

DA IMPOSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DA DESLEGALIZAÇÃO COMO FUNDAMENTO À COMPETÊNCIA NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

Maria Carolina Scheidgger Neves

Bacharela em Direito

Sumário Introdução: intensificação de funções regulatórias e a natureza do poder normativo regulador. 1. Princípio da separação dos poderes 2. Competência normativa e princípio da legalidade. 3. A flexibilização do art. 84, IV da Constituição Federal. 4. A delegação e a teoria da deslegalização. 4.1. Deslegalização e poder normativo das agências. 5. Conclusões: discricionariedade regulamentar, uma possível resposta. 6. Bibliografia.

INTRODUÇÃO: INTENSIFICAÇÃO DE FUNÇÕES REGULATÓRIAS E A NATUREZA DO PODER NORMATIVO REGULADOR.

Um dos temas que mais tem causado espécie no Direito Administrativo contemporâneo diz respeito às alterações do papel desempenhado pelo Estado. Com efeito, após a falência do Estado do Bem-estar, causada pela hipertrofia de suas funções e ineficiência de seus misteres, o ente estatal sofreu profundas reformas e desenvolveu novas atribuições, cujo conjunto foi doutrinariamente qualificado de atividade regulatória.

O Estado resultante de tais reformas transferiu à iniciativa privada grande parte de suas antigas e pesadas atribuições empresariais, por meio dos mecanismos da privatização e da desestatização. Tornou-se menor quanto à sua intervenção direta na economia, porém, em contrapartida, aperfeiçoou funções antes desprezadas ou mesmo renegadas. Não poderia, por certo, simplesmente, abster-se completamente da atividade econômica, permitindo que o mercado

impusesse suas próprias regras, sem qualquer fiscalização ou controle, como gostariam os neoliberais mais radicais.

O repasse de atribuições estatais no campo da intervenção direta gerou a intensificação de inúmeras funções novas e mais modernas do ente público, como a fiscalização, a negociação, o planejamento, além de competências normativas para disciplinar setores econômicos determinados. A todo esse complexo de funções assumidas pelo Estado moderno, dá-se o nome de regulação, e a esse novo paradigma estatal, a doutrina convencionou chamar de Estado Regulador.

Por outro lado, diante da complexidade e da setorialização das relações sociais e econômicas, também as medidas regulatórias tornaram-se segmentadas e cada vez mais técnicas. Desta forma, tornou-se necessária a criação de órgãos e entidades dotadas de independência frente ao aparelho central do Estado e habilitadas para desempenhar estas novas funções. Esta iniciativa, experimentada inicialmente pelos Estados Unidos, logo se espalhou por toda a Europa e pela América Latina.

No Brasil, tais entes reguladores (agências) foram criados sob a forma de autarquias em regime especial, em razão da autonomia político-administrativa e financeiro-econômica que lhes foi assegurada.

Dentre as funções regulatórias, sem dúvidas a mais polêmica diz respeito ao exercício de poderes normativos. Impõe-se, então, apreciar a natureza dessa atividade normativa desenvolvida pelas agências reguladoras, especialmente diante da teoria da deslegalização.

1. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O desenvolvimento de administrações setorializadas e complexas, especialmente as agências reguladoras, tem causado grandes discussões doutrinárias, principalmente quanto à eventual violação ao princípio da tripartição dos poderes.

Com efeito, do ponto de vista administrativo, a competência reguladora abrange a fiscalização das atividades desenvolvidas pelos particulares, o cumprimento das regras fixadas nos contratos de concessão, além de poderes disciplinares e sancionatórios. A regulação envolve, outrossim, a solução de controvérsias, quer entre o poder público e os agentes econômicos, quer entre estes e os consumidores. Por fim, a competência reguladora confere poderes normativos bastante amplos, disciplinadores de toda a atividade regulada.

O exercício das atribuições hoje outorgadas às agências reguladoras abrange, assim, aspectos de todas as funções integrantes da clássica separação dos

Poderes idealizada por Montesquieu (administrativas, normativas e judicantes), sendo, ainda, exercidas com grande grau de autonomia em relação a esses mesmos Poderes, como forma de garantir-lhes a independência que lhes é essencial¹.

Nesses termos, essa imensa gama de poderes atribuídos aos entes reguladores sofre duras críticas provenientes, principalmente, dos doutrinadores mais ortodoxos, que questionam sua compatibilidade com a tradicional *teoria da separação dos poderes*. Todavia, conforme demonstraremos a seguir, tal alegação de incompatibilidade não resiste a um estudo mais aprofundado e atual do tema.

A teoria da separação dos poderes foi inicialmente organizada por Montesquieu. Acreditava ele que todo homem que detém integralmente o poder estatal tende a dele abusar e utilizar injustamente. Sendo assim, pregava a necessidade de divisão do poder estatal entre diversos órgãos, que pudessem exercer as funções executivas, legislativas e jurisdicionais separadamente, evitando delegações das atribuições de um poder a outro, mas controlando-se reciprocamente².

No entanto, o princípio da tripartição de poderes não pode ser levado a extremos, não sendo mais visto de forma sacramental ou dogmatizada.

A própria teoria da separação de poderes, nos moldes radicais em que projetada no nascedouro, já vinha sofrendo flexibilizações por parte da doutrina moderna. De fato, hoje seria bem mais adequado se falar em mera divisão de funções do que propriamente em divisão de poderes. Na verdade, nenhum dos três poderes do Estado desempenha apenas uma dessas funções unicamente e com exclusividade. Ao contrário, o que se tem é o exercício preponderante de atividades legislativas, executivas ou jurisdicionais, em detrimento das demais, que seriam exercidas de forma atípica.

Por outro lado, a complexidade das competências contemporâneas faz emergir outras atribuições que não se subsumem na clássica divisão tripartite, bem como fez proliferar inúmeros órgãos que não se incluem em qualquer dos três conjuntos de poderes clássicos³. Seriam exemplos de tais instituições *sui*

¹ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de Aragão. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 370.

² Acerca da teoria da separação dos poderes, vide MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das leis*. trad. Pedro Vieira Mota, 4 ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

³ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 152.

generis, no Brasil, o Ministério Público e o Tribunal de Contas e, agora, as agências reguladoras.

Finalmente, é mister ressaltar que a conotação atual do princípio da separação de poderes diz respeito com a divisão de funções entre órgãos diversos e com a noção de controles mutuamente exercidos pelos órgãos do Estado (*checks and balances*), limitando o exercício desmedido de poderes estatais. É nesse sentido o ensinamento de Alexandre Santos de ARAGÃO⁴:

Se retirarmos o caráter dogmático e sacramental impingido ao princípio da separação dos poderes, ele poderá, sem perder a vitalidade, ser colocado em seus devidos termos, que o configuram como mera divisão das atribuições do Estado entre órgãos distintos, ensejando uma salutar divisão de trabalho e um empecilho à, geralmente perigosa, concentração das funções estatais.

Sendo assim, em princípio, poderíamos concluir como o professor ARAGÃO⁵ que, de forma isolada ou conjunta, as funções exercidas pelas agências reguladoras seriam funções administrativas em sentido amplo e, portanto, condiscentes com a teoria moderna de tripartição dos poderes.

No entanto, em que pese a modernização da teoria de Montesquieu, ainda resta um ponto tensionante. Trata-se da possibilidade de adaptação da competência normativa da Administração, e em especial das agências reguladoras, aos limites da separação entre o Legislativo e o Executivo e à sua consequência mais relevante que é o princípio da legalidade. Com efeito, principalmente em Estados como o Brasil, onde a subordinação à lei é absoluta, a produção de normas por entes administrativos encontra maiores obstáculos jurídicos do que nos países onde a reserva legal não é tão abrangente⁶.

2. COMPETÊNCIA NORMATIVA E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

O princípio da legalidade tem origens no Estado Liberal, quando a classe burguesa, numa tentativa de limitar os desmandos e arbitrariedades do Absolutismo pré-existente, propulsionou a ideologia segundo a qual qualquer medida

⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de Aragão. Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 371.

⁵ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de Aragão. Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 378.

⁶ Cf. CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. In: RDA. Rio de Janeiro, jan/mar, 2000, p. 255.

jurídica somente seria legítima se decorresse de normas jurídicas adredemente estabelecidas por representantes eleitos para tal fim, e tivessem conteúdo genérico e abstrato⁷. A lei passou, assim, a ser considerada como a norma jurídica por excelência, sob a qual estavam submetidos não só os súditos, mas também, e principalmente, os próprios detentores do poder. Nasce, então com a sistematização do princípio da legalidade, o denominado Estado de Direito.

Destarte, o princípio da legalidade, desde suas primeiras formulações, consagra a idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei. No entanto, tal princípio não impede que a própria Administração edite também normas jurídicas, embora com maior ou menor liberdade, a depender do ordenamento jurídico de cada Estado.

No Brasil, especificamente, o princípio da legalidade é bastante rígido, gerando o que a doutrina denomina de “reserva legal”, segundo a qual à lei em sentido formal cabe disciplinar toda a vida em sociedade e toda a atividade Administrativa. Ao regulamento administrativo, por sua vez, somente é permitido emitir comandos complementares, explicitadores e executivos da lei. Constam tais previsões, do próprio Texto Constitucional, assentados nos dispositivos dos arts. 5º, II e 84, IV⁸.

Em outros ordenamentos, como o francês e, em menor grau, o espanhol, a reserva legal é relativizada, ou seja, somente algumas matérias são constitucionalmente reservadas à regulamentação mediante lei formal. Destarte, as demais matérias poderiam ser disciplinadas direta e originariamente pela administração por meio de decretos autônomos.

O fato é que, mesmo no Brasil, a complexidade das relações sociais têm demandado uma normatização setorial e concreta, além de muito mais flexível e

⁷ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos. Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado Contemporâneo. In RDA. Rio de Janeiro, 225, jul/set, 2001, p. 113.

⁸ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...
II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;” (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) “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;” (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988)

ágil. A lei, embora imprescindível, tornou-se insuficiente para disciplinar a realidade social. Ademais, como ressalta Robertônio Santos PESSOA⁹:

De um ponto de vista jurídico, o reconhecimento de um poder normativo à Administração Pública decorre da nossa própria estrutura constitucional, especificamente no que se refere ao poder regulamentar (CF, art. 49, V e 84, IV) e ao poder regulador do Estado (CF, art. 174, *caput*), este último exercido pelas agências reguladoras.

Foi então intensificada a competência normativa da Administração Pública. E, com a adoção em nosso ordenamento jurídico das agências reguladoras, tal competência foi-lhes atribuída como solução para essa preconizada atuação célere e flexível, em questões não apenas concretas, mas também abstratas, em que predomine a escolha técnica, distanciada das disputas partidárias e dos debates congressuais¹⁰.

Como então harmonizar esta nova competência normativa da Administração Pública, que não se limita a “executar a lei”, com o princípio da legalidade e a separação dos poderes?

3. A FLEXIBILIZAÇÃO DO ART. 84, IV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Muitas vezes se tem refutado o exercício de competências normativas pela Administração Pública, e em particular pelas agências, sob o fundamento de que o art. 84, IV da Constituição pátria atribui “privativamente ao Presidente da República” a competência regulamentar, acrescentando que esta competência somente pode ser exercida para “fiel execução da lei”¹¹.

⁹ PESSOA, Robertônio Santos. Tese Configuração atual da competência normativa da Administração Pública, com a qual obteve o título de doutor em Direito Público na Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Recife, 2003.

¹⁰ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 162.

¹¹ Nesse sentido, veja-se a posição de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (Parcerias na Administração Pública. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.156/157), para quem tal competência regulamentar somente poderia ser exercida pela Administração Indireta mediante delegação do Presidente da República, jamais por atribuição legal.

Contrapondo-se a tal posição, Leila CUÉLLAR¹² e Alexandre Santos ARAGÃO¹³ defendem que embora o dispositivo constitucional atribua a competência regulamentar “privativamente” ao Presidente da República, a lei poderia conferi-la, em assuntos determinados, a um órgão da Administração Pública ou a uma entidade, como as agências reguladoras. De qualquer forma, a realidade é que mesmo antes da instituição de agências reguladoras, sempre houve atribuição de competência normativa a órgãos e entidades da Administração.

Por outro lado, quanto à necessidade de que tais regulamentos restrinjam-se a “fielmente executar a lei”, razão assiste a Robertônio Santos PESSOA¹⁴, segundo o qual a expressão “execução da lei”, contida no Texto Constitucional deve ser reinterpretada e reconstruído à luz das novas realidades, abrangendo inclusive a competência regulamentar abstrata que não se restringe a simplesmente executar a norma legal, mas devotado à concretização dos fins e metas do Estado. Com efeito, quando um regulamento editado por uma agência está, por exemplo, disciplinando a política tarifária de determinado serviço, não deixa de estar dando execução ao dispositivo legal que previa que atribuía à agência a modicidade das tarifas. No mesmo sentido, é a lição de Alexandre Santos ARAGÃO:

Assim, se adotarmos um conceito de “execução” amplo, consistente no desenvolvimento de normas pré-estabelecidas, todos os regulamentos acima analisados serão “de execução”, o que deverá satisfazer aqueles apegados à interpretação meramente literal do art. 84, IV, *in fine*, da Constituição Federal (“decretos e regulamentos para a fiel *execução* da lei”).¹⁵

¹² CUÉLLAR, Leila. As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo. São Paulo: Dialética, 2001, p. 166/167.

¹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de Aragão. Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 381/382.

¹⁴ PESSOA, Robertônio Santos. Manuscritos da sua tese Configuração atual da competência normativa da Administração Pública, com a qual obteve o título de doutor em Direito Público na Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, p. 133.

¹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de Aragão. Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 382.

Oportuna, ainda, a lição de Marçal JUSTEN FILHO¹⁶, no sentido da flexibilização do art. 84, IV da Constituição:

Não se interpreta a Constituição através de mera tradução das palavras. Ou seja, a norma do art. 84, inc. IV, da CF/88 não significa, de modo necessário, a exclusão da possibilidade de ampla competência normativa para complementação da lei. A “fiel execução” pode ser interpretada como aquela que assegura a realização da finalidade buscada pelo Direito, mesmo que isso não signifique a mera repetição dos termos da regulação legislativa. Assegurar a fiel execução da lei propicia, por isso, a adoção de determinações que, respeitando o *espírito* ou a *finalidade* da lei, configurem inovação à disciplina por ela adotada.

E finaliza o mesmo autor:

O que se busca, enfim, é propiciar a perfeita e integral aplicação da norma produzida legislativamente, o que pode importar a necessidade de adição ao conteúdo normativo até então existente.

Resta assim, inconteste que a competência regulatória, ao executar a lei, em sentido amplo, pode, inclusive, inovar na ordem jurídica.

4. A DELEGAÇÃO E A TEORIA DA DESLEGALIZAÇÃO.

Alguns autores, especialmente europeus, sustentam que o exercício de competências normativas pela Administração Pública é realizada mediante delegação pelo Poder Legislativo ao Executivo.

Nesse sentido, clássica é posição de Eduardo Garcia de ENTERRÍA¹⁷, segundo o qual a delegação legislativa se apresenta em três espécies: delegação receptícia, remissão e deslegalização. A delegação receptícia é aquela de cujo exercício surgem os chamados “decretos legislativos” e é assim definida:

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002, p. 510.

¹⁷ ENTERRIA, Eduardo Garcia. Legislacion delegada potestad reglamentaria y control judicial. 3 ed. Madrid: Editorial civitas, 1998.

Em ambos casos la Ley de delegación confía al Gobierno (y nada más que al Gobierno es posible, según la norma constitucional, confiar esa competencia) la elaboración de una norma con un contenido concreto, norma que la propia Ley delegante recibe como contenido propio o anticipa su elevación al rango de Ley¹⁸.

Ainda de acordo com ENTERRÍA¹⁹, a segunda forma de delegação legislativa seria a remissão:

Una Ley remite a una normación ulterior que ha de elaborar la Administración, aunque sin asumir como propio su contenido, la determinación de ciertos elementos normativos que complementan la ordenación que la propia Ley delegante establece.

Por fim, apresenta ENTERRIA a noção de deslegalização (*deslegalización*), segundo a qual o ordenamento admitiria que o próprio legislador retirasse certas matérias do domínio da lei, passando-as ao domínio do regulamento²⁰.

No ordenamento jurídico brasileiro, a transferência de competência legiferante constitui violação ao princípio da separação dos poderes, somente sendo admitida em casos excepcioníssimos previstos na própria Constituição Federal, no seu art. 68, que faculta ao Congresso Nacional, por meio de resolução, a delegação ao Presidente da República de poderes legislativos de forma limitada e em relação a matérias específicas²¹.

¹⁸ ENTERRIA, Eduardo Garcia. Legislacion delegada potestad reglamentaria y control judicial. 3ª ed. Madrid: Editorial civitas, 1998, p. 176.

¹⁹ ENTERRIA, Eduardo Garcia. Legislacion delegada potestad reglamentaria y control judicial. 3ª ed. Madrid: Editorial civitas, 1998, p. 197.

²⁰ Cf. ENTERRIA, Eduardo Garcia. Legislacion delegada potestad reglamentaria y control judicial. 3ª ed. Madrid: Editorial civitas, 1998, p. 220/225.

²¹ "Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º - Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

§ 2º - A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.

§ 3º - Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda." (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988)

No entanto, desde a incorporação ao Brasil de agências, em adaptação – para não falar simples cópia – do modelo norte-americano, os doutrinadores pátrios buscam uma explicação jurídica para o exercício, por essas entidades, de competências regulatórias. Foi assim que Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO²², depois seguido por outros autores, tentou introduzir no Brasil a teoria das tipologias de delegação idealizadas por García de Enterría.

Segundo ele, a *delegação receptícia*, que consistiria na transferência da função legislativa ao Poder Executivo para produzir normas com força de lei, adstrita a um quadro determinado e a um tempo estabelecido no ato de delegação, estariam previstas no Texto Constitucional no art. 59, IV, c/c art. 68 e 49, V²³. Já na *delegação remissiva*, haveria uma espécie de remessa pela lei de normatividade posterior, para que a Administração regulamente o texto legal, correspondendo, no Direito Constitucional brasileiro, ao *poder regulamentar*, previsto no art. 84, IV, da Constituição.

4.1. DESLEGALIZAÇÃO E PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS

Como ressaltado anteriormente, a classificação das espécies de delegação legislativa foi sistematizada por Eduardo García de ENTERRIA²⁴, o qual, acerca da deslegalização, assim ensinava:

Llamamos deslegalización, (...) a la operación que efectúa una Ley que, sin entrar en la regulación material de un tema, hasta entonces regulado por Ley anterior, abre dicho tema a la disponibilidad de la potestad reglamentaria de la Administración.

Assim, a deslegalização consistiria na degradação do grau hierárquico de determinada regulação material. Deste modo, a lei deslegalizadora, sem adentrar na regulação material e sem importar, por si própria, na revogação de lei

²² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 164/165.

²³ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 165.

²⁴ ENTERRIA, Eduardo García. Legislación delegada potestad reglamentaria y control judicial. 3ª ed. Madrid: Editorial civitas, 1998, p. 220.

anterior disciplinadora da matéria, produz sua transferência ao regulamento. Este, por sua vez, poderá inovar e, portanto, revogar leis formais anteriores²⁵.

O mestre ENTERRÍA²⁶ adverte, ainda, que o poder de revogar a lei material anterior não é a essência da técnica de deslegalização. Trata-se, em verdade, de simples consequência da degradação normativa operada. Acrescenta que, por outro lado, a Administração se utiliza da delegação ínsita na deslegalização não apenas no momento do primeiro exercício da mesma, que é quando se produz o efeito ab-rogatório da legislação anterior:

sino también posteriormente, cuando sustituye esa primera norma por otras igualmente reglamentarias, momento em el cual es evidente que no se están abrogando o innovando leyes, sino sus propias disposiciones reglamentarias anteriores.

No que concerne à *deslegalização*, ensina Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO²⁷ que, tendo ela origem no direito francês, constitui a retirada de certas matérias do domínio da lei, passando-as ao controle do regulamento. O mencionado autor vislumbrou a aplicação da teoria da deslegalização no Brasil em vários dispositivos, em especial nos referentes às leis de criação das agências reguladoras, as quais, segundo entende, procedem uma deslegalização de determinadas competências normativas, transferindo-as da sede legislativa para o regulamento.

Também defendendo a aplicação da teoria da deslegalização no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente nos casos das agências reguladoras, Alexandre Santos ARAGÃO²⁸ sustenta:

Não há qualquer inconstitucionalidade na deslegalização, que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas ape-

²⁵ Cf. ENTERRIA, Eduardo García. *Legislacion delegada potestad reglamentaria y control judicial*. 3ª ed. Madrid: Editorial civitas, 1998, p. 220.

²⁶ ENTERRIA, Eduardo García. *Legislacion delegada potestad reglamentaria y control judicial*. 3ª ed. Madrid: Editorial civitas, 1998, p. 221.

²⁷ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 166.

²⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de Aragão. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 422/423.

nas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria.

E conclui o citado autor dizendo que:

A deslegalização estaria implícita no amplo poder normativo (esteado em *standards* gerais) conferido pelas leis instituidoras às agências reguladoras para exercer as suas competências regulando determinado setor da economia, principalmente em seus aspectos técnicos, observada a política pública fixada pela Lei e pela Administração central²⁹.

Em que pesem os esforços doutrinários para adaptar a teoria da deslegalização ao Direito brasileiro, a verdade é que Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO e Alexandre Santos ARAGÃO não aplicam a técnica da deslegalização tal como existente em países como Espanha ou França, de onde se originou.

Com efeito, tanto na França, como na Espanha, a deslegalização constitui, como ressaltado anteriormente, o mecanismo pelo qual uma lei meramente deslegalizadora (que não trata de regulação material) transfere ao regulamento o poder de disciplinar determinada matéria, podendo, inclusive, revogar lei anterior sobre o mesmo assunto. No entanto, diferentemente do Brasil, nesses ordenamentos essa técnica é possível porque não há reserva constitucional absoluta à legalidade formal.

Tomemos o exemplo da França. A Constituição Francesa de 1958, em seu art. 34³⁰ elenca uma série de matérias que são reservadas ao disciplinamen-

²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de Aragão. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 424.

³⁰ "La loi est votée par le Parlement.

La loi fixe les règles concernant:

"les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques; les sujétions imposées par la Défense Nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens;

"la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités;

"la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables; la procédure pénale; l'amnistie; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats;

"l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures; le régime d'émission de la monnaie.

La loi fixe également les règles concernant:

"le régime électoral des assemblées parlementaires et des assemblées territoriales;

"la création de catégories d'établissements publics;

to por lei formal. Ressalvadas tais matérias, o art. 37³¹ dispõe que as demais poderão ser regidas por simples regulamento, assegurando que, mesmo que uma dessas questões residuais seja disciplinada por lei, também por meio de regulamento poderá ser revogada.

Sendo assim, a deslegalização só é possível em tais países porque há previsão legal permitindo que o regulamento altere ou mesmo revogue uma norma legal. O próprio Eduardo Garcia de ENTERRÍA³² adverte que não há espaço para a deslegalização quando a matéria for constitucionalmente reservada à lei. São seus ensinamentos:

Por su naturaleza, parece que puede afirmarse con firmeza que la técnica deslegalizadora no es aplicable a las materias constitucionalmente reservadas a la Ley. Esta reserva de una *materia* a la Ley se infringiría, evidentemente, si pretendiese cumplirse con una Ley de contenido puramente *formal*, operante en el ámbito abstracto del rango, Ley que justamente viene a entregar la regulación de la materia que se trate a los Reglamentos.

"les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat;
"les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé.

La loi détermine les principes fondamentaux:

"de l'organisation générale de la Défense Nationale;

"de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources;

"de l'enseignement;

"du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales;

"du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale.

Les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'Etat dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Les lois de financement de la sécurité sociale déterminent les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs de dépenses, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Des lois de programmes déterminent les objectifs de l'action économique et sociale de l'Etat.

Les dispositions du présent article pourront être précisées et complétées par une loi organique." (La Constitution du 4 octobre 1958 In <http://www.premier-ministre.gouv.fr/fr/p.cfm?ref=6979>)

³¹ Art. 37 Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire. Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'Etat. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil Constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent. (La Constitution du 4 octobre 1958 In <http://www.premier-ministre.gouv.fr/fr/p.cfm?ref=6979>)

³² ENTERRIA, Eduardo Garcia. *Legislacion delegada potestad reglamentaria y control judicial*. 3ª ed. Madrid: Editorial civitas, 1998, p. 223/224.

No ordenamento jurídico brasileiro, por seu turno, no qual a própria Constituição adverte que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei” (CF/88, art. 5º, II), e que o Congresso pode sustar atos que exorbitem o poder regulamentar (CF/88, art. 49, V), a previsão de reserva legislativa é absoluta, como já demonstrado alhures. Portanto, a lei não poderia simplesmente abdicar de disciplinar determinada matéria, transferindo esta tarefa aos regulamentos produzidos pelas agências reguladoras, sob pena de afronta aos princípios da legalidade e da indelegabilidade e, por consequência, à tripartição de poderes.

Realmente, tampouco se poderia falar em delegação legislativa, pois esta é constitucionalmente reservada ao Presidente da República e marcada por sua excepcionalidade e transitoriedade (CF/88, art. 68).

No mesmo sentido, concluindo pela inaplicabilidade da teoria da deslegalização ao modelo brasileiro, são as lições de Marçal JUSTEN FILHO³³:

De todo modo, situação similar não se admite no Brasil. Mais precisamente, há apenas uma via para atribuição de competência legiferante delegada ao Executivo. Trata-se da lei delegada. Mais ainda, seria inquestionavelmente inconstitucional, perante nossa ordem jurídica, que o Congresso Nacional resolvesse atribuir ao Executivo o poder de, mediante decretos, revogar leis e editar a disciplina sobre certas matérias.

E acrescenta o mencionado autor:

Aliás, esse segundo aspecto envolve questão ainda mais grave. Até se poderia imaginar que uma lei decretasse revogadas todas as leis anteriores incompatíveis com certos princípios e remetesse ao Executivo elaborar uma espécie de consolidação do Direito vigente. Mas seria inconcebível, em face da ordem brasileira, que uma lei determinasse que a nova disciplina de certos assuntos fosse veiculada pelo Executivo por meio de um decreto.

De fato, não se pode tomar teorias que funcionam (ou parecem funcionar) em outros ordenamentos e aplicá-las ao Direito brasileiro sem levar em conta a

³³ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002, p. 497.

rigidez da nossa Constituição e os limites jurídicos do nosso sistema legislativo e administrativo.

5. CONCLUSÕES: DISCRICIONARIEDADE REGULAMENTAR, UMA POSSÍVEL RESPOSTA

É certo que o exercício de competências normativas pelas agências reguladoras não prescinde, nem poderia prescindir, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, da existência prévia de disciplinamento da matéria por meio de lei em sentido formal. Todavia, é também inquestionável que, diante da complexidade das atividades da sociedade moderna, a lei já não dispõe de condições para prever todas as possibilidades e especificidades impostas pela setorialização econômica e social.

Sendo assim, deve ser reconhecida certa margem de discricionariedade para o desempenho de variada atividade normativa por parte da Administração Pública. Nesses casos, constata-se que a lei formal, insuficiente, necessita do exercício de competências normativas gerais e abstratas, produtoras de inquestionável inovação na disciplina legal. E esta atuação normativa do ente administrativo não infringe o princípio da legalidade, na medida em que há uma lei regulando, ainda que minimamente, a matéria e lhe conferindo tal competência.

Como ressalta Marçal JUSTEN FILHO³⁴, o que não se admite é o exercício de competência normativa pela Administração Pública sem o respaldo de uma norma legal:

Não se admite a edição pela autoridade administrativa de regras desvinculadas da existência de uma lei. É descabido o exercício de competência normativa autônoma, que desencadeie a disciplina regulatória para um campo específico sem autorização e disciplina legislativa prévia. Mais ainda, não se admite que o regulamento ultrapasse os limites, o espírito ou o conteúdo da lei.

Todavia, é igualmente impossível que a lei simplesmente transfira a competência normativa para o regulamento, como ocorre na técnica da deslegalização.

³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002, p. 497.

Destarte, a atuação normativa do regulamento, ainda quando tenha caráter inovador, objetiva proceder a *fidel execução da lei* (em sentido amplo, conforme apreciado no item 3). Isso porque o legislador pode decidir por reger integral e minuciosamente determinada matéria. Mas pode também adotar disciplina não exaustiva, atribuindo ao administrador o poder de regular os detalhes da aplicação concreta dos princípios e objetivos legais. Trata-se da atribuição de competência discricionária.

Tal mecanismo é qualificado por Eduardo García de ENTERRÍA³⁵ como delegação remissiva. Explica o autor:

La Ley renuncia a regular en su totalidad la materia y llama para concluir esa regulación a otra norma, a la que entrega la disponibilidad necesaria para ello.

Outros autores, como Marçal JUSTEN FILHO³⁶ e Robertônio Santos PESSOA³⁷ preferem falar em delegação normativa secundária. Esclarece Marçal JUSTEN FILHO:

Mas pode dar-se uma delegação normativa de cunho secundário. Reconhece-se ao Legislativo a faculdade de optar entre adotar uma disciplina exaustiva e completa ou de estabelecer as regras básicas e essenciais. Nesse último caso, remete-se explícita ou implicitamente à regulamentação pelo Executivo. Trata-se, enfim, de uma escolha do legislador. (...) Mas também se admite que a lei adote disciplina que deixa margem para maior autonomia do seu aplicador. Nesses casos, um ou mais dos pressupostos de incidência da norma ou uma ou mais das determinações mandamentais não estão disciplinadas de modo exaustivo através da lei. Atribui-se ao aplicador a competência para identificar os pressupostos ou determinar os comandos normativos para o caso concreto. Nesse caso, surge para o aplicador da lei uma competência discricionária.

³⁵ ENTERRIA, Eduardo García. *Legislacion delegada potestad reglamentaria y control judicial*. 3ª ed. Madrid: Editorial civitas, 1998, p. 197.

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 513.

³⁷ PESSOA, Robertônio Santos. *Manuscritos da sua tese Configuração atual da competência normativa da Administração Pública, com a qual obteve o título de doutor em Direito Público na Universidade Federal de Pernambuco – UFPE*. p. 182.

Essa discricionariedade regulamentar é atribuída pela lei mediante a utilização de conceitos amplos, de conteúdo relativamente indeterminado ou determinável de acordo com os conhecimentos técnicos do administrador (no caso, da agência reguladora). Desta forma, diante da margem discricionária aberta pela lei, poderá o administrador exercer atividade normativa, inclusive inovadora em relação ao ordenamento jurídico.

Não há no Direito brasileiro vedação a tal procedimento “remissivo” por parte da norma legal. Trata-se da discricionariedade regulamentar, uma das vertentes da discricionariedade administrativa (amplamente debatida doutrinariamente), e a explicação mais razoável para o poder normativo das agências reguladoras brasileiras.

O que se mostra impossível é a simples renúncia da lei no disciplinamento da matéria, transferindo-a ao regulamento (a pretendida deslegalização). Nesse sentido, tem sido, embora de forma ainda não consolidada, o entendimento do Pretório Excelso, que ao apreciar a legislação da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, na ADIN n.º 1668/DF (Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 16.04.2004, p. 00052), suspendeu a eficácia de dispositivo que conferia ao ente regulador competência para dispor sobre licitação de outorga de serviço de telefonia de maneira diversa da prevista na Lei n.º 8.666/93.

6. BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Alexandre Santos de Aragão. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado Contemporâneo. In *RDA*. Rio de Janeiro, 225, jul/set, 2001.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. In: *RDA*. Rio de Janeiro, jan/mar, 2000.

CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ENTERRIA, Eduardo Garcia. *Legislacion delegada potestad reglamentaria y control judicial*. 3 ed. Madrid: Editorial civitas, 1998.

- JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das leis*. trad. Pedro Vieira Mota, 4 ed., São Paulo: Saraiva, 1996.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 152.
- _____. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- PESSOA, Robertônio Santos. Tese *Configuração atual da competência normativa da Administração Pública*, com a qual obteve o título de doutor em Direito Público na Universidade Federal de Pernambuco – UFPE.