

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO DIREITO DO ESTADO

Renan Souza Teixeira

O MODELO REGULATÓRIO COMO GARANTIDOR DA CONTINUIDADE DAS
ATIVIDADES DE ESTADO E DA SEGURANÇA JURÍDICA

Porto Alegre
2018

Renan Souza Teixeira

O MODELO REGULATÓRIO COMO GARANTIDOR DA CONTINUIDADE DAS
ATIVIDADES DE ESTADO E DA SEGURANÇA JURÍDICA

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como pré-requisito para
obtenção do título de Especialista em
Direito do Estado da Fundação da
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Freitas

Porto Alegre
2018

AGRADECIMENTOS

A vida torna-se importante porque as pessoas assim a fazem.

Primeiramente gostaria de agradecer aos meus pais que me proporcionaram para além da graduação e pós-graduação, mas, sim, o amor.

Não poderia deixar de esquecer o Douto Juarez Freitas, meu orientador, até mesmo porque a sua sempre presença, atenção e dedicação aos seus orientandos fazem com que a tarefa do esquecimento seja impossível.

Por fim, ao escritório Lindenmeyer Advocacia & Associados, sempre encurvado aos meus anseios acadêmicos, minhas inquietudes e, sobretudo, incentivando-os.

O nosso mundo tá doente em tudo
Enquanto nós perdemos tempo brigando por isso
Ao invés de dividir as religiões entre as que são do mal e as
que são do bem
Que tal botar sua ideologia no bolso
E ajudar aquele moço que de frio morre na rua desamparado e
sem ninguém?
Os grandes mestres já disseram que precisamos de união
Então porque não fazer do respeito também uma religião?
[Anmari]

RESUMO

O objetivo do presente estudo é fazer uma análise crítica acerca do modelo regulatório, em razão da necessidade de se manter uma continuidade na prestação Estatal. Pelo fato do Chefe de Estado e o Chefe de Governo, no Brasil, estarem centralizado em apenas uma autoridade emerge a problemática relacionada à sujeição da continuidade das atividades administrativas à ideologia do dia, à caprichos partidários, não primando pela técnica, eficiência e eficácia, bem como pela boa administração. Nesse contexto, as atribuições secundárias do Estado (àquelas não atinentes ao interesse público e/ou relevância social) cedidas ao modelo regulador tornam-se uma alternativa para as tarefas da máquina administrativa, como maneira de dar continuidade e planejamento, tanto técnico como orçamentário, às atividades. Como consequência, a não sujeição das atividades da máquina administrativa à vontade partidária do dia gera maior segurança jurídica para todos os cidadãos, dada a maior previsibilidade da tomada de decisões das entidades reguladoras.

ABSTRACT

The objective of the present study is to make a critical analysis about the regulatory model, due to the need to maintain a continuity in State performance. Because the Head of State and Head of Government in Brazil, being centered on only one authority emerges the problematic related to subjecting the continuity of administrative activities to the ideology of the day, to party whims, not focusing on technique, efficiency and effectiveness as well as by good administration. In this context, secondary attributions of the state (to those not related to the public interest or social relevance) assigned to the regulatory model become an alternative to the tasks of the administrative machine, as a way of giving continuity and planning, both technical and budgetary, to activities..As a consequence, the non-subjection of the activities of the administrative machine to the will of party ideology creates greater legal certainty for citizens, given the greater predictability of the decision-making of regulators

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 DA COMPATIBILIDADE DO MODELO REGULADOR COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	09
2.1 DA COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL POSITIVA	09
2.2 DA CRISE DO PODER LEGISLATIVO	13
2.3 NORMA REGULATÓRIA E FUNÇÃO REGULAMENTAR – UMA ABORDAGEM CONSTITUCIONAL SOBRE A DISTINÇÃO ENTRE AMBAS	15
2.4 DA DESLEGALIZAÇÃO E REBAIXAMENTO HIERÁRQUICO.....	20
3 DA SEGURANÇA JURÍDICA PROPORCIONADA PELO MODELO REGULATÓRIO.....	23
3.1 DA TOMADA DE DECISÕES COLEGIADAS	24
3.2 DA VEDAÇÃO A DEISSÃO <i>AD NUTUM</i> E REGIME ESTATUTÁRIO DOS SERVIDORES DAS AGÊNCIAS	25
3.3 DA INAFASTABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO - POSSIBILIDADE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA DISCRICIONARIEDADE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	29
3.4 DA INCLINAÇÃO À REVISÃO DA DOUTRINA <i>CHEVRON</i> - NECESSÁRIA DELEGAÇÃO IMPLÍCITA OU EXPLÍCITA DO CONGRESSO.....	31
3.5 DO PROJETO DE LEI 6.621/2016 - DA LEGALIZAÇÃO DE JURISPRUDENCAIS E PROPULSÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	36
3.6 DA SUPRESSÃO DO DÉFICIT DEMOCRÁTICO	42
4 CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS.....	49

1 INTRODUÇÃO

A centralização em uma autoridade das atribuições de Chefe de Governo e Chefe de Estado torna, hoje, impraticável um planejamento afastado de ideologia partidária e de longa duração.

Como é cediço, no Brasil tem-se eleições presidenciais e de congressistas nacionais de 4 em 4 anos. Dessa forma, as atividades administrativas tomam rumo a depender da ideologia partidária que está no poder.

Para que se atinja a necessária isenção das atividades de Estado, independentemente de posições de esquerda ou direita, é necessário atribuir as atividades administrativas secundárias (àquelas não atinentes a própria existência do Estado, como a saúde, educação e segurança pública) às agências reguladoras dotadas de autonomia financeira e administrativa, providas por servidores ingressos através de concurso público, cuja avaliação deve centrar-se ao conhecimento atrelado.

No primeiro capítulo, desenvolver-se-á a tese da plena compatibilidade do Modelo Regulatório de Estado para com a Constituição Federal de 1988, muito porque as hoje previstas não foram inseridas em seu texto original, mas, sim, através de Emendas Constitucionais.

Em seguida, no segundo capítulo, firmada a compatibilidade defendida, vincular-se-á ao Modelo Regulador como meio de oportunizar a necessária continuidade, planejamento, prevenção e preocupação com a eficiência e eficácia nas tomadas de decisões a respeito das atividades administrativas. Por fim, em razão do estabelecimento dessa continuidade da máquina administrativa, discorrer-se-á a respeito da concessão da efetiva segurança jurídica aos administrados, uma vez que os cidadãos poderão prever as posições que serão firmadas na área econômica em questão, afastando as incertezas provocadas/proporcionadas pelas trocas de governo e de ideologia.

2 DA COMPATIBILIDADE DO MODELO REGULADOR COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1 – DA COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL POSITIVA

O Modelo Regulatório no Brasil vem amparado pelo artigo 173 da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe:

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

Continua a Carta Maior, no artigo seguinte (Art. 174) que *“Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”*.

Os argumentos que sustentam a compatibilidade das entidades reguladoras com a Constituição Federal de 1988 são: a crise do princípio da legalidade e o surgimento de outras formas de produção normativa, a complexidade dos temas econômicos e a necessária compatibilização e adaptação rápida das normas às mudanças na sociedade contemporânea.

O avanço científico, técnico e industrial, o crescimento populacional, a especialização, a divisão de trabalho e a mudança mais rápida nas condições de vida aumentaram as tarefas do Estado. Todos esses fatores conduziram à pluralização e democratização do Estado¹.

Esses fatores atribuem ao Estado a necessidade de possuir um poder de criação de Direito mais simples que o funcionamento do Poder Legislativo.

Alberto Venâncio Filho² alerta que as consequências das descobertas científicas, cada vez mais aceleradas desde a Revolução Industrial, bem como o aparecimento da grande indústria, acarretou significativa mudança nas relações da sociedade, exigindo do Estado que abrangesse o maior número de atribuições e, em decorrência disso, intervindo cada vez mais na vida econômica e social para compor os conflitos de interesses.

¹ HESSE. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha, p. 31-32.

² VENANCIO FILHO. A intervenção do estado no domínio econômico, p. 8.

Ademais, com o aparecimento de novos operadores privados na execução de atividades econômicas, compreendeu-se que deveria haver uma separação da função de regulação e a função de participação pública na própria atividade regulada.

O puro interesse econômico deveria, a partir de então, não ser mais puro. Isto é: as agências reguladoras têm como função primordial administrar a mescla entre os interesses econômicos e os sociais, garantidos ambos pela mesma Constituição Federal.

Sobre o tema, MENDES³ afirma que:

“As empresas que saem do domínio estatal e passam a fazer parte do domínio privado não podem estar submetidas, exclusivamente, às livres decisões de seus administradores, motivadas unicamente pelas contingências econômicas. Devem, sim, estar em consonância com interesses que transcendem os meramente capitalistas. Por esse motivo, ao retirar da máquina estatal tais empresas, nasce a necessidade de regulá-las intensamente”.

Ainda sobre o assunto, BRESSER PEREIRA⁴ afirma que:

“Um dos papéis que desempenham, além do meramente técnico, é o desenvolver estratégias de articulação entre os aparatos de Estado e a sociedade como forma de neutralização de pressões clientelistas ou mesmo de ampliação de seus recursos. Nesse sentido, a burocracia pode ser um ator político no contexto da democracia, valendo-se dos instrumentos que esta faculta. Ela respeita as decisões dos políticos eleitos, mas desenvolve-se estratégias de legitimação por meio das quais obtém autonomia dos próprios políticos, a partir da demanda ou do apoio da sociedade”.

Neste cenário, de espaço para tomadas de decisões surgido em prol da Administração, através das Agências Reguladoras, é que surgiram aberturas normativas para que a Administração Pública passasse a exercer escolhas, deslocando a primazia do Poder Legislativo pra o Poder Executivo⁵.

³ MENDES. Reforma do Estado e Agências Reguladoras *In*: SUNDFELD (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*, p. 108).

⁴ BRESSER-PEREIRA. *A reforma do estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*, p. 160.

⁵ BARROSO. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 324.

Em arremate, a generalidade da Lei e a discricção judicial já não trazem mais as respostas atinentes a vida moderna.

O paradigma jurídico transfere-se para o caso concreto, para a melhor solução, singular ao problema a ser solucionado.

Sobre a missão das agências reguladoras no cenário de rápida mudança socioeconômica, aduz o mestre SERGIO GUERRA⁶:

“A essas entidades foram conferidas funções objetivando uma pré- interpretação constitucional com vistas à identificação de aporias e à correção de falhas nos mercados dos subsistemas regulados. Tudo isso deve ocorrer por meio de ponderação de interesses, em um ambiente de segurança jurídica das relações, com vistas à conformação de uma regulação razoável, proporcional e eficiente”.

Importante ressaltar que as duas agências reguladoras ditas como amparadas pelo texto constitucional foram inseridas através de emendas constitucionais.

A ANP (Agência Nacional de Petróleo) e a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) estão amparadas pelas Emendas Constitucionais n. 5 e 8, respectivamente.

Dessa forma, incabível o argumento de que o modelo regulatório é incompatível com a Carta Maior, pois o próprio órgão responsável pelo seu texto originário já entendeu pela harmonia entre as normas, o que fica evidenciado através da aprovação das emendas.

Esse foi o modelo de Estado determinado pelo legislador constituinte: o Modelo Regulatório.

Além das premissas acima destacadas, GUERRA⁷ aduz que o objetivo principal perseguido com a instituição de um modelo estatal regulatório deve ser a cessão da capacidade decisória sobre aspectos técnicos para entidades descentralizadas em troca da busca por credibilidade e estabilidade, demonstrando-se, com isso, que a regulação estatal deixa de ser assunto do Governo e passa a ser assunto de Estado.

⁶ GUERRA, Sergio. *Discricionariedade, Regulação e Reflexividade: Uma nova teoria sobre as Escolhas Administrativas*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Forum, 2013, p. 236.

⁷ Obra citada, p. 91.

Isto porque as escolhas das agências reguladoras não devem se curvar para qualquer lado, seja governo, seja ente privado. Uma correta regulação não deve privilegiar o Estado, o empresário, ou o consumidor/usuário.

Deve, sim, buscar uma nova sistêmica, um equilíbrio entre os diversos interesses envolvidos.

SUNDFELD afirma ainda que a escolha Constitucional (isto é inegável) deste modelo regulatório apresenta diversos objetivos⁸:

“A escolha regulatória, como espécie de intervenção estatal, manifesta-se tanto por poderes e ações com objetivos declaradamente econômicos – controle de concentrações empresariais, a repercussão de infrações a ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado – como por outros com justificativas diversas, mas efeitos econômicos inevitáveis – medidas ambientais, urbanísticas, de normalização, de disciplina das profissões etc.”

Todo o exposto não significa dizer que as autarquias ditas como especiais não devem respeito aos direitos e garantias dos cidadãos. Deve, sim, significar que passam a ter o seu critério de validade não apenas em razão do instrumento procedimental criador, mas em face da sua capacidade e aptidão para atender aos objetivos da política pública direcionada pelo Governo.

Estas autarquias especiais conferem à Administração Pública um grande poder, ou uma grande possibilidade de poder de integração do conteúdo da⁹ vontade do legislador dentro do quadro por ele próprio estabelecido.

O texto da lei garante, portanto, o estabelecimento de parâmetros gerais da regulamentação a ser feita pelo ente regulador independente, dando uma normatização mais completa e exaustiva à matéria.

Se, por exemplo, a Constituição Federal de 1988 estabelece que a Administração Pública deve prestar tal serviço (fim), não teria sentido que ela, independentemente da existência de lei ordinária, não pudesse regulamentar a sua prestação (meio).

⁸ SUNDFELD. Serviços Públicos e regulação estatal. In: SUNDFELD (Org.). *Direito Administrativo econômico*, p. 23)

⁹ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. Editora Malheiros, 2ª Edição, 1988, p. 188.

Desse modo, a legislação torna-se imprescindível para averiguar a legalidade/constitucionalidade dos regulamentos, para que possa existir balizamentos com os quais possam ser contrastados, possibilitando qualquer forma de controle sobre os atos normativos da Administração Pública.

Fica a cargo da Administração Pública o estabelecimento dos meios de execução, a fixação de maiores detalhamentos quanto a matéria legislada, cabendo ao legislador a fixação de *standards* e finalidades gerais.

2.2 – DA CRISE DO PODER LEGISLATIVO

Após as constatações feitas, é perfeitamente compreensível o entendimento do motivo da escolha constitucional pelo modelo regulatório.

É humanamente e operacionalmente impossível que o Poder Legislativo estivesse, a todo momento, emanando legislações sobre tudo. A realidade dos sistemas político, social e econômico, com o passar dos anos, vem se tornando cada vez mais complexa, se mostrando a Lei propriamente dita insuficiente.

Remontando ao passado, ARAGÃO afirma que a “preponderância do Poder Legislativo era típica de um Estado liberal-burguês, essencialmente absenteísta, onde apenas a classe burguesa podia votar e ser votada. A partir do momento em que o sufrágio se universalizou, o Estado teve que passar a dar conta das necessidades concretas dos eleitores, em sua maioria, hipossuficientes, o que não poderia, naturalmente ser feito pela atuação unicamente geral e abstrata do Parlamento”¹⁰.

Sob esse aspecto, o autor comenta o papel intermediário das agências reguladoras em relação ao Poder Legislativo e a efetiva atuação na realidade socioeconômica¹¹:

“O Direito Público da Economia deve ser visto como uma constante busca do ponto de equilíbrio entre, de um lado, a necessidade de regulação suficientemente flexível para atuar sobre uma realidade instável e, de outro, a conservação de um mínimo de previsibilidade e coercitividade sem a qual perderia o caráter jurídico. Trata-se de manter a inevitável instabilidade dentro de um nível razoável.

¹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3ª Ed. rev.e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 98.

¹¹ Obra citada, p. 98.

As agências reguladoras surgem justamente como tentativa de estabilizar as decisões políticas adotadas pelo Legislador em determinado setor objeto da regulação estatal, fazendo com que os objetivos fluídos fixados pela lei, aptos, portanto, a se adaptarem à realidade socioeconômica, sejam perseguidos de forma estável por estas entidades, dotadas de autonomia frente aos agentes políticos do Estado”.

Sobre a crise do princípio legalitário, ARAGÃO discorre que essa se dá pela incompletude intrínseca das leis, impotentes e incapazes de estabelecer todos os atos que o Administrador deve praticar para atender o interesse público em determinado caso em concreto¹².

A explicação da crise, conforme assevera Marcos Juruena Villela Souto, é por que o legislador não tem, necessariamente, a capacidade e conhecimento técnicos, nem mesmo a proximidade dos fatos, para editar norma que possibilitasse ser o Poder Legislativo o protagonista das mudanças radicais do dia-a-dia.

Em razão desse fato, a autor aduz ainda que as leis devem manterem-se em um plano de generalidade para abarcar todas as situações, inviabilizando, portanto, a inserção nos detalhes. Outrossim, as normas sobre o mercado são de caráter técnico, econômico e financeiro, que mudam com a evolução tecnológica e comercial todos os dias¹³.

Sintetizando, no mesmo sentido de que o Estado não tem apenas a função de ser um agente de restrição de condutas da sociedade, mas, também, a função de conformação dela, FABIO KONDER COMPARATO observou que “a razão matriz dessa evolução histórica foi, evidentemente, a inadequação da organização clássica de Poderes ao caráter essencialmente dinâmico do Estado contemporâneo, cada vez mais absorvido na tarefa de programar e realizar políticas públicas, e cada vez menos empenhado em mera declarações de direitos. Da mesma forma que a lei, como norma geral e abstrata, não é um instrumento de governo e, muito menos, de transformação social, mas uma regra de competência de comportamento humano,

¹² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da legalidade e poder regulamentar no estado contemporâneo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 225, jul./set. 2001.

¹³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 46.

assim também o Legislativo não é um órgão funcionalmente dotado de iniciativa e impulsionamento da ação estatal¹⁴.

Cada vez mais necessário, portanto, se torna a curvatura ao fato de que o modelo constitucional é o regulatório, para que surjam, a partir desse convencimento, espaços e aberturas para o Exercício de escolhas pela Administração Pública, conferindo-lhes, aos poucos, o protagonismo político.

Impõe-se, portanto, o afastamento do legislador primário das minúcias normativas, deixando esta tarefa ao Poder Executivo, por estar em melhores condições de avaliação sobre a justa solução em determinado caso, sempre em atenção ao interesse público.

2.3 – NORMA REGULATÓRIA E FUNÇÃO REGULAMENTAR – UMA ABORDAGEM CONSTITUCIONAL SOBRE A DISTINÇÃO ENTRE AMBAS

É possível mencionar, ainda, o inconfundível significado ente a norma regulatória e a função regulamentar de competência do Chefe do Executivo.

A Constituição Federal de 1988, através do seu Artigo 84, Inciso IV, estabelece que:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como **expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução**;

Entretanto, conforme adverte DI PIETRO¹⁵, ainda que se entenda que as Agências Reguladoras exercem poder regulamentar, essa função não se equipara à exercida pelo Chefe do Poder Executivo, mas se apresenta como um novo tipo de direito.

A respeito dessa espécie de regulamento, importante destacar a manifestação doutrinária de CASTRO¹⁶:

¹⁴ COMPARATO. Fábio Konder. *A Organização Constitucional da Função Planejadora*, integrante da obra coletiva *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional*, organizada por Ricardo Antônio Lucas Camargo, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1995, pp. 80/1.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In; DI PIETRO. *Direito Regulatório: temas polêmicos*, p. 53.

¹⁶ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O congresso nacional e as delegações legislativas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 121-125.

“Chega-se, assim, ao regulamento autônomo, instituto tão qual quanto problemático e que insta a ser bem distinguido da delegação legislativa. Trata-se de ato administrativo normativo incondicionado à lei ordinária, pelo qual o governo edita normas com arrimo na reserva regulamentar autônoma prevista expressa ou implicitamente em algumas constituições da atualidade e que expressam genuíno poder legislativo governamental. Cuida-se, enfim, de disciplinar setores não ocupados pela legislação, mas para os quais não subsiste reserva legal por imperativo da Constituição. Como já se sustentou, ‘o regulamento autônomo, ainda que não tenha poderes derogatórios sobre normas legais, em sentido formal, isto é, não prospere ‘contra legem’, cria direito novo, sem que se fundamente em lei que esteja regulando ou que lhe delegue competência para outras disciplinas ‘intra legem’, porque se alicerça na competência discricionária da Administração, criando direito novo ‘praeter legem’”.

Em verdade, o legislador constitucional já previa que o próprio Poder Legislativo, essencialmente político, atua de forma mais lenta, tornando-se incapaz de lidar com a complexidade, pluralidade e tecnicismo das matérias que demandavam a sua ingerência.

Por essa razão, deixou a cargo do Chefe do Executivo, líder da Administração Pública e de toda a sua infraestrutura, teoricamente mais próximo da realidade e dos problemas dela advindos, regular a execução da norma.

Mas os regulamentos das normas, no entendimento de SAN TIAGO DANTAS, jamais foram de sua competência exclusiva.

Afirma o autor¹⁷:

“(...) o poder de baixar regulamentos, isto é, de estatuir normas jurídicas inferiores e subordinadas à lei, mas que nem por isso deixam de reger coercitivamente as relações sociais, é uma atribuição constitucional do Presidente da República, mas a própria lei pode conferi-la, em assuntos determinados, a um órgão da Administração pública ou a uma dessas entidades autônomas que são as autarquias”.

A respeito do caráter não taxativo do artigo 84, Inciso IV, CAIO TÁCITO dispõe que a norma de competência do Chefe do Executivo é enumerativa, não sendo válido o pensamento em sentido contrário, que exclua qualquer forma de

¹⁷ DANTAS, Francisco de San Tiago. *Poder Regulamentar das Autarquias*, constante da obra *Problemas de Direito Positivo*, Editora Forense, 1953, pp. 203/5.

ação normativa que a discricionariedade do Parlamento entenda por necessária ou conveniente¹⁸.

Até mesmo porque são distintos os institutos de regulamentos de execução e os regulamentos independentes. No caso dos primeiros, a maior parte das normas concernentes a uma determinada matéria já se encontra disciplinada em lei, de maneira que o regulamento não tem outra finalidade além de acrescentar novas disposições, mantendo a matéria regulada principalmente pela lei e subsidiariamente pelo regulamento. Já no que se refere aos regulamentos independentes, de competência do executivo, a parte principal da matéria é assumida por este, dada a exiguidade da norma legislativa, deixando remanescer aspectos discricionários e inovadores no objeto que está sendo tratado.¹⁹

Essa possibilidade da Administração Pública de fixar regras para alcançar as finalidades genéricas da matéria em questão já foi chancelada pelo Superior Tribunal de Justiça mesmo antes da previsão constitucional da ANP, lavrando acórdão que permitiu a fixação de restrição dos postos de gasolina adquirirem combustíveis não condizentes com a “bandeira” com a qual trabalhavam.

Trata-se do MS 4.578/DF, do qual o trecho a seguir põe lentes míopes a qualquer embaraço sobre o assunto:

“A Constituição Federal, em seu artigo 170, preceitua que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar a todos a existência digna, conforme os princípios que enuncia. No seu artigo 174 pontifica que, como agente normativo, e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. (...) **Montado nesses argumentos, não tenho dúvida em afirmar que o Senhor Ministro dispõe de autoridade para impedir que o granelista venda combustível ao varejista ligado a bandeira que não é sua.** Como registrei acima, controlar a execução de determinada norma é fazer com que ela se desenvolva em busca dos fins sociais para a qual a regra foi concebida. **Os preceitos que disciplinam a distribuição de combustíveis tem como finalidade fazer com que os usuários de tais produtos recebam, com segurança e facilidade, produtos de boa qualidade.** Isto

¹⁸ TÁCITO, Caio. *Comissão de Valores Mobiliários. Poder Regulamentar das Autarquias*, constante do *Temas de Direito Público*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1997, Tomo 2, pp. 1079 e 1088.

¹⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3ª Ed. rev.e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 446.

ocorre, porque, a exibição de logotipo de marca famosa traduz a afirmação de que no local se vende aquela marca. **Ora, se o posto negocia produtos cuja origem não corresponda à sua bandeira, ele estará enganando o freguês (...). Quando o freguês é iludido, a distribuição de combustível não estará correspondendo aos fins sociais que orientam as normas disciplinadoras da distribuição de combustíveis**".

Iniciou-se, portanto, criticado processo de transformação do princípio da legalidade, nomenclatura dada pelo nobre EROS ROBERTO GRAU²⁰.

Ato contínuo, a crítica à nomenclatura do Poder Executivo é destacada por ARAGAO, de modo a levar a sua remodelagem, ao menos em significado, dando-se a preferência para a expressão "Governo". Anota que essa expressão é a mais correta por não esconder a sua função política, de estabelecer diretrizes e normas do Estado.²¹

Poder-se-ia levantar a questão da impossibilidade de análise constitucional dos referidos regulamentos, até mesmo como argumento contrário a compatibilidade para com a Carta Maior.

Entretanto, como anota o autor GUERRA, a doutrina, como importante fonte do direito que é, já vem percebendo a importância crescente destes regulamentos que dispõem sobre matérias que, embora não sejam disciplinadas em lei, possuem nela o seu fundamento de validade. É o que normalmente ocorre quando as leis instituidoras das agências reguladoras as atribuem a função de editar atos normativos em matérias que exijam conhecimentos específicos²².

Complementa ainda MOTTA que essas remissões normativas ocorrem quando a lei reenvia a um ato normativo inferior e posterior, a ser elaborado pela Administração, a regulação de certos elementos que complementam a ordenação estabelecida na própria lei²³.

Prevenindo-nos de qualquer aberração interpretativa, SUNFELD anota que a adoção de um amplo sistema de regulamentos autônomos ou o controle da produção legislativa pelo Executivo não suprimiu a concepção de Estado de Direito.

²⁰ GRAU, Eros Roberto. *Algumas notas para a Reconstrução do Princípio da Legalidade*. Revista de Direito da Faculdade de Direito da USP, p. 78.

²¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3ª Ed. rev.e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 437.

²² Obra citada, p. 169.

²³ MOTTA, Fabricio. *A função normativa da administração pública*. Belo Horizonte:Forum, 2007, p. 146.

Isto porque, conforme explica o nobre doutrinador, a sua aplicação há de seguir um catálogo de mandamentos que excluirá o arbítrio do detentor deste Poder. Basta a preservação da concepção de que o ato da Administração não pode ser fruto de vontades internas/caprichos²⁴.

A pá de cal no ideal legalista parlamentarista é a releitura do que esse instrumento, levado ao extremo, provou uma série de iniquidades cometidas ao longo da história mundial (nazismo, fascismo, etc.).

Posição não seria diferente de outra fonte de direito, porém não menos importante, que é a jurisprudência.

O Supremo Tribunal Federal há longos anos já afastou essa tese, como podemos observar no julgamento do Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2950-9, Rio de Janeiro, julgado em 06/10/2004, cuja ementa segue abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO DIRETA QUE QUESTIONA A INCONSTITUCIONALIDADE DE DECRETO ESTADUAL. FUNÇÃO NORMATIVA, REGULAMENTO E REGIMENTO. ATO NORMATIVO QUE DESAFIA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. ARTIGO 102, INCISO I, ALÍNEA "a", DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. REFORMA DO ATO QUE NEGOU SEGUIMENTO À ADI. 1. Estão sujeitos ao controle de constitucionalidade concentrado os atos normativos, expressões da função normativa, cujas espécies compreendem a função regulamentar (do Executivo), a função regimental (do Judiciário) e a função legislativa (do Legislativo). Os decretos que veiculam ato normativo também devem sujeitar-se ao controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal. 2. O Poder Legislativo não detém o monopólio da função normativa, mas apenas uma parcela dela, a função legislativa. 3. Agravo regimental provido.

Em harmonia com o Supremo, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu, o ato normativo de regulamento das autoridades administrativas vem calcado em lei autorizativa, normalmente a de criação da agência reguladora, mas sempre em obediência a própria lei e eventual regulamento por decreto do chefe do Poder Executivo, como autoriza o artigo 84, Inciso IV da Constituição Federal do Brasil.

²⁴ SUNFELD, Carlos Ari. *A Administração Pública na Era do Direito Global*, constante da obra coletiva *Direito Global*, Max Limonad, 1999, p. 167.

É o que podemos observar no importante precedente abaixo:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. AGENCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. LEI 9.487/1997. PODER REGULAMENTAR. PORTARIA 201/1999/ANP. EMPRESA TRANSPORTADORA – REVENDEDORA-RETALHISTA – TRR. DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. 1. [...] 10. No Direito Brasileiro, os chefes do Poder Executivo podem regulamentar a lei por meio de Decreto, facultando-se, ademais, à autoridade administrativa editar atos normativos administrativos gerais – como Portarias e resoluções – com o intuito de disciplinar e instrumentalizar a boa aplicação da legislação que lhes é superior. (REsp 1048317/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 30/09/2010).

2.4 – DA DESLEGALIZAÇÃO E REBAIXAMENTO HIERÁRQUICO

Como visto acima, a crise do Poder Legislativo abriu espaços para que a Administração, mais próxima à concretude dos problemas diários da sociedade e da economia, pudesse reger certos assuntos que exigem rapidez.

Assim, a dita deslegalização nada mais seria do que a atribuição de largos poderes normativos à órgãos ou entidades da Administração Pública.

Nas palavras do nobre doutrinador DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, a deslegalização consiste na retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei, passando-as ao domínio do regulamento²⁵.

O jurista EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA²⁶, com a nobreza e exatidão que lhe é peculiar, conceitua o instituto da deslegalização do seguinte modo:

“a operação efetuada por uma lei que, sem entrar na regulação material do tema, até então regulado por uma lei anterior, abre tal tema à disponibilidade do poder regulamentar da Administração. Mediante o princípio do *contrarius actus*, quando uma matéria está regulada por determinada lei se produz o que chamamos de ‘congelamento do grau hierárquico’ normativo que regula a matéria, de modo que apenas por outra lei contrária poderá ser inovada dita regulação. Uma lei de deslegalização opera como *contrarii sactus* da anterior lei de regulação material, porém, não para inovar diretamente esta regulação, mas para degradar formalmente o grau hierárquico da mesma de modo que, a partir de então, possa vir a ser regulada por simples regulamentos. Deste modo, simples regulamentos poderão inovar e, portanto, revogar tais leis formais

²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Ed. Renovar, 2000, p. 166.

²⁶ DE ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *Legislación Delegada, Potestad Regulamentaria y Control Judicial*, Civitas, Madrid, 3ª Edição, 1998, pp. 220-221.

anteriores, operação que, obviamente, não seria possível se não existisse previamente a lei degradadora”.

Ato contínuo, o nobre doutrinador faz um destaque sobre a lei de deslegalização²⁷:

“não é uma lei de regulação material, não é uma norma diretamente aplicável como *norma agendi*, não é uma lei cujo conteúdo deva simplesmente ser completado; é uma lei que limita seus efeitos a abrir aos regulamentos a possibilidade de entrar em uma matéria até então regulada por lei (...)”.

Obviamente não passaria despercebido pelo nobre autor as matérias restritas à reserva legal, tais como os tributos (artigo 150, inciso I, CF), os crimes (artigo 5º, Inciso XXXIX, CF), a criação de entidades da Administração Indireta (artigo 37, Inciso XIX, CF), os casos de contratação temporária (artigo 37, Inciso IX, CF), etc²⁸.

Sobre o tema, ARAGÃO²⁹ acredita que não há qualquer inconstitucionalidade na deslegalização, que não consistiria em uma transferência de poderes legislativos, mas, apenas, em adoção pelo próprio legislador de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria. Ainda faz o seguinte questionamento: se este tem poder para revogar uma lei anterior, por que não teria para, simplesmente, rebaixar o seu grau hierárquico?

É esclarecedor de sua opinião o exemplo dado pelo autor.

O Administrativista coloca como exemplo hipotético o fato da existência de uma lei que determinasse o limite máximo de 150mg de resíduos sólidos pelos veículos de transporte coletivo. Após a vigência dessa lei, advém uma outra lei, mais nova, posterior, que cria um órgão regulador na matéria e lhe atribui a competência normativa para, com fundamento nos princípios e finalidades legais (preservação do meio ambiente, evolução tecnológica) fixar os limites de resíduos a serem despejados pelos veículos de transporte coletivo. Segundo o autor, é natural que este órgão, no exercício de sua competência conferida pela lei posterior, possa fixar limite de emissão de resíduos diverso de 150mg³⁰.

²⁷ Obra citada, p. 220-221.

²⁸ Obra citada, p. 223-224.

²⁹ Obra citada, p. 455.

³⁰ Obra citada, p. 455.

A doutrina não é fonte de direito isolada que comunga a respeito da possibilidade da deslegalização.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento não remoto, chancelou a possibilidade do acontecimento deste instituto.

Ao julgar o Recurso Extraordinário n. 140.699-1 PE, o Ministro Relator Ilmar Galvão asseverou que o princípio da legalidade, o congelamento do grau hierárquico e da precedência da lei não impedem, salvo na reserva legal ressaltada por ENTERRÍA, que se consigne maior flexibilidade através da deslegalização ou degradação do grau hierárquico. Aduz que neste caso, uma lei, sem adentrar na regulamentação da matéria, rebaixa formalmente o seu grau normativo, permitindo que essa matéria possa vir a ser modificada por regulamentos.

3 – DA SEGURANÇA JURÍDICA PROPORCIONADA PELO MODELO REGULATÓRIO

Com o apanhado jurídico feito acima, desde a compatibilidade do modelo regulatório até a possibilidade de as agências emitirem normas, tudo isso em plena harmonia com o princípio da legalidade (artigo 37, CF), percebe-se a existência de novos instrumentos de integração e coordenação da Administração Pública, bem como reconhecimento de novos graus do exercício autônomo da discricionariedade.

Demonstrou-se também que a criação das primeiras agências deu-se em virtude da grande retração da intervenção estatal em diversos setores da economia, impossibilitando a deixa pelo Estado apenas ao alvedrio empresarial a gestão de atividades cujo interesse público lhe afeta, devendo, portanto, ficar sob seu manto regulatório.

Por outro lado, buscou-se também o distanciamento das regulações aos humores partidários, dotando-se estas entidades de efetiva autonomia em relação ao Poder Executivo.

Em síntese, é dar mais destaque ao controle finalístico das normas do que de sua hierarquia propriamente dita.

Um dos argumentos lançados no primeiro capítulo foi que a descentralização da normatização de fatos socioeconômicos proporcionaria um melhor acompanhamento da rápida evolução da sociedade por quem, em tese, teria mais capacidade técnica.

Pretende-se neste capítulo demonstrar que a aproximação do problema ao Administrador Público dotado de capacidade técnica para resolvê-lo proporciona maior segurança jurídica ao administrado.

São “n” motivos que sustentam essa tese.

A *uma*, as decisões e as agências propriamente ditas são dirigidas por colegiados, o que afasta a possibilidade de somente um Administrador decidir conforme a sua ideologia.

A *duas*, a vedação da demissão *ad nutum* e o regime estatutário dos servidores das agências afastam a possibilidade de interferência política – leia-se do Poder Executivo – na tomada de decisões das Agências, preservando a sua autonomia frente ao Poder.

A *três*, o Supremo Tribunal Federal já sedimentou a possibilidade de análise constitucional das normas emanadas pelas Agências, o que possibilita a sindicabilidade judicial e a preservação dos direitos fundamentais.

A *quatro*, a doutrina norte americana *Chevron*, fonte sempre de importação no Direito Brasileiro, a qual hoje permite as autarquias especiais modificar precedente judicial, com novas regras, desde que com efeitos prospectivos, ganhou grande crítico na Suprema Corte e provavelmente sofrerá mudanças de posição, no intuito de preservação da segurança e confiança dos administrados.

A *cinco*, tem-se encaminhado o Projeto de Lei 6.621/2016, o qual consagra diversas conquistas jurisprudenciais na defesa da estabilidade da Administração, assim como promove tantas outras no caminho da gerência preocupada com metas e estatísticas, para que, só assim, se chegue aos resultados (objetivos constitucionais).

A *seis*, como suprimento do déficit democrático, as leis específicas que criam as agências reguladoras preveem plebiscitos para ouvir os interessados – e nesses inclui-se o povo – que serão mais atingidos pelas decisões que seriam tomadas.

Os fundamentos serão melhor discorridos nos tópicos a seguir.

3.1 – DA TOMADA DE DECISÕES COLEGIADAS

Em regra, a Lei 9.986/00, que dispõe sobre os recursos humanos das Agências Reguladoras, estabelece que as autarquias especiais sempre serão regidas por um regime de colegiado, necessariamente composta por um Conselho Diretor, com Conselheiros e Diretores, com a imposição de que um deles seja ou seu Presidente ou o Diretor-Presidente³¹.

O presente tópico tem como escopo tão somente ressaltar que dificilmente as grandes decisões, e delas entende-se àquelas que impactarão diretamente na vida dos administrados e interessados, serão objeto de pensamento de uma única pessoa. Assim, o colégio permite maior discussão, troca de experiências e conhecimento, fazendo com que se chegue a um melhor, ou ao menos, mais democrático posicionamento.

³¹ Art. 4º As Agências serão dirigidas em regime de colegiado, por um Conselho Diretor ou Diretoria composta por Conselheiros ou Diretores, sendo um deles o seu Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente.

3.2 – DA VEDAÇÃO A DEMISSÃO AD NUTUM E REGIME ESTATUTÁRIO DOS SERVIDORES DAS AGÊNCIAS

Como característica primordial da autonomia especial de que são dotadas as agências, é fundamental que os seus dirigentes não estejam expostos a demissão *ad nutum*, bem como aos seus servidores sejam concebidas determinadas garantias estatutárias, tais como a estabilidade.

Esses fundamentos são primordiais para que se garanta a segurança jurídica aqui defendida, muito pelo fato de barrar qualquer tentativa de ingerência do Poder Executivo central na tomada de decisões das entidades.

No que se refere a vedação a demissão *ad nutum*, o Supremo Tribunal Federal já declarou a constitucionalidade desta previsão, ou seja, declarou não violadora das competências do Chefe do Poder Executivo. Esse entendimento foi exposto no julgamento da ADIN 1949-0.

Inicialmente, cumpre destacar que toda controvérsia teve início no artigo 9º da Lei 9.986/2000³², que prevê hipóteses gerais de perda de mandato: a) renúncia; b) condenação judicial transitada em julgado; c) procedimento administrativo disciplinar. O seu parágrafo único ainda prevê a possibilidade da lei criadora de determinada agência dispor sobre outras possibilidades, sempre afastando e não concedendo espaço a simples e pura discricionariedade do chefe do Poder Executivo.

Em sessão plenária do julgamento da referida ADIN, assim constou nos itens 3 e 4 da ementa:

3. Diversamente, é inquestionável a relevância da alegação de incompatibilidade com o princípio fundamental da separação e independência dos poderes, sob o regime presidencialista, do art. 8º das leis locais, que outorga à Assembleia Legislativa o poder de destituição dos conselheiros da agência reguladora autárquica, antes do final do período da sua nomeação a termo.
4. A investidura a termo – não impugnada e plenamente compatível com a natureza das funções das agências reguladoras – é, porém, incompatível com a demissão **ad nutum**.

³² Art. 9º Os Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar. Parágrafo único. A lei de criação da Agência poderá prever outras condições para a perda do mandato.

No eminente voto do Ministro Relator Dias Toffoli, o julgador referindo-se a demissão dos dirigentes das agências, afirma que “...*conquanto seja necessária a participação do chefe do Executivo, a exoneração dos conselheiros das agências reguladoras também não pode ficar a critério discricionário desse Poder. Tal fato poderia subverter a própria natureza da autarquia especial, destinada à regulação e à fiscalização dos serviços públicos prestados no âmbito do ente político, tendo a lei lhe conferido certo grau de autonomia*”.

O eminente Ministro Toffoli, em seu voto, destaca o entendimento exarado pelo então Ministro Victor Nunes Leal, no julgamento do MS 8.693/DF, que assim dispôs:

“Visa a investidura de prazo certo garantir a *continuidade de orientação* e a *independência* de ação de tais entidades autônomas, de modo que os titulares, assim protegidos contra as injunções do momento, possam dar plena execução à política adotada pelo Poder Legislativo, ao instituir órgão autônomo, e definir-lhe as atribuições” (RTJ 25/63).

Destacando as lições do erudito Carlos Ari Sunfeld, o relator ainda destaca que “o fator fundamental para garantir a autonomia da agência parece estar na estabilidade dos dirigentes” (Introdução às agências reguladoras. In: SUNFELD, Carlos Ari (Coord.). Direito Administrativo Econômico. Malheiros: São Paulo, 2000, p. 88).

Reforçando o seu voto, o Relator ainda remete ao julgamento da Cautelar da referida ADIN, no qual sagrou-se vencedora a formulação de decisão proposta pelo Ministro Sepúlveda Pertence.

Em resumo, O Ministro Sepúlveda Pertence aduziu pela proibição da demissão sem a apresentação de um justo motivo.

O relator Ministro Dias Toffoli foi além.

Discorreu que a condição a apresentação de um justo motivo não é suficiente para garantir-se a autonomia necessária e desejada, mostrando-se “*imprescindível a fixação de balizas mais precisas quanto às restrições de demissibilidade dos dirigentes dessas entidades*”.

Dessa forma, em virtude do vácuo legislativo promovido pela Lei Estadual do Rio Grande do Sul de n. 10.931/97, não prevendo qualquer outro modo procedimento ou garantia contra a exoneração imotivada dos conselheiros da Agência questionada (AGERGS), o voto foi no sentido de aplicar as normas gerais

da Lei 9.986/00 até que se suprisse o referido vácuo, só podendo ser exonerado os dirigentes, portanto, em virtude de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou procedimento administrativo disciplinar. O julgamento foi unânime.

Dessa forma, ante a vedação da demissão ad nutum, há que se respeitar o mandato dos servidores por prazo certo que, em passagem lapidar do Ministro Victor Nunes Leal “Visa a investidura de prazo certo a garantir a continuidade de orientação e a independência de ação de tais entidades autônomas, de modo que os titulares, assim protegidos contra as injunções do momento, possam dar plena execução à política adotada pelo Poder Legislativo, ao instituir o órgão autônomo, e ao definir-lhe as atribuições”³³.

No mesmo sentido de garantia da estabilidade, o estabelecimento de regime estatutário aos servidores das agências serve para assegurar que suas decisões não serão atingidas por ameaças partidárias, tais como a possibilidade de demissão, sem justa causa, como se celetista fosse.

O legislador ordinário tentou fazer com que fosse o regime celetista (direito do trabalho) o fundo contratual destes servidores, e não o administrativo.

A previsão era do artigo 1º da Lei 9.986/2000, que tinha o seguinte teor: *As Agências Reguladoras terão suas relações de trabalho regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e legislação trabalhista correlata, em regime de emprego público*”.

O artigo em comento foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida pelo Partido dos Trabalhadores, a qual tramitou sob o número 2310, ajuizada em agosto de 2000.

A ADIN encontra-se sem julgamento definitivo até os dias de hoje, vigorando uma decisão de medida cautelar requerida pelo PT, na qual foi deferida liminar suspendendo a eficácia do referido artigo.

As razões do erudito jurista Ministro Relator são tão nobres que opta-se neste estudo de lhe transcrevê-las, em trechos, *ipsis litteris*³⁴:

“(…) A problemática não se resolve pelo abandono, mediante alteração constitucional – Emenda 19/98 -, do sistema de regime jurídico único. Cumpre indagar a harmonia, ou não, da espécie de contratação ante a importância da atividade e, portanto, o caráter indispensável de certas

³³ *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 25/63.

³⁴ A decisão é de 19 de Dezembro de 2000 e pode ser consultada em www.stf.jus.br.

garantias que, em prol de uma atuação equidistante, devem se fazer presentes, considerados os prestadores de serviços. (...)

Conforme ressaltado pela melhor doutrina – “Celso Antônio Bandeira de Mello em ‘Curso de Direito Administrativo’, 1ª edição, página 260 -, o regime normal dos servidores públicos teria mesmo de ser o estatutário, pois este (ao contrário do regime trabalhista) é o concebido para atender as peculiaridades de um vínculo no qual não estão em causa tão-só interesses empregatícios, mas onde avultam interesses públicos básicos, visto que os servidores públicos são os próprios instrumentos de atuação do Estado”. Realmente, o cargo público, como ressaltado pelo consagrado mestre, propicia “desempenho técnico isento, imparcial e obediente tão-só a diretrizes político-administrativas inspiradas no interesse público...”, sobressaindo a estabilidade para os concursados.

(...)

Ninguém coloca em dúvida o objetivo maior das agências reguladoras, no que ligado à proteção do consumidor, sob os mais diversos aspectos negativos – ineficiência, domínio de mercado, concentração econômica, concorrência desleal e aumento arbitrário dos lucros. Não de estar as decisões desses órgãos imunes a aspectos políticos, devendo fazer-se presente, sempre, o contorno técnico. É isso o exigível não só dos respectivos dirigentes – detentores de mandato -, mas também dos servidores – reguladores, analistas de suporte à regulação, procuradores, técnicos em regulação e técnicos em suporte à regulação – Anexo I da Lei n. 9.986/2000 – que, justamente com os primeiros, não de corporificar o próprio Estado nesse mister da mais alta importância, para a efetiva regulação dos serviços. **Prescindir, no caso, da ocupação de cargos públicos, com direitos e garantias a eles inerentes, é adotar flexibilidade incompatível com a natureza dos serviços a serem prestados**, igualizando os servidores das agências a prestadores de serviços subalternos, dos quais não se exige, até mesmo, escolaridade maior, como são serventes, artífices, mecanógrafos, entre outros. Atente-se para a espécie. **Está-se diante de atividade na qual o poder de fiscalização, o poder de polícia fazem-se com envergadura ímpar, exigindo, por isso mesmo, que aquele que a desempenhe sinta-se seguro, atue sem receios outros, e isso pressupõe a ocupação de cargo público, a estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal**. Aliás, o artigo 247 da Lei Maior sinaliza a conclusão sobre a necessária adoção do regime de cargo público relativamente aos servidores das agências reguladoras. Refere-se o preceito àqueles que desenvolvam atividades exclusivas de Estado, e a de fiscalização o é. **Em suma, não se**

coaduna com os objetivos precípuos das agências reguladoras, verdadeiras autarquias, embora de caráter especial, a flexibilidade inerente aos empregos públicos, tal como ocorre em relação que a outras atividades fiscalizadoras – fiscais do trabalho, de renda, servidores do Banco Central, dos Tribunais de Conta, etc.

(...)

Por tais razões, ou seja, considerada a impropriedade da adoção do sistema de empregos públicos, defiro a liminar na extensão pretendida, suspendendo a eficácia dos artigos 1º, 2º e parágrafo único, 12 e parágrafo 1º, 13 e parágrafo único, 15, 24, e inciso I, 27 e 30 da Lei 9.986/2000.

Portanto, a decisão tomada deve arrimo o fato da incompatibilidade da existência de servidores com poderes decisórios, fiscalizadores, em autarquias ditas autônomas, mas sujeitos a demissão sem justa causa, de livre iniciativa dos Poderes Políticos.

Cumprê destacar que posteriormente, na data de 20 de maio de 2004, sobreveio alteração legislativa dada pela Lei 10.871/04³⁵ que adequou o artigo suspenso em caráter liminar, fazendo incidir aos servidores ocupantes de cargos de nível superior de Especialista ou cargos de nível intermediário de técnico o Regime Jurídico Único previsto pela Lei 8.112/90.

3.3 – DA INAFASTABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO – POSSIBILIDADE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA DISCRICIONARIEDADE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A preocupação com a impossibilidade de se levar a conhecimento do Poder Judiciário é inócua diante da opção legislativa feita pelo legislador constitucional, ao afirmar que nenhuma lesão ou ameaça de lesão será excluída de apreciação da Justiça³⁶.

Desta forma, sempre será possível o socorro ao Poder Judiciário aos abusos e desvios do Poder Discricionário das Agências, em que pese este poder conferido pelas leis seja amplo e seu caráter muito técnico e especializado, o que reduz de

³⁵ Lei 10.871/04. Art. 6º O regime jurídico dos cargos e carreiras referidos no art. 1º desta Lei é o instituído na [Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990](#), observadas as disposições desta Lei.

³⁶ Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

certa forma a verticalidade desta apreciação, sob pena de se substituir a decisão das autarquias especiais pelas dos Juízes.

Na atualidade, os magistrados limitam-se muitas vezes às apreciações de aspectos procedimentais, do processo legal, da participação direta ou indireta dos interessados no objeto de regulação, aos aspectos da razoabilidade e da proporcionalidade das decisões proferidas pelas autarquias, etc. (ARAGAO, 2017, p. 376-377).

Importante trazer à baila erudita decisão do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial de n. 1.101.040/PR, de Relatoria da Ministra Denise Arruda, 1ª turma, julgado em 16 de junho de 2009. O caso tratava-se sobre a norma da Agência Nacional do Petróleo – ANP (Portaria 201/99) em que proibiu-se o transporte de GLP, gasolina e álcool combustível. Foi questionada se a norma reguladora estaria inovando o mundo jurídico, para além dos poderes que a lei criadora da ANP lhe conferiu (Lei 9.478/97).

Nesse caso, a Corte Especial decidiu que *“Ao contrário do que alguns advogam, trata-se do exercício de função administrativa, e não legislativa, ainda que seja genérica sua carga de aplicabilidade. Não há total inovação na ordem jurídica com a edição dos atos regulatórios das agências. Na verdade, foram as próprias leis disciplinadoras da regulação que, como visto, transferiram alguns vetores, de ordem técnica, para normatização pelas entidades especiais”*.

Sem objetivo de debater à exaustiva o assunto, até mesmo porque não é o tema central deste estudo, é necessária uma mudança de atitude tanto do Poder Judiciário, como dos Promotores do Ministério Público e advogados, de modo a ampliar a possibilidade de análises das normas reguladoras sob as perspectivas constitucionais, princípios da eficácia e eficiência, bem como em defesa do defendido direito fundamental à boa-administração pública, teses defendidas por juristas do quilate de Juarez Freitas, Sergio Guerra, Celso Antonio Bandeira de Mello, entre outros.

Advogados pelo fato de arriscarem e promoverem maiores debates sobre a verticalidade desta apreciação dos atos administrativos.

Promotores do Ministério Público por repensarem, refletirem ao responsabilizar Administradores Públicos por escolhas técnicas, mais eficientes e eficazes, sempre que a lei lhe conferir mais de uma escolha, a qual deságua no poder discricionário.

E, enfim, ao Poder Judiciário. A sindicabilidade judicial deve ir além.

O já referido Mestre Juarez Freitas, com a nobreza que lhe é peculiar, discorre que os Administradores Públicos, nas escolhas administrativas, sempre estão vinculados aos preceitos fundamentais, com o compromisso inarredável de achar uma solução que propicie consequências em harmonia com a boa administração. Ainda menciona que as causas desta não apreciação do mérito propriamente dito sob aspectos constitucionais se dá pela compreensão equivocada do significado de discricionariedade³⁷.

Por fim, embora ainda poucos, pode-se destacar alguns julgamentos que foram para além da análise de simples aspectos procedimentais, tais como: a) “A revogação da licitação em exame fundamenta-se, também, na demonstração, após o início do Programa Pantanal, de que a própria administração estava apta a realizar parte do projeto, possibilitando uma melhor gestão dos recursos, em atendimento aos princípios da eficiência e da eficácia” (STJ, MS 8.844/DF); b) “Devem ser observados os princípios da eficiência e da economicidade, que impõem a todo servidor público um comprometimento com o serviço público oferecido. Sob esses novos princípios é que a jurisprudência e o caso concreto devem ser examinados” (TRF4, AC 309.887/2001). Para o aprofundamento do tema recomenda-se a esclarecedora obra do Douto Juarez Freitas, já citada acima.

3.4 – DA INCLINAÇÃO À REVISÃO DA DOCTRINA CHEVRON – NECESSÁRIA DELEGAÇÃO EXPLÍCITA OU IMPLÍCITA DO CONGRESSO

Como é cediço, o ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América é dirigido pelo *commom law* e, com isso, as decisões dos Tribunais (jurisprudências) acabam tendo por elevada a sua importância.

Casos emblemáticos dos EUA são conhecidos como *LADO A versus LADO B*, e normalmente indicam uma posição jurídica a ser adotada com relação as demais situações semelhantes ou idênticas.

Pois um desses casos vem a ser o objeto de estudo no presente tópico: o caso *Chevron U.S.A. Inc. versus NRDC*.

³⁷ FREITAS, Juarez. *Direito Fundamental à Boa Administração*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2014, p. 48.

O aspecto a ser abordado na análise é de como a revisão de um precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos corroborará pela segurança jurídica dos Administrados também no Brasil, visto a usual internalização de leis e interpretações alienígenas.

O objetivo torna-se anteceder a solução que deverá ser dada caso o problema ocorra no Brasil, como modo de preservar a segurança jurídica e a estabilidade das relações dentro do País, no intuito de ressaltar não só a importância dos institutos utilizados no exterior mas também, e talvez principalmente, a solução dada aos problemas deles relacionados.

Em resumo, o que está em discussão é se é possível, e o modo, de se conferir deferência à uma interpretação dada por uma agência governamental a um estatuto legal que rege a atividade desta.

No caso *Chevron x NRDC*, a Suprema Corte dos EUA estabeleceu um modelo de teste legal, não idôneo de críticas, com vistas a definir um critério de conferir ou não deferência às decisões administrativas de agências governamentais.

Em artigo publicado pelo jurista Promotor Paulo Roberto Binicheski, da Universidade, o teste encontrado pela Suprema Corte foi estabelecer duas fases na averiguação de deferência: a primeira é analisar se a lei do Congresso é clara quanto ao assunto em cheque. Caso esta seja clara, ao juiz não é permitido dar deferência; por outro lado, se a resposta for negativa, não caberá aos Tribunais interpretar a suposta vagueza, mas apenas a verificação de que se a decisão da Agência foi razoável ou não³⁸.

Sobre a impossibilidade do Tribunal as substituir, aduz o autor³⁹:

“Na ausência de uma resposta afirmativa à primeira pergunta, a análise de *Chevron* move-se para o segundo passo: no entanto, se a *Court* determinar que o Congresso não abordou diretamente a questão específica em discussão, o tribunal não vai simplesmente dar a sua própria interpretação sobre o estatuto, como seria necessário na ausência de uma interpretação administrativa. Bem, se a legislação é silente ou ambígua quanto ao assunto específico, a questão para o tribunal é a de saber se a resposta da agência está baseada em uma interpretação permissível, ou seja, razoável”.

³⁸ BINICHESKI, Paulo Roberto. *A Doutrina Chevron: o ocaso anunciado?* Revista CEJ, Brasília, Ano XXI, n. 73, p. 29-39, set/dez. 2017, p. 30.

³⁹ Artigo citado, p. 30.

Segundo o Promotor, restou assentado que em regra se aceita o controle dado pela autoridade administrativa no escopo de uma interpretação razoável caso haja ambiguidade de uma legislação.

As razões dessa posição são em decorrência da maior agilidade da administração pública em agir na implementação das políticas de governo com a flexibilidade que demanda a sociedade, fator esse que não seria correspondido caso essa tarefa ficasse a cargo do Poder Judiciário.

SCALIA (1989, p. 517-518), citado pelo Promotor (p. 31) afirma que se essa tarefa ficasse a cargo da Justiça, somente uma alteração legislativa, no intuito de suprir tal ambiguidade, solucionaria o caso concreto, já que o Poder Judiciário não poderia dar a sua interpretação/opinião. Desta forma, a Doutrina *Chevron* viria a contribuir, no sentido de permitir às agências suprir tal vagueza da lei⁴⁰.

Em suma, significa dizer que a Justiça pode até negar a confirmação da decisão administrativa proferida sem, no entanto, a supri-la, conferindo à Agência Reguladora a propor posteriormente uma interpretação alternativa.

Cumprir destacar aqui, no entanto, que essa posição formada se consagrou quando se tinha o entendimento de que o Congresso haveria, implicitamente, delegado às Agências Reguladoras a tarefa de atuarem como intérpretes primários sob sua administração.

Outra crítica que passou a ser feita é a respeito dos critérios adotados quando da aferição da ambiguidade ou não de uma norma. Segundo Eduardo Jordão (2016b, p. 17-18) os tribunais na tarefa de realizar essa análise vão para além da mera abstração, procedendo uma leitura completa da legislação, no intuito de retirar o sentido/intenção que o Congresso concedeu àquela norma, examinando significado de dicionário, os cânones de interpretação, a estrutura legislativa, bem como a sua história⁴¹.

MERRILL (2017, p. 256-257), citado pelo escritor do artigo (p. 31), fez análise da decisão da Suprema Corte a respeito do caso *Chevron* e concluiu que os Juízes ali preferiram a teoria democrática como embasamento da interpretação das leis pelas agências reguladoras, pois estas estão sob supervisão do Presidente, eleito pelo povo. Afirmou ainda que é apropriado, portanto, que as autarquias resolvam

⁴⁰ SCALIA, Antonin. *Judicial deference to administrative interpretation of law*. *Dke Law Journal*, Durham, NC, v. 38, n. 3, p. 511-521, June 1989.

⁴¹ JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016.

questões não resolvidas pelo próprio Congresso, pois os juízes não compõem ramo político algum, não possuindo, portanto, eleitorado⁴².

No entanto, o teste binário não se sustentou.

Eduardo Jordão (2016b, p. 26) afirma que paulatinamente chegaram casos aos juízes dos Estados Unidos em que a interpretação administrativa não estava fundamentada em procedimentos formais, no intuito de avaliar a devida legitimidade.

O caso *United States versus Mead Corporation* é citado pelo autor como rompimento parcial com a doutrina Chevron. Afirma que o teste em duas fases, já mencionado acima, foi deixado de lado, quando a Suprema Corte assentou que este só teria lugar quando fosse identificada a intenção do Legislativo em harmonia com a Administração **nas questões que tenha força de lei.**

Assim, a partir do caso *Mead*, uma nova fase deveria ser instaurada na verificação de deferência ou não de uma decisão administrativa: a verificação da intenção do Congresso de que a interpretação da Agência Reguladora fosse dotada de força legislativa, supostamente configurando uma delegação de uma camada deste poder.

Esse seria o principal diferencial entre o *Chevron test* e essa verificação nominada como *Skidmore*.

Sobre essa distinção, afirma GALLAI que *Chevron*, na sua simples estrutura binária não abordava o tema de que as interpretações legislativas da Administração poderiam ser efetivadas de maneiras diferentes. Quando essa possibilidade tornou-se discussão, o resultado foi de que a introdução de uma fase preliminar (a *skidmore*) para que se demonstrasse a existência de delegação do Congresso para proferir decisões administrativas com força de lei⁴³.

Entretanto, um precedente dos Estados Unidos, nossa fonte incontestável de direito, pode ter ido um pouco além.

E é sobre esse aspecto que se aborda a necessária revisão, já antecedendo o possível problema que poderá ocorrer no Brasil.

Exsurgiu no caso *Gutierrez-Brizuela versus Lynch* uma curiosa decisão do Tribunal em que se conferiu, mediante a satisfação do teste binário de *Chevron*, a

⁴² MERRILL, Thomas W. *The story of Chevron: the making of an accidental landmark*. Disponível em <http://www.administrativelawreview.org/wp-content/uploads/2016/11/66.2.3- Merrill-Chevron.pdf>

⁴³ GALLAI, Giacomo. *Unites States v. Mead Corp.: will administrative transparency survive the increasing demand of national security?* *Pepperdine Law Review*, Malibu, v. 30, n. 4, p. 725-768, 2003.

possibilidade de que a interpretação da Agência prevaleça mesmo diante de um precedente passado em sentido contrário da Justiça.

A problemática consistia no fato de que uma primeira norma da imigração conferia ao Procurador-Geral a possibilidade de ajustar o estado daqueles que tenham entrado no País de forma ilegal e, por seu critério, permitir que resida legalmente. A segunda norma estipulava que aqueles ingressos ilegalmente no País para além da primeira vez estavam proibidos de obter o direito de ali residir de forma legal, exceto cumprissem o interstício de 10 anos fora das fronteiras Americanas.

O décimo circuito, órgão de justiça do Poder Judiciário dos Estados Unidos, já havia decidido frente ao aparente conflito era do Procurador-Geral.

Entretanto, a Agência de Imigração (*Board of Immigration – BIA*) emitiu parecer posterior a decisão judicial de que essa avaliação de imigração não deveria ser do Procurador-Geral. Decisão essa, portanto, em conflito com um precedente judicial.

Como assevera o autor do artigo, chegando esse novo caso, nominado como *Briones*, ao décimo circuito, decidiu pela ambiguidade das referidas normas. No entanto, consagrado estava uma nova problemática: uma decisão judicial em contrassenso a um precedente judicial⁴⁴.

Em sede conclusiva a presente análise do tópico, pela preservação da segurança jurídica e estabilidade das relações, decidiu-se que essa alteração de entendimento da Agência teria apenas efeitos prospectivos, para o futuro, sob pena de permitir às agências alterar as regras do jogo no curso do litígio, aumentando os prejuízos.

Assim, a solução dada pelo relator foi pela manutenção do precedente enquanto não revogado pelo Tribunal. No entanto, caso as agências altere os fundamentos fáticos ali decididos, estes terão efeitos somente para o futuro.

Ocorre que, ao ver deste estudo, consagrar a possibilidade de alterar normas já rebatidas pelo Poder Judiciário faz com que a instabilidade (jurídica) permaneça.

Recente julgador que tomou posse na Suprema Corte dos Estados Unidos no Governo de Donald Trump possui severas críticas quanto ao *Chevron Test* adotado nestes termos.

⁴⁴ Artigo citado, p. 35.

BINCHESKI, ao analisar o voto de GORSUCH no caso *Gutierrez-Brizuela versus Lynch*, retirou fundamentos a alteração de precedente judicial por agência reguladora é um fator de risco e configura um tipo de tribunal maior, enquadrado em uma revisão inconstitucional de uma interpretação constitucional, isto porque a Constituição prescreve para situações em que o ramo político discordam com a interpretação judicial a alteração legislativa⁴⁵.

Assim, com GORSCUCH assumindo a cadeira de magistrado da Suprema Corte, possivelmente a doutrina Chevron será revista, de forma a não permitir revisão administrativa de interpretação judicial, devolvendo a confiança e permitindo que os cidadãos organizem os seus negócios sem se preocupar com surpresas.

A conclusão de BINICHESKI é de que o *Chevron test* retorne ao estado de *skidmore*, no sentido de avaliar a delegação legislativa do congresso para a agência; averiguar se a lei é clara ou não; e, caso não seja, deferir a decisão administrativa, caso essa seja tomada dentro dos limites da proporcionalidade⁴⁶.

3.5 – DO PROJETO DE LEI 6.621/2016 – DA LEGALIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIAS E PROPULSÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Tramita no Congresso Nacional, mais precisamente na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei 6.621/2016, de autoria do Senador Eunício Oliveira, que, em sua ementa, diz que “*Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras*”.

Na análise do referido projeto, tem-se que algumas concepções jurídicas, mas jurisprudenciais, agora recebem o manto da legalidade propriamente dita.

A vedação da demissão *ad nutum* é um destes aspectos, que agora é proposto no artigo 3º do Projeto:

Art. 3º A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira **e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos**, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.

⁴⁵ GORUSCH, Neil M. Of lions and bears, judges and legislators, and the legacy of justice Scalia. 905-920. *Case Western Reserve Law Review*, Cleveland, v. 66, n. 4 p. 905-920, 2016.

⁴⁶ Artigo citado, p. 37.

A já consagrada imposição de realização de concurso público para provimento de quadro de servidores e, conseqüentemente, o regime estatutário destes, vem consagrada como um dos atributos da autonomia destas autarquias especiais, senão vejamos:

§ 2º A autonomia administrativa da agência reguladora é caracterizada pelas seguintes competências:

I – solicitar diretamente ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão:

a) autorização para a realização de concursos públicos;

O caráter de colegiado das decisões das agências sobre a regulação não é esquecido pelo Deputado proponente, conforme podemos observar no artigo 7º:

Art. 7º **O processo de decisão** da agência reguladora referente a regulação **terá caráter colegiado.**

§ 1º A diretoria colegiada ou o conselho diretor da agência reguladora deliberará por maioria absoluta dos votos de seus membros, entre eles o diretor-presidente, o diretor geral ou o presidente, conforme definido no regimento interno.

O direito de petição e o direito de análise concreta dos fundamentos da mesma pelo cidadão, bem como o já consagrado termo de democratização das decisões pela oitiva da sociedade e interessados a respeito de assunto que lhes afetarão é sugerido através de instrumento eletrônico (consulta pública) ou audiência pública, destacando a OITIVA PRÉVIA, senão vejamos:

Art. 9º Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.

§ 1º A consulta pública é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual a sociedade é consultada previamente, por meio do envio de críticas, sugestões e contribuições por quaisquer interessados, sobre proposta de norma regulatória aplicável ao setor de atuação da agência reguladora.

§ 2º Ressalvada a exigência de prazo diferente em legislação específica, acordo ou tratado internacional, o período de consulta pública terá início após a publicação do respectivo despacho ou aviso de abertura no Diário Oficial da União e no sítio da agência na internet, e terá duração mínima de 45 (quarenta e cinco) dias, ressalvado caso excepcional de urgência e relevância, devidamente motivado.

§ 3º A agência reguladora deverá disponibilizar, na sede e no respectivo sítio na internet, quando do início da consulta pública, o relatório de AIR, os estudos, os dados e o material técnico usados como fundamento para as propostas submetidas a consulta pública, ressalvados aqueles de caráter sigiloso.

§ 4º As críticas e as sugestões encaminhadas pelos interessados deverão ser disponibilizadas na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 10 (dez) dias úteis após o término do prazo da consulta pública.

§ 5º O posicionamento da agência reguladora sobre as críticas ou as contribuições apresentadas no processo de consulta pública deverá ser disponibilizado na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 30 (trinta) dias úteis após a reunião do conselho diretor ou da diretoria colegiada para deliberação final sobre a matéria.

§ 6º A agência reguladora deverá estabelecer, em regimento interno, os procedimentos a serem observados nas consultas públicas.

§ 7º Compete ao órgão responsável no Ministério da Fazenda opinar, quando considerar pertinente, sobre os impactos regulatórios de minutas e propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidas a consulta pública pela agência reguladora.

Art. 10. A agência reguladora, por decisão colegiada, poderá convocar audiência pública para formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante.

§1º A audiência pública é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual é facultada a manifestação oral por quaisquer interessados em sessão pública previamente destinada a debater matéria relevante.

§ 2º A abertura do período de audiência pública será precedida de despacho ou aviso de abertura publicado no Diário Oficial da União e em outros meios de comunicação

§ 3º A agência reguladora deverá disponibilizar, em local específico e no respectivo sítio na internet, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias úteis ao início do período de audiência pública, os seguintes documentos:

I – para as propostas de ato normativo submetidas a audiência pública, o relatório de AIR, os estudos, os dados e o material técnico que as tenha fundamentado, ressalvados aqueles de caráter sigiloso;

II – para outras propostas submetidas a audiência pública, a nota técnica ou o documento equivalente que as tenha fundamentado.

§ 4º A agência reguladora deverá estabelecer, em regimento interno, os procedimentos a serem observados nas audiências públicas, aplicando-se o § 5º do art. 9º às contribuições recebidas.

Art. 11. A agência reguladora poderá estabelecer, em regimento interno, outros meios de participação de interessados em suas decisões, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas, aplicando-se o § 5º do art. 9º às contribuições recebidas.

Art. 12. Os relatórios da audiência pública e de outros meios de participação de interessados nas decisões a que se referem os art. 10 e 11 deverão ser disponibilizados na sede da agência e no respectivo sítio na internet, em até 30 (trinta) dias úteis após o seu encerramento.

Parágrafo único. Em casos de grande complexidade, o prazo de que trata o caput poderá ser prorrogado por igual período, justificadamente, uma única vez.

Art. 13. A agência reguladora deverá decidir as matérias submetidas a sua apreciação nos prazos fixados na legislação e, nos casos de omissão, nos prazos estabelecidos em seu regimento interno. com antecedência mínima de 5 (cinco) dias úteis.

Tais disposições, ainda que não venham a ser aprovadas, encontram-se consagradas na Lei do Processo Administrativo Federal (Lei 9.784/99). O Douto

José dos Santos Carvalho Filho afirma que esses instrumentos são em razão de que não são raras as vezes a situação de hipossuficiência dos administrados,, ante o poder/dever administrativo, fazendo com que este o tenha deixado sem meios de enfrentamento frente a comportamentos ilegais e/ou abuso ou desvio de poder⁴⁷.

Aduziu ainda o autor⁴⁸:

“A lei, para revesti-lo de caráter democrático, admitiu algumas formas de participação dos administrados em certos processos administrativos, basicamente aqueles de interesse geral da coletividade. (...).

Referiu-se a lei, assim, à **consulta pública** e à **audiência pública**, admitindo a possibilidade de adoção de outros instrumentos participativos com vistas a resguardar os interesses grupais da sociedade”.

Outra novidade trazia pelo Projeto de Lei é o Plano Estratégico e de Gestão Anual, bem como a Agenda Regulatória. O artigo 17 do Projeto explica que “A agência reguladora deverá elaborar, para cada período quadrienal, plano estratégico que conterà os objetivos, as metas e os resultados estratégicos esperados das ações da agência reguladora relativos a sua gestão e a suas competências regulatórias, fiscalizatórias e normativas, bem como a indicação dos fatores externos, alheios ao controle da agência, que poderão afetar significativamente o cumprimento do plano”.

A preocupação com resultados e principalmente os meios para neles chegar continua no artigo 19:

Art. 19. O plano de gestão anual deverá especificar, no mínimo, **as metas de desempenho administrativo e operacional e as metas de fiscalização a serem atingidas durante sua vigência**, que deverão ser compatíveis com o plano estratégico, bem como deverá **prever estimativa de recursos orçamentários e cronograma de desembolso dos recursos financeiros necessários ao alcance das metas definidas**.

Parágrafo único. As metas de desempenho administrativo e operacional referidas no caput incluirão, obrigatoriamente, as ações relacionadas à:

I – promoção da qualidade dos serviços prestados pela agência;

⁴⁷ CARVALHO FILO, Jose dos Santos. *Processo Administrativo Federal*. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 186.

⁴⁸ Obra citada, p. 186.

II – promoção do fomento à pesquisa no setor regulado pela agência, quando couber;

III – promoção da cooperação com os órgãos de defesa da concorrência e com os órgãos de defesa do consumidor e de defesa do meio ambiente, quando couber.

As exigências feitas no dispositivo legal aliadas a uma melhor postura e compreensão frente a segurança jurídica proporcionada pelas Agências Reguladoras defendida no presente estudo chega a uma maior aproximação ao que o mestre Juarez Freitas nomeia como Direito Fundamental à Administração.

Isto porque tais disposições consagram antigas preocupações de cidadãos preocupados com a eficiência e eficácia da máquina pública, o cuidado com a prevenção e precaução das atitudes dos administradores, sempre vinculantes às proteções constitucionais.

A linha entre prevenção é precaução é tênue, mas convém distingui-los.

Sobre a prevenção, aduz o nobre FREITAS que esse princípio “*estatui que a Administração Pública, ou quem faça as suas vezes, na certeza de evento danoso, tem a obrigação de evita-lo*”⁴⁹.

O nobre jurista ainda estabelece 3 (três) elementos de fundo do princípio da prevenção, que justificam tamanha preocupação do autor do Projeto com as metas: a) altíssima e intensa probabilidade (certeza) de dano especial e anômalo; b) atribuição e possibilidade de o Poder Público evita-lo; e c) o ônus estatal de produzir a prova de excludente de reserva do possível ou de causalidade, da eventual consagração do evento danoso⁵⁰.

Já no que se refere a precaução, FREITAS aduz que esse princípio estabelece ao administrador a obrigação de adotar medidas antecipatórias e proporcionais, mesmo nos casos de incerteza quanto à produção de danos fundamentamente temidos⁵¹.

Assim, as reflexões a respeito de metas fazem aproximar a Administração do direito fundamental que todos os cidadãos têm dela ser, no mínimo, boa, sendo *eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à*

⁴⁹ FREITAS, Juarez. *Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo, 3ª Edição. Editora Malheiros, 2014, p. 119.

⁵⁰ Obra citada, p. 120.

⁵¹ Obra citada, p. 122.

*participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.*⁵²

3.6 – SUPRESSÃO DO DÉFICIT DEMOCRÁTICO

São diversas as críticas de que a extensão e a própria existência da atuação das agências reguladoras afastam a Democracia nas decisões, em que pese as mesmas terem sido criadas pelo Chefe do Poder Executivo e permitidas pelo legislador constitucional, conforme dito alhures, ambos eleitos pelo voto do povo⁵³.

Entretanto, não é só o voto do povo o fundamento que sustenta o regime democrático, ainda que de certa forma reduzido, na tomada de decisões das autarquias especiais.

É possível citar que um dos maiores mecanismos de legitimação da Administração Pública é possibilidade de participação dos titulares e defensores dos interesses individuais, difusos e coletivos no processo de tomada das decisões que os afetarão⁵⁴.

Sobre essa democratização de decisões administrativas, ARAGÃO tem o seguinte entendimento⁵⁵:

“Se, como visto no Item anterior, o exercício da discricionariedade se dá através da ponderação entre os diversos e genéricos interesses em

⁵² Conceito atribuído pelo mestre Juarez Freitas a respeito do Direito Fundamental à Boa Administração Pública, em sua obra já citada, página 21.

⁵³ Art. 37 [...] XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

II - disponham sobre:

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

⁵⁴ É o que prevê o artigo 9º da Lei do Processo Administrativo Federal, *in verbis*:

Art. 9º São legitimados como interessados no processo administrativo:

I - pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação;

II - aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;

III - as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;

IV - as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos.

⁵⁵ Obra citada, p. 486.

questão, nada mais justo e natural que os seus titulares e defensores possam manifestar as suas posições perante a Administração, com o que estarão inclusive contribuindo para o controle da legalidade e da efetividade dos seus atos, vez que os participantes no processo administrativo carrear-lhe-ão elementos e opiniões para que possa tomar decisões mais equânimes e eficientes”.

Na mesma senda é a passagem do livro de VASCO MANUEL PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA⁵⁶:

“(…) a participação dos privados no procedimento, ao permitir a ponderação pelas autoridades administrativas dos interesses de que são portadores, não só se traduz numa melhoria de qualidade das decisões administrativas, possibilitando à Administração uma mais correta configuração dos problemas e das diferentes perspectivas da sua resolução, como também torna as decisões administrativas mais facilmente aceitas pelos seus destinatários”.

A grande parte das leis criadoras das agências reguladoras estabelece a imposição de consultas e/ou audiências públicas prévias as decisões.

Toma-se como exemplo o artigo 4º, parágrafo 3º da Lei 9.427/96⁵⁷ que criou a ANEEL; a Lei 9.478/97⁵⁸, que instituiu a ANP; a Lei 10.233/01⁵⁹ que instituiu a ANTT e a ANTAQ; a Lei 11.182/2005⁶⁰, criadora da ANAC; etc.

Ademais, para as quais a Lei não prevê, ou ainda que não previssem as leis acima referidas, A Lei do Processo Administrativo no âmbito Federal, a qual é

⁵⁶ PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Ed. Almedina, Coimbra, 1992, p. 402.

⁵⁷ Lei 9.427/96. Art. 4º. § 3º O processo decisório **que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores**, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, **será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL.**

⁵⁸ Lei 9.478. Art. 19. As iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que **impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários** de bens e serviços das indústrias de petróleo, de gás natural ou de biocombustíveis **serão precedidas de audiência pública** convocada e dirigida pela ANP.

⁵⁹ Lei 10.233/01. Art. 68. As iniciativas de projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que **afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública.**

⁶⁰ Lei 11.182/05. Art. 27. As iniciativas ou alterações de atos normativos que **afetem direitos de agentes econômicos, inclusive de trabalhadores do setor ou de usuários de serviços aéreos, serão precedidas de audiência pública** convocada e dirigida pela ANAC.

naturalmente aplicável às agências reguladoras, previu genericamente essa possibilidade de consulta pública, nos termos do artigo 31, *in verbis*:

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

E aqui, ao encontro do direito dos interessados, legitimados e diretamente afetados pelas decisões das agências de serem ouvidos, vem o dever da Administração Pública de permitir o protocolo e, ao deferir ou indeferir, analisar todos os fundamentos que foram lançados por esses, conferindo-lhes não só o direito de petição⁶¹, mas tendo o dever de resposta à esta petição com análise dos argumentos.

Ora, essa conclusão é lógica, na medida de que nada adiantaria a possibilidade de petição por parte dos cidadãos caso a Administração pudesse as desconsiderar, sem ao menos dizer o motivo.

Nesse sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, exposto em um dos milhares de precedentes que o representam, *in verbis*:

EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. **Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador.** 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. **6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica.** 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo

⁶¹ Artigo 5º [...] XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV) (MS 24268/DF, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 05/02/2004).

Portanto, as audiências e consultas públicas prévias deverão ser motivadas pelos Administradores Públicos em razão dos princípios e valores constitucionais que privilegiam essa participação, tal como o artigo 5º, Inciso XXXIII e XXXIV, o artigo 37, *caput*, assim como o artigo 175, Inciso II.

4 – CONCLUSÃO

O presente estudo teve como escopo compatibilizar o modelo regulatório à Constituição Federal de 1988, a qual atribui a iniciativa privada a exploração direta da atividade econômica, exceto em casos de segurança nacional ou relevante interesse público (Art. 173, CF88).

No primeiro capítulo da análise percebe-se que a atuação do Estado é subsidiária, uma vez que a máquina pública não tem a capacidade técnica de acompanhar as mutações diárias da economia e da sociedade.

O fato das únicas agências reguladoras estarem previstas na Constituição foi abordado sob o aspecto da origem da norma, já que são oriundas de Emendas Constitucionais, o que deixa evidenciado o entendimento da harmonia deste modelo para com a Carta Maior.

Discorreu-se a respeito do rebaixamento hierárquico das normas e a crise do poder legislativo, chegando-se a conclusão de que não há a possibilidade de mover o Poder Legislativo para cada mudança de mercado, até mesmo porque esta exige agilidade, característica não integrante do Congresso Nacional.

Uma vez demonstrado o enquadramento jurídico das Agências Reguladoras dentro da Constituição, passou-se a abordagem sobre a segurança jurídica que estas proporcionam.

Isto porque as autarquias ditas especiais atuam independentemente do Governo do dia, da ideologia partidária, fazendo com que se separe de certa forma assuntos de governo e assunto de Estado.

Com essa distinção, fica possibilitado o estabelecimento de planejamentos, metas, objetivos e definição de meios para os atingir para além do período de 4 anos, tempo de duração do mandato presidencial.

Em uma analogia, afasta-se, portanto, a possibilidade de em um dia guiar a máquina para o sentido norte e, no outro, passados 4 anos, guia-la para o sentido sul, inverso, desconstruindo tudo que o Estado estipulou como meta, acertada ou não.

Essa segurança jurídica proporciona aos administrados o planejamento. Atuarem em suas vidas com a certeza de que não terão surpresas, exceto as quais o mercado não puder evitar.

E essa confiança dos administrados, conforme se demonstrou, é gerada por diversos aspectos inerentes às agências reguladoras, tais como a vedação à demissão *ad nutum*, o que afasta a interferência/ingerência do Poder Executivo no plano de trabalho das autarquias; o regime estatutário dos servidores, já que terão de tomar decisões alheias à ideologia do dia, deixando de lado qualquer subordinação ou receio de repressão, uma vez que estarão presentes as garantias como estabilidade.

Não menos importante é a inafastabilidade do Poder Judiciário, na medida em que o Supremo Tribunal Federal já consagrou a possibilidade de se levar a conhecimento – até mesmo ao próprio Tribunal – atos normativos das autarquias que estejam em confronto com a legislação constitucional ou infraconstitucional.

Importante destacar também a abordagem feita na doutrina norte americana de *Chevron*. Aduziu-se no presente estudo que a Suprema Corte Americana está tendenciosa a rever em parte a aplicação do *Chevron Test*, impondo uma frase preliminar no teste: a exigência de delegação do Congresso a respeito da matéria regulada. Isto faz com que se preserve o caráter democrático do País, na medida em que os representantes do povo, eleito por eles, estarão delegando o poder de normatização de certas matérias, e por isso serão cobrados pelos próprios administrados.

O Projeto de Lei 6.621/2016 que tramita na Casa Legislativa vem a somar os aspectos de segurança jurídica aqui tratados, seja consagrando na lei algumas posições jurisprudenciais que garantiam-na, seja pela inovação na ordem jurídica de outros atributos, como por exemplo a norma cogente que impõe o estabelecimento de metas, objetivos, resultados, assim como os meios que serão utilizados para alcança-los, estipulando inclusive o dever das agências de “colocar no papel” todos os percalços que poderão ocorrer no caminho, arrematando a importância da certeza jurídica e consagração da confiança legítima.

Por fim, não poderia se deixar de lado, tomou-se o cuidado de estudar como todo o modelo regulatório poderia se consagrar sem esquecer da democracia, do voto, do povo (quem realmente possui o poder). As leis das autarquias especiais tomaram o cuidado de impor a realização de audiências e consultas públicas para a tomada de decisões que afetem diretamente os interessados, sejam os administrados, os regulados, o Ministério Público, entre outros.

Não distante deste aspecto foi a determinação da chance de se utilizar do direito de petição às autarquias. Mas não foi só isso. Como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, os cidadãos possuem direitos para além de peticionar. Possuem direito de terem seus argumentos analisados, bem como aceitos ou reputados de forma fundamentada, o que fará que esses motivos sejam determinantes e necessariamente compatíveis com a realidade, sob pena de nulidade.

Por fim, procurou-se demonstrar que o legislador tem sim o seu papel importante na sociedade. Entretanto, assuntos que exijam capacidade técnica e conhecimento específico podem ser mais bem e mais rapidamente decididos por especialistas da área, sem deixar de lado o aspecto democrático e muito menos a possibilidade revisão judicial, para que as atividades administrativas tenham continuidade e que a máquina pública não seja alvo de interesses que não sejam o da coletividade.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3ª Ed. rev.e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da legalidade e poder regulamentar no estado contemporâneo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 225, jul./set. 2001.

BARROSO. *Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 6ª Edição. Editora Saraiva: São Paulo, 2004.

BINICHESKI, Paulo Roberto. *A Doutrina Chevron: o ocaso anunciado?* Revista CEJ, Brasília, Ano XXI, n. 73, p. 29-39, set/dez. 2017.

BRESSER-PEREIRA. *A reforma do estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. 1ª Edição. Brasília: Editora 34, 1998.

CARVALHO FILO, Jose dos Santos. *Processo Administrativo Federal*. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O congresso nacional e as delegações legislativas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

COMPARATO. Fábio Konder. *A Organização Constitucional da Função Planejadora*, integrante da obra coletiva *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional*, organizada por Ricardo Antônio Lucas Camargo, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1995.

DANTAS, Francisco de San Tiago. *Poder Regulamentar das Autarquias*, constante da obra *Problemas de Direito Positivo*, Editora Forense, 1953.

DE ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *Legislación Delegada, Potestad Regulamentaria y Control Judicial*, Civitas, Madrid, 3ª Edição, 1998.

DI PÍETRO, Maria Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In; DI PIETRO. *Direito Regulatório: temas polêmicos*.

FREITAS, Juarez. *Direito Fundamental à Boa Administração*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2014.

GALLAI, Giacomo. Unites States v. Mead Corp.: will administrative transparency survive the increasing demand of national security? *Pepperdine Law Review*, Malibu, v. 30, n. 4, 2003.

GORUSCH, Neil M. Of lions and bears, judges and legislators, and the legacy os justice Scalia. 905-920. *Case Western Reserve Lax Review*, Cleveland, v. 66, n. 4, 2016.

GRAU, Eros Roberto. *Algumas notas para a Reconstrução do Princípio da Legalidade*. Revista de Direito da Faculdade de Direito da USP.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. Editora Malheiros, 2ª Edição, 1988.

GUERRA, Sergio. *Discricionariedade, Regulação e Reflexividade: Uma nova teoria sobre as Escolhas Administrativas*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Forum, 2013, p. 236.

HESSE. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*.

JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES. Reforma do Estado e Agências Reguladoras *In: SUNDFELD (Coord.). Direito Administrativo Econômico*.

MERRILL, Thomas W. *The story of Chevron: the making of an accidental landmark*. Disponível em <http://www.administrativelawreview.org/wp-content/uploads/2016/11/66.2.3-Merrill-Chevron.pdf>.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2000.

MOTTA, Fabricio. *A função normativa da administração pública*. Belo Horizonte: Forum, 2007.

PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Ed. Almedina, Coimbra, 1992.

SCALIA, Antonin. *Judicial deference to administrative interpretation of law*. *Dke Law Journal, Duham, NC, v. 38, n. 3, p. 511-521, June 1989*.

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

SUNFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na Era do Direito Global, constante da obra coletiva *Direito Global*, Max Limonad, 1999.

SUNDFELD. Serviços Públicos e regulação estatal. *In: SUNDFELD (Org.). Direito Administrativo econômico*. 1ª Edição. Editora Malheiros, 2000.

TÁCITO, Caio. *Comissão de Valores Mobiliários. Poder Regulamentar das Autarquias*, constante do *Temas de Direito Público*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1997, Tomo 2.

VENANCIO FILHO. *A intervenção do estado no domínio econômico*. Editora Renovar: Rio de Janeiro, 1998.