANO, 1979, p. 127).

¹⁷³ Com isso, restará igualmente viabilizada a aferição de legalidade das disposições normativas oriundas das agências reguladoras, em função do sistema hierárquico organizado internamente na Constituição.

têm liberdade para editar normas jurídicas desde que estejam de acordo com os objetivos fixados em lei e com as políticas públicas estabelecidas pela Administração central” (2005, p. 219).

Esse, inclusive, o entendimento assentado no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.668/DF, pelo Ministro Sepúlveda Pertence: “nada impede que a Agência tenha funções normativas, desde, porém, que absolutamente subordinadas à legislação, e, eventualmente, às normas de segundo grau, de caráter regulamentar, que o Presidente da República entenda baixar”.

Assim, portanto, os preceitos a ser editados pelas agências reguladoras, disciplinando e orientando juridicamente a autonomia de instituições quando da prestação de serviços públicos e de outras atividades privadas necessárias ao bem comum, devem se limitar, em virtude da própria natureza da função que realizam, às questões administrativas, respeitado o que já se contém no arcabouço normativo, sobretudo em níveis legal e regulamentar, “sob pena, aí sim, de extravasamento, a resolver-se no campo da legalidade”¹⁷⁴.

Em outras palavras, os atos normativos assim expedidos, para disciplina, controle e fiscalização das atividades delegadas a particulares, devem referir-se a normas subordinadas à lei e, quando for o caso, também aos regulamentos do Poder Executivo, exprimindo, em última análise, um aprofundamento da atuação normativa do Estado¹⁷⁵, tendo em vista que o que se busca – diferentemente do que sucede com as *rule and regulation* no sistema norte-americano que tem força própria e reconhecida, ao menos enquanto mantida a ordem jurídica nos moldes atuais, por força dos princípios da separação de poderes e da legalidade – é propiciar a perfeita e integral aplicação da norma produzida legislativamente.

¹⁷⁴ ADI-MC n. 1.688/DF. STF. Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 20.8.1998.

¹⁷⁵ Segundo Conrado Hübner Mnedes, a “agência reguladora cabe não apenas operacionalizar a regulação contida em lei (normativa), através da competência que lhe é outorgada para fiscalizar e aplicar sanções, mas também para complementar tal corpo normativo com regulamentos próprios, além de possuir competência para também dirimir conflitos” (in SUNDFELD, 2002, p. 18).

Com isso se quer dizer que o poder normativo das agências regulatórias brasileiras deve ser compreendido à luz dos princípios e regras, em geral, que norteiam a Administração Pública, e, fundamentalmente, da lei que institui cada uma dessas entidades e que é responsável por alinhar a estrutura regulatória do respectivo setor – e seus aspectos essenciais –, da qual decorrem os condicionamentos daquela competência. Nesse passo, ensina Floriano Azevedo Marques Neto,

A relação das agências reguladoras com o Direito se dá em face de uma nova legalidade: a lei define as metas principais e os contornos da atividade do órgão regulador, cometendo-lhe (nestes limites e sob controle do Judiciário e do próprio legislativo) ampla margem de atuação. Atuação, esta, que segue um novo tipo de discricionariedade, pautado fundamentalmente pelos objetivos definidos na lei para ser implementados no setor regulador (*in* SUNDFELD, 2002, p. 95).

Por fim, sinala-se que há autores que veem no exercício do poder normativo pelas agências reguladoras, ressalvados os casos de reserva de lei, o fenômeno da delegificação ou deslegalização, por força do qual o legislador, no uso da sua liberdade para dispor sobre determinada matéria, atribui um largo campo de atuação normativa à Administração, que permanece, em todo o caso subordinada à lei formal (ARAGÃO, 2005; MOREIRA NETO, 2006)¹⁷⁶. De acordo com Entierria, denomina-se “deslegalização à operação que efetua uma lei que, sem entrar na regulação material de um tema, até então regulado por lei anterior, abre tal tema à disponibilidade da potestade regulamentar da Administração” (1990, p. 296).

Quanto a esse ponto, perfilha-se, neste trabalho, a posição adotada por Marçal Justen Filho, segundo a qual, “a concepção de deslegalização ou delegificação não se afigura como aplicável ao Direito Brasileiro. Ao menos, não há cabimento de produzir a transferência de competência normativa reservada constitucionalmente ao Legislativo para o Executivo”

¹⁷⁶ A propósito, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 140.669/PE. Na ocasião, em que se questionava a constitucionalidade do artigo 66 da Lei n. 7.450/85, que autorizou o Ministro da Fazenda a fixar o prazo para recolhimento do IPI, aquele Tribunal, por maioria (vencidos os Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso), acompanhando o voto do relator Ministro Ilmar Galvão, reconheceu o fenômeno da “deslegalização legislativa”, ressalvadas as matérias reservadas à lei.

(JUSTEN FILHO, 2002, p. 495), o que decorre de certas características da ordem jurídica brasileira, em especial da reserva legal para o tratamento de determinados assuntos relacionados a serviços e áreas fundamentais ao país, que envolvem a formulação de políticas públicas, além, é claro, da partilha de competências normativas estabelecidas constitucionalmente.

CONCLUSÃO

Ao final do trabalho, em que se pretendeu compreender o poder normativo das agências reguladoras no direito brasileiro a partir de uma análise comparatista com o poder normativo das agências reguladoras no direito norte-americano, cumpre reunir as principais conclusões alcançadas.

1. Reitera-se, de início, a utilidade da comparação entre conceitos e institutos de sistemas jurídicos diversos, na medida em que favorece a circulação de modelos jurídicos e auxilia no desenvolvimento do direito, e, por conseguinte, no alcance de soluções jurídicas. Conforme René David, desempenha ela uma “função de primeira ordem para o conhecimento e progresso do direito” (DAVID, 1998, p. 14).

2. Os Estados Unidos da América, país do sistema da *common law*, tiveram sua primeira (e única) Constituição aprovada no ano de 1787. Contém ela uma fórmula de equilíbrio entre os três órgãos do Estado – Legislativo, Executivo e Judiciário – , segundo a qual está prevista a especialização de cada uma das respectivas funções, acrescida de mecanismos de controle recíproco, caracterizando o que se denomina de sistema *checks and balances*. Todavia, nada refere, expressamente, sobre as agências reguladoras (*regulatory agencies*), as quais encontram fundamento nas leis editadas pelo Congresso, que especificam a organização e os programas de cada agência.

3. Ao longo do século XX, considerando o arquétipo de agência (administrativa) reguladora moderna, a *Interstate Commerce Commission* – ICC, instituída por lei do Congresso no ano de 1887, foram as agências reguladoras se firmando na ordem jurídica norte-americana, com seus poderes regulatório e/ou adjudicatório, não só em resposta à percepção dos problemas sociais que justificariam a intervenção do Estado, como também à idéia de que as instituições existentes revelavam-se insuficientes ou inadequadas para tanto.

4. Estão sujeitas à regulação das agências reguladoras norte-americanas as *public utilities*, assim entendidas certas espécies de serviços essenciais, que, por sua vez, não se confundem com a noção de serviço público, tal como conhecida nos direitos do sistema romano-germânico, inclusive no direito brasileiro. Nos Estados Unidos, praticamente toda a atividade econômica é deixada ao setor privado.

5. No direito administrativo norte-americano, existe a *Administrative Procedure Act* – APA, de 1946, editada pelo Congresso no intuito de legitimar a prática das agências reguladoras, que estabelece uma definição de agência, embora ampla.

6. No Brasil, país do sistema romano-germânico, existe a previsão constitucional de apenas duas das agências reguladoras, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL e a Agência Nacional de Petróleo – ANP; as demais agências têm respaldo na legislação infraconstitucional.

7. Os motivos que levaram à adoção de um modelo organizativo de agências reguladoras não coincidem exatamente com aqueles antes invocados para justificar a criação das agências reguladoras norte-americanas. Sua criação se deu em compasso com a reforma do aparelho do Estado, iniciada na década de 90 do século passado (século XX), em que se fez a opção pela descentralização administrativa na prestação dos serviços públicos, bem como pela ênfase da atividade regulatória, ou seja, pela intervenção indireta do Estado nos setores econômicos através de pautas normativas de conduta, caracterizando o que a doutrina denomina de regulação estatal da economia.

8. As agências reguladoras brasileiras são autarquias sob regime especial, pertencentes à Administração Pública indireta, que têm como precípua finalidade disciplinar determinados setores da economia, quer pela concessão de serviços públicos (industriais e comerciais) ou de exploração de atividade econômica monopolizada e respectiva regulação, quer pelo exercício

do poder de polícia administrativa, para conformação da autonomia privada, através de ações preventivas e repressivas.

9. No direito brasileiro, inexistente um conceito legal de agência reguladora, tal como no direito norte-americano, nem sequer legislação que estabeleça um regime uniforme a respeito ou disponha sobre normas aplicáveis ao processo decisório de tal entidade.

10. O poder normativo das agências reguladoras no direito norte-americano consiste no poder de editar regras e regulamentos com força de lei, a fim de conformar determinados setores da economia nacional, e, também hoje, de áreas voltadas ao bem-estar social. Do ponto de vista qualitativo, as disposições oriundas das agências, no exercício do *rulemaking power*, pouco diferem daquelas procedentes do Legislativo, principalmente quanto aos efeitos (cogentes) sobre os particulares.

12. A jurisprudência norte-americana, após debate acerca da matéria, manifestou-se pela possibilidade da delegação de poderes legislativos às agências reguladoras.

13. No direito brasileiro, às agências reguladoras é atribuído, por lei específica, o poder para regular a atividade econômica ou de interesse geral que lhes é afeta, submetendo, por conseguinte, à sua disciplina normativa, todos aqueles que integram o setor então regulado. São elas titulares apenas de funções administrativas, não existindo a delegação de funções legislativas, diferentemente do que sucede com as agências reguladoras nos Estados Unidos.

14. O poder regulamentar, no direito brasileiro, pode ser exercido não só pela Administração central do Estado, mas também por outros titulares de órgãos ou de entidades da Administração Pública, tecnicamente mais bem aparelhados, caso assim disponha a lei. O regulamento, por sua vez, é ato normativo secundário geral expedido pelo Poder Executivo no exercício de seu poder regulamentar, que tem como objetivo, de regra, facilitar a execução da lei, especificá-la de modo praticável.

15. Em sendo assim, as agências reguladoras, no direito brasileiro, quando do exercício de seu poder normativo, hão de se orientar pelos parâmetros da respectiva lei habilitadora, para tratar especialmente de questões técnicas, ou, no caso em que tais determinações advenham de concessionários ou permissionários, ao âmbito do poder concedente, o que é compreensível em vista da própria ideia que inspirou a sua criação: a necessidade de especialização. Não podem, pois, inovar originariamente a ordem jurídica, função que cabe à lei, enquanto ato formal do Poder Legislativo.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ABREU, Coutinho. **Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade.**

Coimbra: Almedina, 1987.

ADAMS, John Clarke. **El derecho administrativo norteamericano.** Traduzido por Dionísio

Petriella. Buenos Aires: EUDEBA, 1964.

ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado.** Traduzido por Sérgio José

Porto. Porto Alegre: Fabris, 1980.

ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). **O poder normativo das agências reguladoras.**

Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. O poder normativo das agências reguladoras. **Revista Forense.** Rio de Janeiro. V. 97. n. 354. p. 3-26. mar./abril., 2001.

_____. **Agências reguladoras.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de direito. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília. V.37. n. 148. p. 275-99. out./dez. 2000.

ARAÚJO, Justino Magno. Aspectos da jurisdição nos sistemas da “common law”, da “civil law” e no direito brasileiro. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, ano 14, v. 14, n. 40, p. 184-201, jul. 1987.

ATALIBA, Geraldo. Decreto Regulamentar no Sistema Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. v. 97, 1969.

_____. Poder Regulamentar do Executivo. **Revista de Direito Público**. v. 57-58, 1981.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 30 ed. São Paulo: Globo, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro. Atos normativos do órgão executivo. **Justitia**. V. 48. n. 134. p. 32-53. abr./jun., 1986.

BERNARD, Schwartz. **Administrative Law – A Casebook**. Boston: Little, Brown and Company, 1977.

BOBBIO, Norberto. **Enciclopedia Europea**. vol. 10. Milano: Garanti, 1980, p. 945-946.
Disponível em: <<http://www.erasmo.it/gobetti>>.

_____. **Diritto e Stato nel pensiero di Emnuelle Kant**. Torino: G. Giappichelli, 1957.

_____. et. al. **Dicionário de Política**. Traduzido por João Ferreira et al. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 6 ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1972.

CAMMAROSANO, Marcio. Regulamentos. **Revista de Direito Público**. n. 51-52, 1979

CAMPOS, Francisco. Lei e regulamento – Direitos individuais. **Revista de Direito Administrativo**. v. 80. p. 373-82. 1965.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002

CARRAZA, Roque Antônio. **O Regulamento no Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981.

CASAGRANDE FILHO, Ary. **Estado Regulador e Controle Judicial**. São Paulo: Quartin latin, 2007.

CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional Law: principles and policies**. 3. ed. New York: Aspen Publisher, 2006

CLEVÊ, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

_____. Precisoões sobre os conceitos de lei e de igualdade jurídica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v. 750. p. 11-9. abr. /1998.

COUTINHO, Ana Luísa C.. Direito Comparado e Globalização. **Prim@Facie**. João Pessoa, ano 2. n. 3. p. 30-41. jul./dez. 2003. Disponível em:

< <http://www.ccj.ufpb.br/primafacie>>. Acesso em 28. 06.2008

COUTO E SILVA, Almiro. Os indivíduos e o Estado na realização das tarefas públicas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. n. 209. p. 43-70. jul.set./1997.

_____. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**. São Paulo. v. 20, n. 84, p. 43-63. out./dez. 1987.

_____. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. n. 230. p. 45-74. out../2002.

CRAIG, P. P. **Administrative Law**. 5 ed. London: Sweet & Maxwell, 2003.

CRETELLA JUNIOR, José. **Direito Administrativo Comparado**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

_____. Poder normativo das agências reguladoras norte-americanas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. N. 229. p. 153-76. jul.set., 2002.

DANTAS, Ivo. Direito Comparado como Ciência. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 34, n. 134, p. 231-49, abr./jun. 1997.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Traduzido por Hermínio a. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DEMO, Pedro. Sociedade e Estado. Santo Estado, maldito mercado: de certas esquerdas que são direitas. Disponível em: < <http://www.scielo.br> > . Acesso em: 08 abr.2008.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Manual de Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006,

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. (Coord.). **Direito Regulatório**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. **Direito Constitucional: instituições de direito público**. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984

ENCYCLOPEDIA International. V. 15. Nova Iorque: Grolier, [s/d]

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Traduzido por Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. Porto Alegre: Globo, 1958.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. 2ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2002

_____. **Estado de Direito e Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FORTI, Ugo e IACCARINO, Carlo Maria. Amministrazione Pubblica. **Novíssimo Digesto Italiano**. VTET, V. II, 1957.

FREUND, Ernst. **Administrative Powers on Persons and Property**: A Comparative Survey. Chicago: The University of Chicago Press, 1928.

GARCEZ NETO, Martino. Poder. In: **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**, coord. J. M. de Carvalho Santos. Rio de Janeiro: Borsoi, vol. XXXVII. p. 193-202.

GARCIA, Emerson. Princípio da Separação dos Poderes: órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Lisboa, XLVI, n. 2, p. 955-1004. 2005

GARCÍA, Jorge Sarmiento. **Concesión de Servicios Públicos**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GIACOMUZZI, José Guilherme. Os poderes das agências americanas e *judicial review* – *leading case* e básicas observações. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 30, n. 90, p. 169-84, jun. 2003.

GRAU, Eros Roberto. Poder de Polícia: Função Administrativa e Princípio da Legalidade: o chamado “Direito Alternativo”. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo. n.1.p. 88-103. 1993.

GORDILLO, Augustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Disponível em: <<http://www.gordillo.com.ar>> Acesso em 28.09.2003.

GUERRA, Sergio. **Introdução ao Direito das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

GUTTERIDGE, H. C. **El derecho comparado: introducción al método comparativo en la investigación y en el estudio del derecho.** Barcelona: Instituto de Derecho Comparado, 1954.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HUSA, Jaakko. Classification of legal families today is it time for a memorial hymn? **Revue internationale de droit comparé.** Paris. Ano 56, n. 1, p. 11-30, jan./mar. 2004.

JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado.** Trad. Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Ed. Maipu, 1970.

JUSTEN, Mônica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu.** São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: existe um déficit democrático na “Regulação Independente”? **Revista de Direito Público de Economia.** Belo Horizonte. ano 1, n.2, p. 273-301, abr./jun.2003.

_____. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2005-a.

_____. O Direito Administrativo Reescrito: problemas do passado e temas atuais. **Revista Negócios Públicos**. ano II. n. 6, p. 39-41, 2005-b.

_____. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEGRAND, Pierre. Per l'analisi giuridica comparatistica. **Rivista di Diritto Civile**. Padova. n. 6, p. 597-612, [S.d.]

MACHIAVELLI, Nicoló di Bernardo dei. **O Príncipe**. Trad. Antônio Caruccio – Caporale. Porto Alegre: L&PM, 1999.

MADISON, James, et.al. **The Federalist**. 1788

MARTINS FILHO, Ives Granda da Silva. O princípio ético do bem comum e a concepção jurídica do interesse público. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, v. 66, n. 2, p. 30-4. abr./jun. 2000

MACIEL, Adhemar. Nossa Primeira Constituição a luz do direito comparado. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo. n.1.p. 192-207.1993.

MASHAW, Jerry L.; MERRIL, Richard A.; SHANE, Peter M.. **Administrative Law**: the American public law system. 4 ed. St. Paul: West Group, 2000.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Regulação e Auto regulação. **Revista de Direito Administrativo**, v. 228, 2002.

(VER PÄGINA)

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27^a ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MENDES, Filmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

MERRILL, Thomas W. e WATTS, Kathryn Tongue. Agency rules with force of law: the original convention. **Harvard Law Review**, vol. 116, n. 2, p. 477, dec. 2002.

MEYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán**. Buenos Aires: Depalma, 1949.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1997

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969**. 3. ed. Tomo I. Rio de Janeiro, Forense, 1987

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MORAES, Alexandre. Agências Reguladoras. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v. 90. n. 791. p. 739-56. set. 2001.

_____, **Direito Constitucional**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. São Paulo: Renovar, 2003.

_____. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro. Renovar, 2006.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Público Económico**. 3. ed. Granada: Comares, 2004.

PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan carreiro. Agências reguladoras: origem e natureza jurídica. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo. n. 50, p. 153-171, 2005.

PALMER, Vermon V.. The Style of Legislation in the United States: Narrative Norms and Constraining Norms. **The American Journal of Comparative Law**. v. 42. p. 15-22, [S.d.].

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Reforma do Estado dos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997

PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const, de J. Villeneuve EC., 1857.

PIERCE JR., Richard J.. **Administrative Law Treatise**. 4. ed. Nova Iorque: Aspen Law & Business, 2002.

PIETRO, Maria Sylvia di. Participação popular na administração pública. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo. n.1.p. 127-139, 1993.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social, à luz da Constituição mexicana de 1917. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 10, n. 1192, 6 out. 2006. Disponível em: < [http: jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=904](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=904)>. Acesso em: 18 jun. 2008.

PLANO Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília: 1995. Disponível em <<http://www.planejamento.gov.br/GESTAO>>. Acesso em 29 dez. 2005

PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1967 (com a Emenda n.1 de 1969)**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1970.

QUEIRÖ, Afonso Rodrigues. **Lições de direito administrativo**. vol. 1. Coimbra: Coimbra, 1959.

REALE, Miguel. **Fontes de Modelos do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002

_____. **Pluralismo e Liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1963.

ROSA, Renata Porto Adri de. Reflexões sobre a função reguladora das Agências Reguladoras. **Revista de Direito Administrativo**. v. 226, 2001.

RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo comparado**. Traduzido por J. Crettela Jr. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SACCO, Rodolfo. **Introdução do Direito Comparado**. Traduzido por Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

SCHIERA, Pierangelo. **Dicionário de Política**, Trad. De João Ferreira, Carmem C. Varriate e outros. Brasília: Universidade de Brasília, 1986

SCHWARTZ, Bernard; CORRADA, Roberto L. **American Administrative Law: a casebook**.. New York: Aspen Law & Business, 2001.

_____. **Direito Constitucional Americano**. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SILVA, Eduardo Marques da. **A independência das agências reguladoras no Brasil e o Projeto de Lei n. 3.337/2004**. Brasília, 2006. Disponível em <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/SEAE>> Acesso em: 30 jul. 2008

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. atual. Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

STOPPINO, Mario. Poder. In: **Dicionário de Política**, Traduzido por João Ferreira et.al.. Brasília: Universidade de Brasília, 1986, p. 932

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 2005.

TÁCITO, Caio. Agências Reguladoras da Administração. **Revista de Direito Administrativo**, v. 221, 2000.

_____. O mandado de segurança e o poder normativo da Administração. **Revista de Direito Administrativo**. v. 46, 1956. (VER REFERENCIA)

_____. Princípio da legalidade e poder de polícia. *Revista Direito*. Rio de Janeiro. v. 5. n. 10. p. 15-25. jul./dez. 2001.

TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** 2 ed. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1996

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Do Poder Regulamentar. **Revista de Direito Público**. v. 65, [S.d.]

VICENTINI, Marcelo. Breve paralelo entre as famílias romano-germânica, de common law e socialista. **Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre. V. 21. n.20. p. 241-74.1999.

WALD, Arnold; MORAES, Luiza Rangel de. Agências Reguladoras. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. Brasília. v. 36. n. 141. p. 143-71. jan./mar., 1999.

WEBER, Marx. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 3 ed. Vol. 1. Brasília: Universidade de Brasília, 2000

ZANOBINI, Guido. Regolamento. In: **Novíssimo Digesto Italiano**. v. XV, 1957.

VÁSQUEZ, Emilio Fernández. Diccionario de derecho público. Buenos Aires: Astrea, 1981.

JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 1.949/RS. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 18 de novembro de 1999. DJ 25 de novembro de 1999. Disponível em: <[http:// www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>

_____. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 1.668/DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. 20 de agosto de 1998. DJ 16 de abril de 2004. Disponível em: <[http:// www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>

_____. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem na ação cível originária n. 1.048/RS. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. 30 de agosto de 2007. DJ 31 de outubro de 2007. Disponível em: <[http:// www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>

_____. Recurso Extraordinário n. 140.669-1/PE. Tribunal Pleno. Relator Ministro Ilmar Galvão. 01 de dezembro de 1998. Disponível em < [http: www. stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361 (1989)

_____. *Prentis v. Atlantic Coast Line Co.* 211 U.S. 210, (1908)

_____. *People v. Tibbits.* 56 III. 2d 56, 305 N.E. 2d 152 (1973).

_____. *Panama Refining Co. v. Ryan*. 293 U.S. 388 (1935).

_____. *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935).