VIII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

FAUSTO SANTOS DE MORAIS

JANAÍNA RIGO SANTIN

YURI SCHNEIDER

Copyright © 2025 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU – São Paulo
Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Fernando Passos – UNIARA - São Paulo
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia
Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal
Comunicação:
Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM – São Paulo
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará
Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI – Santa Catarina
Educação Jurídica
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - PR
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - SP
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello – UFMS – MS
Eventos:
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo
Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina
Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Comissão Especial
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UFRJ - RJ
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - PB
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - MG
Prof. Dr. Rogério Borba - UNIFACVEST - SC

D597
Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI
Coordenadores: Fausto Santos de Morais; Janaína Rigo Santin; Yuri Schneider. – Florianópolis: CONPEDI, 2025.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5274-194-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito Governança e Políticas de Inclusão

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. VIII Encontro Virtual do CONPEDI (2; 2025; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

VIII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

É com satisfação que o Conpedi oferece à comunidade jurídica um conjunto de artigos científicos, lastreados em pesquisa acadêmica desenvolvida nos mais diversos programas de pós-graduação do país, em torno de temas efervescentes sobre o Direito Administrativo Brasileiro e a Gestão Pública.

Parece-nos que existe um fio condutor comum que orientou as pesquisas apresentadas: como tornar as diferentes regulamentações, constitucionais ou infraconstitucionais, incidentes na relação Estado-cidadão, mais efetivas e concretizar o ideal republicano da Constituição da República Federativa do Brasil. Como se notará com o conhecimento dos artigos que compõe esta coleção, a resposta não é nem rápida, nem simples. Isso porque, as diferentes problematizações apresentadas buscam exaltar uma complexidade própria de um país de modernidade tardia, que precisa lidar ao mesmo tempo com as suas agruras estruturais de uma intrincada estrutura administrativa e a baixa efetividade na realização dos direitos constitucionais.

Sob esse mote, problemas já tradicionais e outros novos foram discutidos. Como um problema tradicional, a responsabilização dos agentes públicos pode ser encontrada em mais de um artigo. Viu-se que a mudança legislativa sobre questões de improbidade ainda precisa de uma contribuição acadêmica mais robusta, seja para refinar a aplicação de conceitos indeterminados, seja para contemplar uma tensão entre uma cultura leniente e outro punitivista. Seria o Direito Administrativo uma ferramenta sancionatória? Responsabilizar os agentes públicos exigiria uma intenção de lesão específica? O Supremo Tribunal Federal já colocou ponto final neste assunto? Essas questões são abordadas e merecem ser conhecidas.

Um outro grupo de contribuições passou a explorar duas exigências atuais à Administração Pública, quais sejam: a sua eficiência, via digitalização e informatização, e uma governança sustentável. Aprendeu-se que a eficiência também requer um processo transparente de administração, o que deve ser franqueado pela Lei de Acesso à Informação como uma questão de cidadania.

Uma administração sustentável precisa valorizar o seu servidor experiente – inclusive com abono devido para aqueles que optarem por continuar a contribuir com o Estado. Precisa exercer o seu poder de polícia; proteger áreas de proteção permanente irregularmente

ocupadas; investir em consórcios para desenvolvimento tecnológico; e implementar políticas de gestão integrada. As suas contratações precisam considerar novos produtos tecnológicos para problemas não tradicionais, apostar em parcerias público privadas para ampliar o braço de serviços do Estado e facilitar a aquisição de medicamentos para servir à população.

As propostas presentes nos artigos não fizeram vistas grossas para problemas como a corrupção, a falta de prevenção e a necessidade de medidas mitigadoras e de responsabilização sobre catástrofes ambientais. Parece-nos, diante dos trabalhos apresentados, que o papel do Tribunal de Contas, do Ministério Público e até mesmo de uma cultura de compliance podem ser caminhos iniciais ao enfrentamento dos problemas discutidos.

O que se pôde deduzir é que a Administração Pública necessita ter como sua centralidade os Direitos Humanos dos cidadãos, entendendo-os numa postura de alteridade radical aos moldes de Lévinas, tomando as devidas responsabilidades por seus atos. Portanto, os serviços públicos devem guardar a legalidade e a cortesia como questões de princípio, de forma íntegra e coerente, inclusive, com a atuação das agências regulatórias para assegurar tais condições.

Conhecendo previamente as propostas científicas discutidas no grupo de trabalho, temos certeza que as contribuições ora disponíveis ao grande público acadêmico e profissional têm a potencialidade de prover novas ideias e provocações, alimentando um círculo virtuoso de pesquisa.

Registramos, nesse sentido, a satisfação de termos conduzido os debates durante a sessão de apresentação dos artigos e reforçamos o convite para o conhecimento das diversas abordagens sobre a Administração Pública Brasileira e Gestão Pública que fazem parte desta coleção.

Boa leitura!

Professor Doutor Fausto Santos de Morais- Direito Atitus

Professora Doutora Janaína Rigo Santin - Direito UPF

Professor Doutor Yuri Schneider - Direito UFSM

(DES)LEGALIZAÇÃO E INTEGRIDADE DA FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

(DE)LEGALIZATION AND INTEGRITY OF THE NORMATIVE FUNCTION OF REGULATORY AGENCIES

Cláudia Aparecida Coimbra Alves

Resumo

O presente estudo teve como objetivo analisar a função normativa das agências reguladoras em razão da descentralização da Administração Pública e a repercussão dessa função em relação ao princípio da legalidade e da Teoria da Integridade no âmbito do Legislativo, tendo em vista a divergência doutrinária a respeito da crise da Lei e de julgamentos em que se discute a legitimidade ou não desses atos normativos. Ao final, restou concluído que é legítima a função normativa realizada pelas agências reguladoras, quando as mesmas observam os standards (parâmetros) definidos na lei, na medida que elas exercem tal competência em conformidade com a vontade do legislador, para o alcance das finalidades, diretrizes e políticas públicas por ele almejadas, não havendo que se falar em crise da lei pela deslegalização, dada sua subordinação ao ordenamento jurídico como um bloco de legalidade, cujas normas e princípios, inclusive constitucionais, guardam coerência e integridade entre si. Foi utilizada pesquisa bibliográfica e o método dedutivo, tendo como referencial teórico o Princípio da Legalidade e a Teoria da Integridade no âmbito do Legislativo do Direito de Ronald Dworkin.

Palavras-chave: Princípio da legalidade, Função normativa, Agências reguladoras, Integridade, Atividade administrativa

Abstract/Resumen/Résumé

The present study aimed to analyze the normative function of regulatory agencies in light of the decentralization of Public Administration and the impact of this function on the principle of legality and the Theory of Integrity within the Legislative branch, considering the doctrinal divergence regarding the crisis of the law and judicial decisions that question the legitimacy of such normative acts. In the end, it was concluded that the normative function exercised by regulatory agencies is legitimate when they observe the standards defined by law, insofar as they perform this function in accordance with the will of the legislator, in pursuit of the goals, guidelines, and public policies intended by the legislative body. Therefore, it cannot be said that there is a crisis of the law caused by delegalization, given that these acts remain subordinate to the legal system as a whole—a block of legality whose norms and principles, including constitutional ones, preserve coherence and integrity among

themselves. The study employed bibliographic research and the deductive method, using as theoretical framework the Principle of Legality and Ronald Dworkin's Theory of Integrity within the Legislative contexto of Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Principle of legality, Normative function, Regulatory agencies, Integrity, Administrative activity

1 Introdução

O princípio da legalidade surgiu a partir do Estado de Direito, sendo que sua elaboração foi construída ao longo dos anos e em conformidade com as transformações históricas do Estado.

Atualmente, no Estado Democrático de Direito, foi ampliada a concepção do princípio da legalidade, para abranger não somente a lei, mas também princípios e valores previstos na Constituição, não se olvidando que essa ampliação repercute sobre a atividade da Administração Pública direta e indireta.

No direito brasileiro, o princípio da legalidade foi previsto na Constituição Imperial de 1824 e foi mantido nas demais, exceto na Constituição de 1937, estando previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição vigente. Além disso, deve ser compreendido em consonância com outros dispositivos constitucionais, sendo que, neste estudo, não se pode desconsiderar a clássica tripartição dos poderes, prevista no artigo 2º; a expressa previsão no artigo 37, *caput*, de que a administração pública direta e indireta de quaisquer entes da federação obedecerá o princípio da legalidade, bem como as funções normativa e reguladora do Estado na atividade econômica, especialmente com a criação das agências reguladoras, no artigo 174.

Importante salientar que a competência normativa das agências tem grande importância no direito administrativo contemporâneo, exsurgindo daí debates doutrinários a respeito de eventual crise da Lei e de inúmeros julgamentos quanto à legitimidade ou não dos atos normativos por ela emanados, sendo essa a temática deste artigo.

Assim, será analisada a função normativa das agências reguladoras em relação ao princípio da legalidade, de modo a verificar a ocorrência de (des)legalização e sua relação de coerência e integridade com o ordenamento jurídico e, nessa última parte, à luz da teoria da Integridade no âmbito do Legislativo, desenvolvida por Ronald Dworkin.

Para a discussão das questões propostas, depois da introdução, será tratado o princípio da legalidade, abordando sua origem, evolução; os sentidos formal e material da lei; a crise da lei pela deslegalização e a legalidade da atividade administrativa. Em seguida, o estudo traz anotações sobre a teoria da integridade no âmbito do Legislativo de Ronald Dworkin, passando pelas agências reguladoras e breve histórico, além da descentralização administrativa e normativa, com considerações sobre os regulamentos, inclusive o regulamento autônomo, bem como por destacar a função normativa das agências reguladoras, e finalizar com sua relação com o princípio da legalidade e à luz da teoria da integridade.

Foi utilizada pesquisa bibliográfica e o método dedutivo, tendo como referencial

teórico o Princípio da Legalidade e a Teoria da Integridade no âmbito do Legislativo do Direito de Ronald Dworkin.

2 Princípio da legalidade, origem e evolução

O Princípio da Legalidade originou-se a partir da instauração do Estado de Direito, sendo que a conceituação de tal princípio evoluiu ao longo dos anos.

Nessa época, sob a influência da Revolução Francesa, restaram consagrados os princípios do liberalismo, para garantir a liberdade dos cidadãos, sendo atribuída ao Estado a missão de proteger a propriedade e a liberdade dos indivíduos, conforme previsto nos artigos 2º e 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

A atuação do Estado deveria ser passiva, sem intervenção na ordem social e econômica, prestando apenas serviços essenciais. O poder estatal era livre de sujeição e controle, com vinculação negativa à Lei.

Concomitantemente nasceu o princípio da separação dos poderes, com poderes independentes para administrar, legislar e julgar.

Com o Estado Social de Direito ocorreu uma evolução do princípio da legalidade marcada pela preocupação com o bem comum, tendo em vista a necessidade de superar os princípios do liberalismo em decorrência de consequências prejudiciais, tais como, desigualdades sociais, formação de monopólios, surgimento do proletariado, doenças, dentre outras.

O Estado teve que modificar sua atuação, deixando seu papel passivo, passando a agir no âmbito das atividades exercidas pelos particulares. O Estado passou a atuar como prestador de serviços, com fortalecimento do Poder Executivo, o qual detinha também atribuição normativa, de modo que o Poder Legislativo deixou de ser o único a criar normas.

Nesse período, substituiu-se o princípio da vinculação negativa à Lei pela vinculação positiva da administração à Lei, no sentido de que a administração pública só poderia fazer o que a lei permitisse.

Já no Estado Democrático de Direito ocorreu a ampliação do princípio da legalidade, abrangendo não somente as normas, mas também princípios e valores previstos na Constituição, o que culminou com a redução da discricionariedade administrativa e aumento do controle judicial dos atos da administração pública.

No direito brasileiro, o princípio da legalidade foi previsto desde a Constituição Imperial de 1824, no artigo 179, inciso I e foi mantido nas Constituições posteriores, à exceção da Constituição de 1937.

Na Constituição vigente, o princípio da legalidade está estabelecido no artigo 5º, inciso II, nos seguintes termos: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (BRASIL, 1988). Esse princípio consiste na submissão à Lei, sendo essencial ao Estado Democrático de Direito.

Cumpre salientar ainda que, além do disposto no artigo 5º, inciso II, o princípio da legalidade deve ser compreendido em consonância com outros dispositivos constitucionais, sendo que, neste estudo, não se pode desconsiderar a clássica tripartição dos poderes, prevista no artigo 2º; a expressa previsão no artigo 37, *caput*, de que a administração pública direta e indireta de quaisquer entes da federação obedecerá o princípio da legalidade, além das funções normativa e reguladora do Estado na atividade econômica, previstas no artigo 174, especialmente com a criação das agências reguladoras.

Importante distinguir que para os particulares a vinculação à lei é negativa, ou seja, fazer tudo o que não for proibido, enquanto que para a Administração Pública a vinculação é positiva, fazer apenas o que for determinado pela lei.

Afirma Ronald Dworkin, no prefácio de "O Império do Direito" que "vivemos na lei e segundo o direito", a qual é, ao mesmo tempo, "espada, escudo e ameaça", e que "somos súditos do império do direito, vassalos de seus métodos e ideais, subjugados em espírito enquanto discutimos o que devemos portanto fazer".

2.1 Lei no sentido formal e no sentido material, processo e procedimento legislativo

Em linhas gerais, a lei, no sentido formal, é o ato emanado dos membros do Poder Legislativo, cujos representantes são eleitos pelo voto dos cidadãos de determinado Estado, exsurgindo daí como legítima expressão da vontade desses representados. A lei, no sentido material, é um ato normativo geral, abstrato, obrigatório e permanente, cujo objetivo é ordenar a vida na sociedade.

Nos países que adotam a divisão clássica da tripartição dos poderes, como é o Brasil, é da responsabilidade do Poder Legislativo a atividade de legislar, criando as leis, ressalvadas as atribuições normativas estabelecidas para o Poder Executivo.

O artigo 59 da CR dispõe sobre o processo legislativo, que compreende a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

O processo legislativo pode ser entendido como o conjunto de atos realizados pelo Poder Legislativo para a criação da lei, sendo esses, iniciativa, emenda, votação, sanção e veto, enquanto o procedimento legislativo é a forma como o processo legislativo é realizado.

2.2 A crise da lei, deslegalização e legalidade da atividade administrativa

A crise da lei, entendida em seu sentido formal, pode ser percebida mundialmente, entretanto mostra-se mais evidente nos países de tradição romano-germânica, pois neles o direito é escrito.

Gustavo Binenbojn, em sua obra, Uma Teoria do Direito Administrativo, no capítulo IV, aponta cinco razões para a crise da lei, a saber, inflação legislativa, dessacralização da lei, constitucionalização do direito, deslegalização e presidencialismo de coalizão.

Para o desenvolvimento deste estudo, será analisada a deslegalização, situação tratada por alguns doutrinadores como sendo muito ligada às agências reguladoras, tendo em vista que, na busca da celeridade, eficiência e exigência de maior regulamentação da atividade privada, teria ocorrido a proliferação de atos normativos infralegais, de natureza técnica, para fundamentar sua atuação nessa atividade administrativa indireta.

Além disso, não se pode olvidar que a atuação do Estado deve ser marcada pela vinculação positiva à lei. Entretanto, contemporaneamente, essa legalidade da atividade administrativa é entendida não apenas em face da vinculação à lei, mas também como sua vinculação ao ordenamento jurídico, considerado em sua unidade como um bloco de legalidade, o que vem sendo chamado por alguns doutrinadores como juridicidade administrativa.

Binenbojm destaca que os atos normativos assumiram papel significativo em relação à crise da lei em seu sentido formal e que a legalidade administrativa não se submete apenas à função normativa do Poder Legislativo.

> O que se quer dizer neste ponto é que a lei não basta mais para condicionar e legitimar a atuação administrativa. Daí o movimento, tanto da Constituição quanto do próprio legislador, no sentido de estabelecer novas esferas de normatização dotadas da devida celeridade. Esse Clamor por velocidade e eficiência é bastante explícito no direito administrativo econômico, preocupado com uma eficiente atuação regulatória do Estado. De fato, um Estado que toma para si, a função regulatória deve estar preparado para as inúmeras questões de ordem técnica que devem prontamente ser atendidas. Não sendo a lei formal e a estrutura parlamentar – com o seu moroso processo legislativo – capazes de tratar dessas questões, resta ao Administrador fazê-lo. É absolutamente impossível (e indesejável) que todas as múltiplas atribuições e necessidade de decisões regulatórias pudessem estar previamente determinadas pela lei. Daí a fixação de atribuições normativas diretas para o Poder Executivo, enquanto órgão administrativo por excelência. (BINENBOJM, 2006, p. 134/135)

A legalidade da atividade administrativa, portanto, não está adstrita apenas à Lei formal. A legalidade administrativa está submetida a todo o ordenamento jurídico, com sua vinculação positiva aos princípios e regras constitucionais, como também aos diferentes tipos de atos normativos.

3 A teoria da Integridade de Ronald Dworkin no âmbito do Legislativo

Em sua obra, “O Império do Direito”, Ronald Dworkin (2007) disserta sobre os ideais de uma estrutura política imparcial, citando tais ideais como sendo as virtudes da equidade, justiça e do devido processo legal adjetivo, além de acrescentar a virtude da integridade política. Sobre a virtude da integridade pontua:

> A integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos. Tanto no caso individual quanto no político, admitimos a possibilidade de reconhecer que os atos das outras pessoas expressam uma concepção de equidade, justiça ou decência mesmo quando nós próprios não endossamos tal concepção. Essa capacidade é uma parte importante da nossa capacidade mais geral de tratar os outros com respeito, sendo, portanto, um requisito prévio de civilização. (DWORKIN, 2007, p. 202).

Dworkin continua explanando sobre a integridade, dizendo sobre a existência de dois princípios de integridade política, no âmbito da legislação e no âmbito do julgamento. Para esse estudo, interessa a integridade no âmbito da legislação, a qual é dirigida àqueles que criam o direito, de modo que os legisladores mantenham coerência no conjunto de leis.

Ronald Dworkin escreve em um contexto de Commow Law (direito costumeiro), no qual não existe um regramento jurídico codificado e, dessa forma, existe um protagonismo dos juízes, pois que as decisões judiciais acabam por desenvolverem as regras a serem aplicadas naquela sociedade.

Para Dworkin, a integridade não se confunde com a Justiça e com a equidade, mas está ligada a elas da seguinte maneira: a integridade só faz sentido entre pessoas que querem justiça e equidade.

A teoria da integridade no direito baseia-se no entendimento de que “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (DWORKIN, 2007, p. 272).

Ademais, ressalta que cada cidadão deve ter papel ativo no desenvolvimento de normas públicas para seu Estado. Dworkin pondera sobre a responsabilidade coletiva dos cidadãos na política, que deve expressar a vontade do povo:

> (…) somos autores das decisões políticas tomadas por nossos governantes, ou, pelo menos, que temos boas razões para pensar assim. (…) Esse ideal, porém, precisa de integridade, pois um cidadão não pode considerar-se o autor de um conjunto de leis incoerentes em princípio, nem pode ver tal conjunto como algo patrocinado por alguma vontade geral rousseauniana. (DWORKIN, 2007, p. 229)

O princípio da integridade na legislação reflete essa atuação popular, como também reflete a atuação dos legisladores, os quais devem observar no processo de criação do direito

um sistema único e coerente.

"O princípio legislativo da integridade exige que o legislativo se empenhe em proteger, para todos, aquilo que vê como seus direitos morais e políticos, de tal modo que as normas públicas expressem um sistema coerente de justiça e equidade." (DWORKIN, 2007, p. 266)

4 Agências Reguladoras, breve histórico, descentralização da atividade administrativa e normativa

Desde o século XIX existem registros de criação de agências reguladoras pelo mundo.

Na Inglaterra, em 1834, o Parlamento criou órgãos autônomos com a finalidade de aplicação e concretização de textos legais.

> Nos Estados Unidos, as agências surgiram no fim do século XIX, quando criaram, em 1887, a *Interstate Commmerce Comimission*. A partir de 1930 houve um aumento das agências reguladoras independentes, como instrumento para defesa da sociedade contra o modelo de estado liberal em crise, dando início a uma série de agências, que caracterizam o Direito Administrativo naquele país como o "direito das agências" (CARBONELL e MUÑOZ, 1996, p. 22)

Na década de 1980, as agências americanas detinham poderes para expedir regulamentos com força de lei e esse poder decorria da função normativa delegada às agências pelo Poder Legislativo americano. Todavia, com Reagan, foi modificada sua atuação, aproximando-as da Administração Direta, de modo que começaram a perder poderes de intervenção quanto a agentes privados e seus atos de regulação começaram a ser controlados.

Esses dois países ilustram significativamente sobre as agências, pois foram precursores nessa forma de atuação estatal.

No Brasil, a partir do século XX, constatou-se o crescimento de agências reguladoras na administração pública, e isso se deve ao fato de que a Estado precisava atuar de forma mais rápida e eficiente, o que se mostra incompatível com o então paradigma administrativo.

Daniel Ganem Misse afirma que o modelo regulatório adotado no Brasil foi o inglês e conclui que:

> Destarte, as agências surgem no Brasil como forma de garantia de manutenção dos contratos de concessão com empresas privadas detentoras do direito de exploração dos serviços concedidos pelo Estado, pois, para que a privatização ocorresse, era necessário que, ao realizar a compra, o comprador tivesse garantias de que não haveria quebra de contrato por parte dos governos futuros.
> A delegação da função reguladora do Estado a esses entes serve de garantia ao mantenimento dos contratos de concessão firmados à época da privatização, e o termo "agência" é expressão simbólica da segurança requerida pelo sistema financeiro, como indicador de que esse Estado teria feito as "Reformas necessárias" para que tenha acesso às linhas de crédito e ao Capital Internacional." (MISSE, 2010, p.23)

O fenômeno da "agencificação", caracterizado pelo crescimento quantitativo das agências não só no Brasil, como em vários países, pode ser considerado como decorrência da

globalização.

A descentralização administrativa, através dessas agências reguladoras, "autarquias especiais que desempenham funções administrativas, normativas e decisórias, dentro de um espaço de competências que lhes é atribuído por lei" (BARROSO, 2008), também foi ao encontro de solucionar o aumento da complexidade técnica das relações entre particulares e que são reguladas pelo Estado, exigindo conhecimento especializado.

A Constituição da República prevê, no artigo 174, o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, por si ou através de órgãos/agências para tal finalidade. Também prevê no artigo 21, inciso XI, sobre a criação desses entes reguladores quando estabeleceu a competência da União de explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, inclusive com a criação de órgão regulador, e no §2º do artigo 177 tratou sobre o estabelecimento de estrutura e atribuições de órgão regulador do monopólio da União, sendo criadas respectivamente, a Agência Nacional de Telecomunicações e a Agência Nacional do Petróleo.

As agências brasileiras foram criadas através de leis, a partir de 1997, como autarquias sob regime especial, sendo dotadas de autonomia administrativa, patrimonial e financeira, com dirigentes nomeados pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal, com mandato por prazo fixo.

A Lei Federal nº 13.848, de 25 de junho de 2019, dispõe sobre a gestão, organização, o processo decisório e o controle social destas entidades da administração indireta.

A descentralização da atividade administrativa levou à descentralização normativa pelas agências reguladoras quanto à implementação das diretrizes e políticas públicas traçadas pelo legislador e para a resolução de conflitos entre os agentes econômicos do setor e os consumidores, sendo essa função normativa analisada no próximo tópico.

Antes, porém, colaciono lição de Alexandre Santos Aragão sobre a descentralização normativa:

> A necessidade de descentralização normativa, principalmente de natureza técnica, é a razão de ser das entidades reguladoras independentes, ao que podemos acrescer o fato de a competência normativa, abstrata ou concreta, integrar o próprio conceito de regulação. (ARAGÃO, 2002, p. 414)

4.1 Considerações sobre os regulamentos, regulamento autônomo e a função normativa das agências reguladoras

O regulamento pode ser conceituado como um conjunto de normas, regras e instruções visando à execução de lei. Em regra, são atos normativos subordinados à lei, ditados pela administração pública através do Poder Executivo. Normalmente são veiculados por decretos,

mas não apenas por eles.

Assemelha-se à lei, tendo em vista sua natureza geral, impessoal e abstrata, mas dela também se distingue seja em razão do órgão responsável para seu estabelecimento, seja pela possibilidade da lei inovar no ordenamento jurídico.

A esse respeito, leciona José Afonso da Silva:

> Lei e regulamento são ambos, normas jurídicas gerais e abstratas, obrigatórias e relativamente permanentes. A distinção fundamental, hoje aceita pela generalidade dos autores, está em que a lei inova a ordem jurídico-formal, seja modificando normas preexistentes, seja regulando matéria ainda não regulada normativamente. Ao passo que o regulamento não contém, *originariamente*, novidade modificativa da ordem jurídico-formal; limita-se a precisar, pormenorizar, o conteúdo da lei. É, pois, norma jurídica subordinada. O regulamento tem limites decorrentes do direito positivo. Deve respeitar os textos constitucionais, a lei regulamentada e a legislação, em geral, e as fontes subsidiárias a que ela se reporta. (SILVA, 2006, p. 484)

O poder regulamentar encontra amparo na Constituição, conforme artigo 84, incisos IV e VI.

Neste estudo, merece destaque o regulamento autônomo, previsto no artigo 84, VI, da CR, conforme EC 32/2001. É ato normativo emanado pelo chefe do Poder executivo para disciplinar a administração pública, devendo observar os limites constitucionais. É considerado ato normativo primário, com força de lei.

José Afonso da Silva enfatiza:

> Enfim, regulamentos autônomos são aqueles que demonstram a realidade de um poder regulamentar da Administração. Não há dúvida da existência deste poder quando se trata de regulamentos de organização, onde expressamente não se tenha reservado uma esfera à lei. É o que agora prevê o inciso VI deste art. 84, com a alteração introduzida pela Emenda Constitucional 32/2001. Não será regulamento ilegal se se limitar à esfera de competência própria e privativa do administrador. (SILVA, 2006, p. 485)

Existem divergências doutrinárias quanto aos atos normativos emanados pelas agências reguladoras.

Samantha Ribeiro Meyer-Pflung pontua:

> O poder normativo do Poder Executivo consiste em regulamentar os ditames legais. O regulamento tem uma relação intrínseca com a lei em razão de seu caráter genérico (no sentido material), mas se diferencia dela na exata medida em que carece do caráter inovador das leis, ou seja, ele não tem a capacidade de inaugurar a ordem jurídica.
> (…)
> As agências reguladoras desfrutam de poder normativo, mas essa faculdade não pode ser confundida com a figura do decreto autônomo, pois seus atos devem ter base legal.
> (…)
> Não há como negar que as agências reguladoras têm poder normativo precipuamente para editar normas de caráter técnico, específico, relativos à sua área de atuação. Trata-se de um poder normativo técnico e de caráter complementar. Isso decorre do fato de o legislador não ter condições de descer às minúcias e especificidades técnicas de determinados setores econômicos (…). Tendo em vista justamente a complexidade que envolve esses setores é que se faz necessária a presença de agências reguladoras que normatizem essas questões técnicas e específicas, com efeitos *erga omnes.*

> (...)
> O poder normativo das agências decorre das próprias leis que as instituem, portanto, está-se diante de uma delegação que não é incondicionada, uma vez que há parâmetros estabelecidos nos ditames legais." (MEYER-PFLUNG In MARTINS FILHO, 2011, p. 200/201)

Binenbojm entende que os regulamentos são atos normativos emanados pelo Chefe do Executivo, nas hipóteses previstas constitucionalmente, como também pelas entidades administrativas dotadas de função normativa, como as agências reguladoras, e essa interpretação não deve ser restritiva, tendo em vista a existência de administração pública descentralizada e da atribuição do poder normativo e regulador ao Estado no artigo 174 da CR.

A par dessa diversidade de entendimentos, representados pelos doutrinadores acima descritos e citados como exemplos, não se pode ignorar a função normativa do Estado e, nesse estudo, realizada através das agências reguladoras, bem como que essa função é permeada de conhecimento técnico e é exercido para a implementação das leis, de modo a viabilizar seu cumprimento.

Através da reserva relativa da lei, são estabelecidos parâmetros ou "standards", que permitem a atividade regulamentar da Administração Pública e possibilitam a descentralização administrativa a ser realizada pelas agências reguladoras, inclusive no exercício da função normativa. Vale salientar também que tal atuação é ditada por objetivos e políticas públicas fixados na lei e estabelecidas pela Administração estatal.

Merece registro a ponderação de Henrique Ribeiro Cardoso:

> Os atos normativos das agências reguladoras (…), dando executoriedade às políticas públicas escolhidas, expressas em leis finalísticas, especificarão os direitos e obrigações impostas por lei aos particulares. Note-se que a estatuição primária, autônoma, continua sendo da lei que dita diretrizes/objetivos/princípios (…) os atos normativos de direito regulatório deverão pautar-se pelas finalidades estabelecidas na lei de instituição da referida agência, e deverão atender requisitos formais – respeito a normas do processo de criação – e materiais – atendimento de finalidade específica e proporcionalidade. (CARDOSO, 2010, p. 54).

Apesar de as agências reguladoras produzirem atos normativos com "força de lei" e ser considerada essa função normativa por alguns doutrinadores como deslegalização, não se pode perder de vista que esse poder normativo está adstrito aos limites materiais fixados na legislação do Estado Parlamento.

Feitas essas anotações, cumpre analisar mais detidamente a relação entre o princípio da legalidade e a função normativa das agências reguladoras à luz da teoria da integridade no âmbito do Legislativo para verificar sobre a legitimidade desse atos normativos.

4.2 O princípio da Legalidade e a função normativa das Agências Reguladoras à luz da

Teoria da integridade no âmbito legislativo de Ronald Dworkin

No Brasil, como em muitos outros países, não se têm um código de Direito Administrativo. A Constituição da República de 1988 mostra-se como cerne desse sistema, integrado por normas esparsas de distintos graus hierárquicos.

Na seara do Direito Administrativo, o conteúdo das leis, não raramente, remete à implantação de políticas públicas e aos limites de intervenção do Estado na vida de seus cidadãos.

O Princípio da Legalidade é da essência da atividade administrativa, uma vez que na Administração Pública só é permitido fazer o que a legislação autoriza, tratando-se de vinculação positiva à lei.

Nos últimos anos constata-se o crescimento da regulação estatal através das agências reguladoras nas relações entre particulares.

A função normativa do Estado na atividade econômica, através das agências reguladoras, está atrelada às diretrizes, objetivos e políticas públicas desenvolvidas pela entidade.

Em "Levando os direitos a sério", Ronald Dworkin conceitua "política" como sendo "aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade" (DWORKIN, 2002, p. 36).

Nessa linha de raciocínio, a função normativa das agências reguladoras revela a elaboração de normas destinadas às políticas públicas do setor, mas sem se afastar do ordenamento jurídico, entendido como o conjunto de regras e princípios constitucionais e outras leis esparsas aplicáveis.

Essa competência normativa das agências reguladoras é um tema de grande importância no direito administrativo contemporâneo, exsurgindo daí a ampliação do debate doutrinário a respeito da crise da lei e de inúmeros julgamentos quanto à repercussão dessa atuação normativa em relação aos princípios da legalidade e da separação dos poderes e quanto à legitimidade ou não dessa função e validade de seus atos normativos.

Gustavo Binembojm trata do princípio da legalidade em relação às agências reguladoras:

> A legalidade administrativa se presta não apenas a proteger a liberdade dos indivíduos (CF, art. 5º, II) como para limitar a atuação da autoridade administrativa (CF, art. 37, caput). A dupla alusão ao princípio da legalidade na Carta de 1988 – no art. 5º, II, e no art. 37, caput – não é, portanto, ociosa. É que, enquanto para os particulares legalidade significa poder fazer tudo que a lei não proíbe (art. 5º, II), para a Administração Pública legalidade significa só poder fazer o que a lei prescreve. A lei serve, assim, de limite e condição para o legítimo exercício da atividade

> administrativa. Por isso se costuma dizer que, em Direito Administrativo, a legalidade se apresenta como uma vinculação positiva à lei: a norma legal cumpre o duplo papel de servir de fundamento de validade para a ação do administrador e, ao mesmo tempo, o de traçar os limites da sua atuação.
> A circunstância de as agências reguladoras gozarem de um acentuado grau de autonomia não tem o condão de subverter a clássica hierarquia existente entre atos legislativos e atos administrativos. Em última análise, todo e qualquer ato emanado de órgão ou entidades da Administração Pública está sujeito ao princípio da legalidade, inscrito no artigo 37, caput, da Constituição da República. (BINENBOJM, 2006, p. 156).

É legítima, portanto, a função normativa outorgada à Administração e realizada pelas agências reguladoras, quando as mesmas observam os *standards* (parâmetros) definidos na lei, na medida que elas exercem tal competência em conformidade com a vontade do legislador, para o alcance das finalidades, diretrizes e políticas públicas por ele almejadas, sendo válidos os atos normativos delas emanados nessas circunstâncias.

A ação normativa das agências é limitada pelo Princípio da Legalidade/ reserva relativa da lei.

Aliás, pelo princípio da legalidade, as agências reguladoras não possuem função de estabelecer norma jurídica que não tenha sido prevista anteriormente pelo Poder Legislativo, uma vez que sua atuação está subordinada à legislação vigente.

A previsão de uma hipótese de incidência a que se vincula um mandamento é próprio da Lei e a essência do princípio da legalidade é impor sua observância, cabendo às agências a complementação técnica típica de sua área de atuação. Não se cria, portanto, direito novo, ao contrário, observa-se o direito posto no ordenamento jurídico.

Nessa ordem de ideias, é da estrita observância das diretrizes e limites da lei que exsurge a legitimidade e validade de atos decorrentes da função normativa das agências no exercício da regulação das relações entre o administrado e o Poder Público.

O Supremo Tribunal Federal tem decidido nesse sentido, sendo oportuno colacionar trecho da ementa da ADI 4093, da relatoria da Ministra Rosa Weber, cujo julgamento ocorreu em 24.09.2014, com publicação no DJe de 17/10/2014:

> Às agências reguladoras não compete legislar, e sim promover a normatização dos setores cuja regulação lhes foi legalmente incumbida. A norma regulatória deve se compatibilizar com a ordem legal, integrar a espécie normativa primária, adaptando e especificando o seu conteúdo, e não substituí-la ao inovar na criação de direitos e obrigações. Em espaço que se revela qualitativamente diferente daquele em que exercida a competência legiferante, a competência regulatória é, no entanto, conformada pela ordem constitucional e legal vigente. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2014, p. 2)

Binenbojm trata a vinculação da atividade administrativa ao ordenamento jurídico como um bloco de legalidade e não apenas a uma lei formal, sendo de rigor que as normas guardem coerência entre si.

> Com efeito, a vinculação da atividade administrativa ao direito não obedece a um esquema único, nem se reduz a um tipo específico de norma jurídica – a lei formal. Essa vinculação, ao revés, dá-se em relação ao ordenamento jurídico como uma unidade (Constituição, leis, regulamentos gerais, regulamentos setoriais), expressando-se em diferentes graus e distintos tipos de norma, conforme a disciplina estabelecida na matriz constitucional.
> A vinculação da Administração não se circunscreve, portanto, à lei formal, mas a esse bloco de legalidade (o ordenamento jurídico como um todo sistêmico) (...)" (BINENBOJM, 2006, p.142)

A Teoria da Integridade no âmbito do Legislativo corrobora esse entendimento, no sentido de que a integridade pressupõe que os atos normativos sejam criados e vistos expressando um sistema de normas jurídicas coerentes.

Com base nisso, as agências reguladoras devem ser agentes estabilizadores da ordem econômico-social, cuja função normativa é norteada pela vinculação positiva ao ordenamento jurídico, compreendido como normas constitucionais e infraconstitucionais, em um sistema único de legalidade, no qual as normas guardam coerência e integridade entre si, conforme teoria desenvolvida por Ronald Dworkin, observando-se os *standards* (parâmetros) definidos nessa ordem jurídica e, portanto, não há que se falar em crise da lei pela deslegalização.

5 Considerações finais

Diante do exposto, é possível constatar que não se pode ignorar a função normativa das agências reguladoras na atividade econômica, bem como que essa função é permeada de conhecimento técnico e é exercida para a implementação da legislação, de modo a viabilizar seu cumprimento, sendo que, através da reserva relativa da lei, são estabelecidos parâmetros ou "standards", que permitem essa atividade regulamentar da Administração Pública e possibilitam a descentralização administrativa.

A função normativa das agências reguladoras deve ser limitada pelo Princípio da Legalidade, no sentido da vinculação da atividade administrativa ao ordenamento jurídico, constituído de leis de diferentes graus, normas e princípios constitucionais, como sendo um bloco de legalidade, que devem guardar coerência e integridade entre si, à luz da teoria da integridade no âmbito do Legislativo desenvolvida por Ronald Dworkin.

Além disso, a despeito de opiniões em contrário, descabe falar que a função normativa das agências reguladoras tem provocado crise da lei pela deslegalização, tendo em vista sua subordinação à ordem jurídica vigente, podendo-se afirmar que é legítima a função normativa outorgada à Administração e realizada pelas agências reguladoras, quando as mesmas observam os *standards* (parâmetros) definidos na lei, na medida que elas exercem tal competência em conformidade com a vontade do legislador, para o alcance das finalidades por

ele almejadas, sendo válidos os atos normativos delas emanados.

Referências Bibliográficas

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional – volume III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 125/191

BINENBOJM, Gustavo. **Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil.** In BINEMBOJM, Gustavo (Coord.). Agências Reguladoras e Democracia. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil**. Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: https://bit.ly/44oPk25. Acesso em: 27 de agosto de 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasil, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 de agosto de 2023.

CARBONELL, Eloísa Porras; MUÑOZ, José Luis Muga. ***Agencias y procedimiento administrato em Estados Unidos de América***. Madri: Marcial Pons, 1996, p. 22.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. Controle da Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Princípio da legalidade**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire

(coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/86/edicao-2/principio-da-legalidade

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da Constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. Atualidades Jurídicas – **Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**, Belo Horizonte, ano 2, n.2, jan./jun. 2012. Disponível em: http://www.bidforum.com.br

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** Tradução de Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: Law's Empire

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MESQUITA, A. A. P. O papel e o funcionamento das Agências Reguladoras no contexto do Estado brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 166, p. 23–39, 1 jun. 2005. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/428

MEYER-PFLUNG, Samantha Ribeiro. As Agências Reguladoras no Brasil e seu Poder Normativo. In MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva e MEYER-PFLUNG, Samantha Ribeiro (Coords). **A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: condições e limites**. São Paulo: Ltr, 2011

MISSE, D. G. História e Sentido da Criação das Agências Reguladoras no Brasil. **XIV Encontro Regional de História - ANPUH-Rio - Memória e Patrimônio**, 19 jun. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasília). **Ação Direta De Inconstitucionalidade 4.093** . Ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo governador do estado de são paulo. Lei estadual nº 12.623/2007. Disciplina do comércio de artigos de conveniência em farmácias e drogarias. Usurpação da competência da união. IMPROCEDÊNCIA. Brasília, 24 set. 2014. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur280992/false. Acesso em: 20 jan. 2025.

ZANETI JR, Hermes. Notas sobre o processo coletivo e os casos repetitivos no sistema do novo CPC/2015. Comentários ao art. 928. **Revista forense: doutrina, legislação e jurisprudência**, Rio de Janeiro, v. 111, n. 421, 2015.