

Artigo retirado de:

ARANHA, M. I. *Poder normativo do Executivo e teoria da regulação*. In: *Notícia do Direito Brasileiro* 9: 135-154, 2002.

Poder normativo do Executivo e Teoria da Regulação

Márcio Iorio Aranha

Sumário

As novas perspectivas abertas pela política pública setorial no Brasil.....	1
Teoria da Regulação	5
Função normativa conjuntural do Executivo.....	6
Atividade normativa do Executivo e o princípio da separação de poderes.....	6
Atividade normativa do Executivo e o princípio da legalidade	10
Atividade normativa do Executivo e entes administrativos autônomos.....	11
Bibliografia.....	13

As novas perspectivas abertas pela política pública setorial no Brasil

Aspectos novos de fenômenos antigos. Eis o objeto deste estudo: enfrentar a temática tão pouco aprofundada do poder normativo do Executivo frente à reestruturação do direito administrativo, que responde às demandas de celeridade e gerenciamento normativo da realidade principalmente no tocante aos conceitos de serviços públicos e privados.

A razão de se estar ressuscitando a temática do *poder normativo* encontra-se na mudança de perspectiva de *política pública* do Estado brasileiro, que, paulatinamente, nos diversos setores da economia, a partir de meados da década de 1990, intensificou a transferência da prestação de serviços públicos para as mãos particulares, reservando para si o controle normativo. Em outras palavras, o Estado brasileiro, desde então, vem consolidando um modelo descentralizado de regulação operacional associado a uma regulação normativa centralizada em superestruturas tecno-administrativas autônomas chamadas agências reguladoras. A política pública setorial deixou de concentrar no Estado a operacionalização dos serviços, mas, em troca, incrementou a normatização dos setores de atividades relevantes.

Alterada a perspectiva no tratamento da política pública setorial, o processo de **flexibilização do direito administrativo** foi acelerado, revelando consigo temas que passaram despercebidos enquanto o estudo jurídico não se via ameaçado por novas demandas de otimização e dinamização do acompanhamento administrativo dos serviços públicos.

O fenômeno da *publicatio*¹, predominante na história administrativa brasileira do século XX, de nítida tradição francesa, em razão do então antagonismo liberal entre Estado e Sociedade, evidenciou tratamentos jurídicos *estanques* entre o serviço considerado *público* e o *privado*. Esgotadas as forças liberais de divisão precisa entre papel estatal e liberdade individual, o serviço *reservado* ao Estado deixou de carregar o caráter de exclusividade ao mesmo tempo que a atividade privada passou a comportar interferências públicas, ambos cedendo espaço ao conceito anglo-saxão de *atividade regulamentada*².

Enquanto, no campo do tratamento jurídico dos direitos fundamentais, a passagem do Estado Liberal ao Social produziu claras transformações de pontos de vista, obrigando o mundo jurídico a contemplar a face objetiva de concretização dos direitos ao lado da face subjetiva de sua pura titularização, no que diz respeito à postura estatal frente aos setores da economia, o efeito foi exatamente inverso de fortalecimento do movimento liberal de separação entre o público e o privado, agora sob o enfoque da prestação estatal de utilidades, ampliando-se, consideravelmente, o rol de atividades reservadas ao Estado como forma do Estado arrogar a si as necessidades da coletividade para promoção do bem-estar. Isso explica o fato da persistência, no Estado Social, de efeitos segregadores oriundos do liberalismo.

O fenômeno de prestação de serviços e sua normatização não foi enfraquecido pelo pensamento social como ocorreu com a visão individualista dos direitos fundamentais. Nestes, a evolução concreta das tensões sociais exigiu participação ativa estatal para reequilibrar as situações jurídicas individuais, facultando a todos usufruir das previsões abstratas de direitos. Para consecução destes objetivos, embasado na tradição francesa de segregação dos serviços, o Estado assumiu setores de atividades econômicas, buscando compensar o déficit de acesso da população a utilidades básicas. Não se quer dizer, com isso, que o caminho escolhido revelou-se inadequado, pois ele foi fundamental para correção de distorções odiosas nascentes da insensibilidade estatal. Quer-se, simplesmente, identificar, na tradição liberal de afastamento entre Estado e Sociedade, a origem da segregação entre serviços públicos e privados como compartimentos estanques do sistema normativo brasileiro. Isso não significa a eliminação da distinção entre os conceitos de *público* e de *privado*, pois o que caracteriza o direito de matriz francesa é exatamente a submissão da Administração a um direito *especial* destacado do direito *comum*³, mas a compreensão de que a característica pública ou privada não está eternamente amarrada a um determinado serviço, que pode perder sua essencialidade com o tempo ou ganhá-la. Além disso, a compreensão de que um mesmo rol de serviços pode conter âmbitos de prestação públicos convivendo com formas de prestação privadas revela a complexidade da dinâmica regulatória.

O pensamento *complementar* deve reger a aplicação dos dispositivos normativos à realidade de prestação de serviços, possibilitando a ponderação constante de sua essencialidade para a coletividade. Enquanto os serviços forem definidos, *a priori* e *ad eternum*, como públicos ou privados, a realidade de aplicação do direito continuará distoando muito da previsão normativa. Para que se possa fugir da decisão

¹O termo *publicatio* é utilizado para denotar a transferência da titularidade de atividades das mãos privadas para o Estado.

²Cf. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Teoria dos serviços públicos e sua transformação*, p. 64. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 39-71.

³Sobre as características e distinções entre o Direito Administrativo anglo-americano e o Direito Administrativo de matriz francesa, vide: PESSOA, Robertônio. **Curso de direito administrativo**. Brasília: Editora Consulex, 2000, p. 51-58.

casuística e não-programada, mas pressionada pela realidade, o direito deve incorporar a maleabilidade não de aplicação dos seus preceitos, mas de percepção da realidade. Os serviços mudam e as necessidades da coletividade também. De que adianta fincar-se a bandeira do serviço público em utilidades que sofrem defasagem de interesse social em curto espaço de tempo. É o direito tramando contra sua própria função de orientador de condutas. Um serviço hoje tido por essencial – portanto público –, como a telefonia fixa, pode perder seu *status* ou ombrear com outros serviços mais abrangentes, como promete o fenômeno da *convergência tecnológica* no âmbito das telecomunicações. O ordenamento jurídico petrificado ostentaria um serviço morto como *palavra de ordem* publicista e o restante dos serviços restaria abandonado a sua própria fortuna pelo simples fato de que a imprecisão terminológica entre serviços públicos e privados decorre exatamente da procura exagerada por uma definição eterna e universal do que é público, acorrentando-o em dispositivos exclusivistas.⁴ Atente-se, por fim, para o fato de que não se está propondo extinção da distinção entre regimes público e privado⁵, mas a simples possibilidade de que seus objetos – serviços públicos e privados – sejam melhor ponderados e atualizados às transformações ínsitas à regulação setorial e que não se rendam a definições simplistas⁶, que substituem a maleabilidade jurídica pela imprecisão terminológica apta às *negociações privadas da esfera pública*.⁷

O que se apresenta hoje é mais uma etapa de *reaproximação*, que demanda correspondência no ordenamento jurídico mediante *flexibilização do direito administrativo*. Se por um lado, a prestação exclusiva dos serviços públicos pelas mãos do Estado sofreu críticas de eficiência, universalização e modicidade de tarifas, por outro lado, a complexidade dos setores de atividades e de suas interrelações levaram o Estado a repensar o benefício do sistema exclusivista e segregador entre serviços públicos e privados. A partir daí, a transformação do modelo dispôs-se à *coexistência* de regimes jurídicos no mesmo rol de serviços para congregar a dinâmica, eficiência e concorrência de preços com o desígnio público de universalização e continuidade. A etapa atual da regulação foi o caminho aberto para *compatibilizar* dois sistemas, cuja convivência parecia inaceitável no modelo anterior de absoluto antagonismo Estado-

⁴“A frustração com estas categorias ubíquas [de público e privado] surge parcialmente porque elas são posicionadas para descreverem oposições em nosso pensamento. No cerne de muitas de suas aplicações aparecem as duas idéias de que o *público* está para o *privado* tal como *aberto* está para *fechado* e como o *todo* está para a *parte*.” – tradução livre do original (STARR, Paul. *The meaning of privatization*. p. 16. In: KAMERMAN, Sheila B. & KAHN, Alfred J. *Privatization and the Welfare State*. Princeton: Princeton University Press, 1989).

⁵Como comentado linhas atrás, o nosso sistema administrativo é de tradição francesa e, portanto internaliza em sua própria essência a divisão entre regimes jurídicos público e privado.

⁶O conceito de *serviço público* como o “serviço disponível ao público” serviu à justificação da *provisão privada de serviços públicos* sob a óptica econômica de estratégias de fomento do mercado, mas não se adequa nem satisfaz as exigências jurídicas de orientação da prestação de serviços públicos e privados. Conferir: ROTH, Gabriel. *The private provision of public services in developing countries*. Washington: Economic Development Institute, 1987, p. 1.

⁷Os desvios dos esforços públicos brasileiros por interesses *particularistas* revela-se na assertiva de que o “individual sempre esteve, entre nós, inserido no Estado, de modo a conformar e a determinar o interesse público (...) A segmentação do Estado brasileiro é um dos aspectos de sua tão decantada ‘privatização’, isto é, da sua incapacidade de discriminar os interesses particularistas e de fixar políticas em nome do interesse geral (...) Quando falamos em privatização do Estado estamos, na verdade, restringindo a abrangência do fenômeno de privatização do espaço público, muito mais profundo do que a simples invasão de interesses nas esferas de decisão estatal. As outras dimensões do público estão também carcomidas pela ética privatista.” (BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Melo; GRAU, Eros Roberto. *A corrupção no Brasil*. p. 7; 15; 17-18. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte: UFMG, n.º 80, janeiro de 1995, p. 7-20).

Sociedade⁸. A partir de agora, a Sociedade, por suas instituições, passaria a atuar decisivamente no desenvolvimento setorial, potencializando a transformação de uma realidade, por si só, dinâmica. Presente, diretamente, na prestação dos serviços, o Estado não pôde sozinho responder às demandas da rápida evolução social. A flexibilização do direito administrativo desloca o Estado para o *intervencionismo indireto*, que exige maior poder normativo e certas instituições coerentes com o novo modelo de prestação de serviços públicos, tais como as agências reguladoras ou qualquer outro nome que se queira dar a superestruturas técnico-administrativas autônomas.

Nada revela melhor a atualidade das observações anteriores que a polêmica instaurada a respeito do tratamento constitucional da *autorização* de serviços, questão de cuja solução dependerá, em grande medida, a determinação dos rumos regulatórios estatais. Em outras palavras, a depender da função encontrada para a *autorização* prevista nos artigos correspondentes à distribuição de competências entre os entes federados, poder-se-á tratar dos serviços correspondentes nos regimes público e privado, ao invés de relegá-los, na sua íntegra, à exclusividade do tratamento público. A discussão do conceito de *autorização* na CF/88 existe em razão da incongruência constitucional no emprego da terminologia. Enquanto o art. 175 trata da prestação dos serviços públicos por *concessão* ou *permissão*, os arts. 21, XI e XII e 223 prevêm serviços titularizados pela União, mas passíveis de prestação indireta sob os regimes de *concessão*, *permissão* ou *autorização*. As hipóteses interpretativas podem ser resumidas nas seguintes: a) o art. 175 teria estabelecido requisitos específicos para prestação de serviços públicos em regime de concessão e permissão, remetendo, implicitamente, o tratamento dos serviços públicos prestados por meio de autorização às regras gerais do regime público; b) a previsão de autorização para os serviços titularizados pela União estaria em conflito com o previsto no art. 175; c) a previsão de autorização para prestação de serviços titularizados por um ente político estaria a indicar a coexistência entre serviços públicos (concessão e permissão) e atividades econômicas (autorização) no mesmo rol de atividades⁹. A par destas considerações, há ainda crítica à aplicação prática do instituto da *autorização*, que, embora qualificado pela doutrina tradicional como ato unilateral, discricionário e precário, apresenta, na Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), característica de *vinculação*, que seria própria da *licença*.¹⁰ Não se deve esquecer, todavia, que a base argumentativa contra o uso do instituto da autorização para atividades econômicas assenta-se no impreciso termo *discricionariedade* e na insistência de que aquele instituto terá significado eternamente unívoco. A Constituição não esgota o sentido, nem limita de forma apriorística e precisa, a autorização. Ela dificilmente dará a solução didática e unívoca para satisfação do intérprete. Ela, muito menos, se arvora na condição de carrasco da evolução do direito. Isso não quer dizer que toda a normação infraconstitucional esteja livre para

⁸Daí a afirmação de Eros Roberto Grau de que “a *privatização* dos *serviços públicos* instala um autêntico caos em suas teorizações [do direito administrativo], abalando a própria noção de *serviço público*, que lhe tem servido de sustentáculo” (GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3ªed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 125).

⁹Autorização seria, neste caso, o “ato do Poder Público que libera o desempenho de atividade econômica, a qual continua sujeita ao seu regime próprio, de direito privado” (NETO, Benedicto Porto. **Concessão de serviço público no regime da Lei n. 8.987/95: conceitos e princípios**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 140). Os arts.126 e 131 da Lei Geral de Telecomunicações são exemplos característicos desta concepção: “Art.126. A exploração de serviço de telecomunicações no regime privado será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica”. “Art.131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias”.

¹⁰Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 3ªed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 122-129.

criar, mas não se pode utilizar da Constituição para embasamento de argumentos totalizantes, que retiram da discussão jurídica o ensaio de soluções melhoradas e desviam a atenção dos aplicadores do direito.

Teoria da Regulação

Independente do posicionamento jurisprudencial e doutrinário a se cristalizar no ordenamento jurídico brasileiro sobre o papel das instituições de direito administrativo na regulação setorial, todo o questionamento acerca de novas formas de tratamento jurídico-administrativo voltadas aos setores econômicos revela especialização suficiente para a cogitação de um ramo de estudos direcionado às especificidades da política pública setorial, embora também voltado a temas correlatos de regulação geral e regional.

Presentes elementos comuns que viabilizem uma visão mais ampla e construtiva do fenômeno setorial, revela-se a consciência de que o novo campo foi aberto pela própria dinâmica jurídica em sintonia com a evolução social. O direito da regulação está, portanto, à procura de índices distintivos de seu estudo, cujo ponto de partida vê-se orientado à formulação de *instituições intersetoriais comuns* aptas a retratarem um ramo de conhecimento útil à compreensão e solução de questões alinhadas à regulação.

Algumas considerações já podem ser encontradas sobre o tema¹¹. Enumera-se, como princípio intersetorial do modelo *atual* de regulação voltado à competição, a *desintegração vertical*¹² entre infra-estruturas de uso comum e serviços singularizados, que ameaça entrar no vocabulário nacional sob a insígnia de *unbundling*, viabilizando a chamada *transparência informativa*, veículo necessário ao controle das *subvenções cruzadas*. A estes, pode-se acrescentar a *conexão de infra-estruturas* e a *compatibilização de regimes jurídicos*, que permite a distinção entre os serviços públicos – essenciais, universais, contínuos e subsidiados por fundos – e os serviços privados sujeitos a efetivos dissabores de riscos de mercado¹³.

Seria melhor, no entanto, tentar assentar instituições verdadeiramente gerais norteadoras da regulação, que não pactuassem com ideologias ocasionais de escolha do melhor direcionamento econômico da atividade, pois, se se quisesse preencher o rol de princípios intersetoriais enunciados no parágrafo anterior, dever-se-ia começar pela própria *concorrência* como requisito do modelo atual. O esforço de identificação destes índices de regulação setorial dos *nossos tempos* em detrimento de índices gerais é, certamente, meritório e importante para o desenvolvimento do pensamento setorial, mas não pode macular a regulação com o estigma – certo ou errado segundo cada ideologia

¹¹Cf. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Teoria dos serviços públicos e sua transformação*, p. 62. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 39-71.

¹²Exemplo esclarecedor da *desintegração vertical* consta em Grotti: “É o que já ocorre, no Brasil, com os serviços de navegação aérea ou de transporte rodoviário: os aeroportos e rodovias são objeto de monopólio natural, atividade não-competitiva de infra-estrutura; essa infra-estrutura é utilizada, com liberdade e igualdade de acesso, pelos inúmeros prestadores de serviço individuais” (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Teoria dos serviços públicos e sua transformação*, p. 63. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 39-71).

¹³Fala-se, aqui, em *riscos* do serviço privado em si: se o serviço deixar de ser prestado, o Estado não intervém para prestá-lo ele próprio. Não se está comentando o risco dirigido ao prestador do serviço, pois, neste caso, mesmo o prestador de serviços públicos está sujeito ao *risco* natural do negócio. A propósito, as definições de *concessão* e *permissão* na Lei Geral de Concessões determinam que o concessionário e permissionário de serviços públicos os prestarão por “sua conta e risco” (art. 2º, II, III e IV da Lei 8.987/95).

que o analisa – da competição e orientação pelo mercado. As instituições de regulação devem ser aptas à aplicação isenta das estações de humor político, embora conscientes de sua presença no jogo político e de seus reflexos no ordenamento jurídico. Em outras palavras, dizer que a ‘convivência de regimes jurídicos em um mesmo rol de atividades’ ou a ‘desagregação vertical’ são instituições intersetoriais significaria optar pela segunda das seguintes formas de regulação existentes: regulação pelo mercado, em que se confia na *densidade da concorrência* para corrigir distorções; regulação por órgãos reguladores, em que se criam superestruturas estatais técnicas para acompanhamento setorial; regulação por contrato, que se satisfaz com regras contratuais acordadas caso a caso. Esta opção dependerá das *peculiaridades de cada modelo regulatório*¹⁴, e daí não participar do conceito geral de direito da regulação, muito embora deva ser por ele estudada a depender da realidade de fato implementada em cada país.

Deve-se, portanto, entender a regulação por suas instituições básicas para, a partir deste núcleo de significado, expandir o conhecimento geral, regional ou setorial a princípios comuns, como os dirigidos à regulação setorial vigente – competição, desintegração vertical, coexistência de regimes jurídicos, transparência informativa, dentre outros. Consciente do dever de suscitar o estudo da regulação, apontam-se, como instituições básicas de teoria da regulação, os conceitos de gerenciamento normativo da realidade, regulamentação, outorgas de serviços e fiscalização. Todos estes são compatíveis à dinâmica vislumbrada com a evolução do direito administrativo para o acompanhamento cotidiano das transformações nas atividades de interesse público.

Tais instituições propriamente de regulação abrem espaço para políticas públicas que não estejam integralmente entregues ao ideal de otimização funcional por intermédio da livre concorrência. Uma teoria jurídica de caráter generalizante não serviria a seus propósitos se inviabilizasse sua adequação a tipos de regulação fundados em pressupostos de política pública distintos. Em outras palavras, não se está a propor uma *teoria da regulação* que esteja comprometida com ideais, sejam estes de competição ou de monopólio, de mercado ou de planejamento, mas como instrumento de reunião dos sucessos e fracassos das políticas públicas de fontes ideológicas distintas. Propõe-se, enfim, uma teoria da regulação que, de fato, sirva de seara de discussão e oriente quem não se rende a argumentos unificadores, destruidores da diversidade de pontos de vista e de experiências que fazem da evolução social superior à profusão de ciências.

Função normativa conjuntural do Executivo

Atividade normativa do Executivo e o princípio da separação de poderes

A hipótese de que teria havido, no curso da criação das agências reguladoras, transferência de poderes normativos do Legislativo para o Executivo, ferindo, assim, a cláusula pétreia constitucional brasileira da **separação de poderes**

¹⁴Cf. STRAUBHAAR, Joseph. *Tendências mundiais*, p. 47. In: SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. **Telecomunicações: privatização ou caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993, p. 42-47. Relatando as esperadas diferenças entre modelos regulatórios no mundo, cita, em 1993, a experiência da Jamaica, que optara por *contratos detalhados* ao invés da criação de órgãos reguladores.

despreza a evolução de seu sentido histórico sintetizada em Montesquieu¹⁵ e fundamentada nas abordagens dadas por Aristóteles¹⁶, Bolingbroke¹⁷ e Locke¹⁸.

Dentre as atividades entregues ao Executivo por Montesquieu, estão as *ações momentâneas* ou *instantâneas*¹⁹, que são, portanto, conjunturais, dinâmicas, instáveis. A *capacidade normativa de conjuntura* de que fala Eros Roberto Grau²⁰ está inserida no contexto de produção normativa por órgãos e entes da Administração para o fim de acompanhamento setorial, exercendo, com isso, função própria – não delegada –, pois inerente à condição dinâmica e flexível do Poder Executivo. Assim, o Executivo exerce *função normativa*, que difere da *função legislativa*. Esta última é definida a partir de critério *subjetivo* – orgânico ou institucional –, em que vale mais para sua definição o conjunto dos atores do Poder Legislativo que propriamente sua função²¹. Já

¹⁵MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **O espírito das leis**. 2ªed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 118-119.

¹⁶Aristóteles divide em três partes as que devem compor as formas de constituição encarregadas de: deliberação sobre assuntos públicos; funções públicas (executivas); e do poder judiciário. Cf. ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Mário da Gama Kury, 3ªed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 151-160.

¹⁷Apontado como o inaugurador da *doutrina teórico-constitucional do equilíbrio dos poderes*, Bolingbroke a enunciou em escritos exparsos: cf. SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Trad. Francisco Ayala, Madri: Alianza Editorial, 1992, p. 187.

¹⁸Locke ultima a divisão de funções em divisão de poderes legislativo de um lado e executivo e federativo de outro. Cf. LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Trad. E. Jacy Monteiro, São Paulo: Instituto Brasileiro de Difusão Cultural, 1963, p. 91-93 (Coleção Clássicos da Democracia 11).

¹⁹Cf. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **O espírito das leis**. 2ªed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 121.

²⁰Quando o direito passa a funcionar como instrumento de implementação de políticas públicas (regulação não exclusivamente de situações estruturais mas conjunturais), “o direito torna-se contingente e variável. A ‘lei’, texto normativo produzido pelo Legislativo, não pode mais ser tomada como categoria absoluta: é necessário, mais do que nunca, distinguir entre *lei em sentido formal* e *lei em sentido material*. Interpenetram-se os campos de atuação do Executivo e do Legislativo: aquele a exercitar, amplamente, *função normativa*; este, a produzir *leis-medida*. A leitura tradicionalmente desenvolvida da ‘separação dos poderes’ perde todo o seu sentido” (GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3ªed., São Paulo: Malheiros, p. 136). E continua em outro capítulo: “a instabilidade de determinadas situações e estados econômicos, sujeitos a permanentes flutuações – flutuações que definem o seu caráter conjuntural –, impõe sejam extremamente flexíveis e dinâmicos os instrumentos normativos de que deve lançar mão o Estado para dar correção a desvios ocorridos no desenrolar do processo econômico e no curso das políticas públicas que esteja a implementar. Aí, precisamente, o emergir da *capacidade normativa de conjuntura*, via da qual se pretende conferir resposta à exigência de produção imediata de textos normativos, que as flutuações da conjuntura econômica estão a todo o tempo, a impor (...) [Dita capacidade normativa] somente estará unida de legalidade quando e se ativada nos quadrantes da lei (...) O exercício da *capacidade normativa de conjuntura* estaria, desde a visualização superficial dos arautos da “separação” de poderes, atribuído ao Poder Legislativo, não ao Poder Executivo. A doutrina brasileira tradicional do direito administrativo, isolando-se da realidade, olímpicamente ignora que um conjunto de elementos de índole técnica, aliado a motivações de premência e celeridade na conformação do regime a que se subordina a atividade de intermediação financeira, tornam o procedimento legislativo, com seus prazos e debates prolongados, inadequado à ordenação de matérias essencialmente conjunturais. Por isso não estão habilitados, os seus adeptos, a compreender o particular regime de direito a que se submete [um] segmento da atividade econômica” (GRAU, Eros Roberto. op.cit., p. 172-173). Não se pode olvidar, no entanto, que essa argumentação implica o reposicionamento do Legislativo à semelhança da desregulamentação exigida na proposta neoliberal: “substituição de regras rígidas, dotadas de sanção jurídica, por regras flexíveis, meramente indutoras de comportamentos”, gerando “ampliação do conteúdo dos regulamentos (atos do Poder Executivo em geral), instalando uma nova contradição” (GRAU, Eros Roberto. op.cit., p. 98).

²¹“A classificação das funções estatais em *legislativa*, *executiva* e *jurisdicional* é corolário da consideração do poder estatal desde o seu aspecto *subjetivo*: desde tal consideração, identificamos, nele, centros ativos que são titulares, precipuamente, de determinadas *funções*. Estas são assim classificadas em razão das finalidades a que se voltam seus agentes – isto é, finalidades *legislativas*, *executivas* e

a *função normativa* é divisada não a partir dos Poderes estatais – Legislativo, Executivo, Judiciário –, mas das matérias neles inseridas sem caráter de exclusividade. Tanto é assim, que a Constituição Federal de 1988 enuncia, em diversos dispositivos, os *atos normativos* dos três poderes (CF/88: art. 49, V; art. 97, *caput*; art. 102, I, *a*; art. 102, §2º; art. 103, §3º; art. 125, §2º; art. 169, §4º). Não se olvida o fato de que as ações abstratas de análise da constitucionalidade de *atos normativos* não podem ser suscitadas contra *regulamentos* em geral do Poder Executivo²², mas a razão deste posicionamento do STF está na questão estrutural em jogo: o juízo destas ações é de constitucionalidade enquanto a análise dos regulamentos é de legalidade. Dessa forma, o termo *ato normativo* dos artigos correspondentes ao controle abstrato de constitucionalidade inscritos na CF/88 não está excluindo os regulamentos por não serem prescrições normativas mas em razão do requisito do juízo de constitucionalidade da medida.²³ Além disso, se há *atos normativos com força de lei* para os fins de questionamento de constitucionalidade e de competência do STF²⁴, é porque há *ato normativo* sem força de lei no sistema jurídico brasileiro. Não há, portanto, delegação de poderes, em sentido próprio, mas utilização de função normativa originariamente atribuída ao Executivo. Isso não significa que ele possa exercê-la quando quiser e independentemente de prévia atuação legislativa. O sistema constitucional brasileiro, em razão das vinculações estruturais da separação de poderes, impõe que o espaço normativo do Executivo esteja previamente aberto por dispositivo de lei e daí a característica de *fonte secundária* a seguir esmiuçada.²⁵ Esse raciocínio evita a perplexidade comumente verificada na análise da jurisprudência norte-americana ao constatar que o princípio básico de proibição de delegação funcional entre os poderes (*non-delegation*) somente é aplicado em *casos extremos*.²⁶ São *extremos* porque *excepcionais*, já que os demais casos tidos como de aplicação tímida do princípio, na verdade são de utilização de competência própria do Executivo.

A função normativa está assentada na *primariedade* do enunciado normativo: ela se impõe por *força própria*, podendo existir em decorrência do exercício de *poder originário* – Legislativo (em sentido subjetivo) – ou em decorrência de *poder derivado* – Executivo (em sentido subjetivo).²⁷ O conceito de *função normativa*,

jurisdicionais. Tal classificação, como vimos, tem caráter *orgânico* ou *institucional*.” (GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3ªed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 176).

²²Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ªed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 211.

²³Críticas são levantadas contra a ausência de um controle efetivo de constitucionalidade dos atos normativos do Executivo, propondo-se, até mesmo, a criação de uma *ação direta de ilegalidade*: Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *op.cit.*, p. 215. No entanto, a discussão deveria, primeiramente, internalizar a compreensão da submissão estrutural do Executivo à lei ao lado da inovação normativa funcional que lhe é própria.

²⁴Tratando da Medida Provisória como *ato normativo com força de lei* e extraindo desta característica a impossibilidade de sua retirada do Congresso Nacional, pelo Executivo, conferir: Ação Direta de Inconstitucionalidade 221/DF, relatoria do Ministro Moreira Alves, j.29.03.1990, DJ 22.10.1993, p. 22.251 e RTJ 151/331-355.

²⁵Vide texto correspondente à nota 33, p. 10 deste estudo.

²⁶Cf. MASHAW, Jerry L. *Gli atti sub-legislativi di indirizzo della pubblica amministrazione nell'esperienza degli USA*. p. 117-123. In: CARETTI, Paolo & SIERVO, Ugo de. **Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione: profili comparatistici**. Bolonha: Il Mulino, 1991, p. 111-140.

²⁷“Entende-se como *função normativa* a de emanar estatuições primárias, seja em decorrência do exercício do poder *originário* para tanto, seja em decorrência de poder *derivado*, contendo preceitos abstratos e genéricos” (GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3ªed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 180).

portanto, abarca a *função legislativa*, a *função regulamentar* e a *função regimental*.²⁸ Estas funções não se confundem com a possibilidade de controle dos demais poderes pelo Legislativo, que Montesquieu chamou de *poder regulador*.²⁹

O art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 suscita certas considerações que, aparentemente, indicariam a proibição constitucional da presença de atos normativos do Executivo no novo ordenamento jurídico instaurado. Segundo o dispositivo:

CF/88

Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:

I - ação normativa;

II - alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie.

Da leitura do art. 25 do ADCT poder-se-ia extrair a conclusão de que a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, não poderia mais existir lei que atribuísse competência legislativa ao Executivo exceto em caso de sua prorrogação mediante decisão do próprio Legislativo, que, por ser exceção, não se poderia estender ao infinito. É exatamente isto que o dispositivo diz e deve ser precisamente isto o aplicado. O desejo do constituinte de extirpar do ordenamento jurídico dispositivos legais que ferissem o princípio da não-delegação de poderes está evidente no art. 25 do ADCT. Ele significa a proibição de delegação de poder legislativo por lei ao Executivo à exceção, é claro, da previsão expressa constitucional de *lei delegada*, com as respectivas limitações contidas no art. 68 da CF/88. Não há nada a ser reparado no enunciado constitucional. Ele não diz respeito ao tema ora analisado do exercício de poder normativo próprio do Executivo mediante abertura legal exigida da separação de poderes vista sob o enfoque estrutural. Não há delegação de poder normativo, mas reconhecimento e autorização de seu exercício dentro da sistemática de distribuição de funções normativas para o Executivo. Ele – Poder Executivo – não pode exercer competências normativas reservadas ao Congresso Nacional nem que estas lhe sejam entregues por lei, mas deve exercer suas competências normativas abertas por dispositivos legais que definam parâmetros de atuação normativa regulamentar.

²⁸Partindo de definição de Alessi de que os regulamentos são estatuições primárias impostas por força própria, mas emanadas de poder derivado, “em uma tentativa de conciliação de critérios, teremos que a função normativa (*material*) compreende a *função legislativa* e a *função regulamentar* (institucionais) – mais a *função regimental*, se considerarmos a normatividade emanada do Poder Judiciário” (GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3ªed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 181). Assim, “quando o Executivo expede regulamentos – ou, o Judiciário, regimentos –, não o faz no exercício de *delegação legislativa* (...) Logo, quando o Executivo e o Judiciário emanam atos normativos de caráter não legislativo – regulamentos e regimentos, respectivamente –, não o fazem no exercício de função legislativa, mas sim no desenvolvimento de *função normativa*.” (GRAU, Eros Roberto. op.cit., p. 184).

²⁹Cf. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **O espírito das leis**. 2ªed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 121.

Atividade normativa do Executivo e o princípio da legalidade

Neste contexto, o respeito à **legalidade** apresenta dois sentidos: a) submissão do órgão ou ente da Administração responsável pela emissão de regulamentos setoriais à sua lei definidora de competências; b) respeito aos dispositivos emanados de normas *legais* ou *regulamentares*. Este último entendimento ameniza a enraizada polêmica da existência de conflito entre a legalidade e o poder regulamentar setorial, viabilizando o modelo atual de escala industrial de produção de regulamentos pelo Executivo.

Note-se que não há aqui apologia ao ‘*quanto mais regulamentos melhor*’, mas a justificação do modelo de regulação setorial instaurado no Brasil perante o art. 5º, II da CF/88³⁰: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. O termo *lei* aqui referido não pode ser compreendido no seu sentido mais estrito e isso não é nenhuma novidade ou argumentação puramente doutrinária: é a própria prática do sistema constitucional brasileiro aplicada pelo STF. É cediço que o um dos argumentos proibitivos de tratamento de matéria penal substantiva por medida provisória é o de que o art.5º, XXXIX da CF/88, ao prescrever que “não há crime sem lei anterior que o defina” exprimiu *lei* em seu sentido “exclusivamente formal”³¹. Por isso, mesmo a medida provisória – ato normativo com força de lei – não pode tratar de disposições que definam crimes e cominem penas. Se o termo *lei* do art.5º, XXXIX da CF/88 é tão restrito a ponto de inviabilizar o uso da medida provisória, isso significa que a previsão de *lei* do art.5º, II da CF/88 é, no mínimo, *menos restritiva*, pois não se pode sustentar que ele não se refira a disposições veiculadas por medidas provisórias. Se assim o é, o argumento comumente utilizado contra a existência de poder normativo do Executivo de que o termo *lei* do art.5º, II, ou do restante da Constituição Federal de 1988, deve ser interpretada restritivamente é falho, pois, ao menos há níveis de sua extensão: *lei* estritamente formal do Legislativo; *lei*, como instrumento normativo com força de lei formal; e – porque não – *lei* como ato normativo.

Sob o ponto de vista estrutural, a legalidade exige lei que *atribua*³² competência executiva *secundária*³³, pois pressupõe prévia abertura por lei, e não simplesmente *subordinada*, para produção de regulamentos setoriais. A mesma

³⁰Para a exposição completa deste argumento com fundamentação exaustiva, conferir: GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3ªed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 182-189.

³¹Cf. Ação Direta de Inconstitucionalidade 221/DF, Relator Min. Moreira Alves, j.29.03.1990, DJ 22.10.1993, p.22.251 e RTJ 151/331-355.

³²Sobre os *regulamentos de atribuição*, vide: DELPÉRÉE, Francis. *Le fonti normative secondarie nel diritto belga*. p. 51-52. In: CARETTI, Paolo & SIERVO, Ugo de. **Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione: profili comparatistici**. Bolonha: Il Mulino, 1991, p. 47-67.

³³Norma secundária é considerada a “norma il cui titolare non possa mai agire di propria iniziativa o autonomamente”. Subordinadas são as normas que “trovano il loro fundamento nella stessa Costituzione” (DELPÉRÉE, Francis. *Le fonti normative secondarie nel diritto belga*. p. 49-50. In: CARETTI, Paolo & SIERVO, Ugo de. **Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione: profili comparatistici**. Bolonha: Il Mulino, 1991, p. 47-67). A competência subordinada existiria se se aceitasse, no Brasil, a presença de *poderes implícitos* (*inherent powers*) no Executivo para produzir normas regulamentares em espaços não atingidos por dispositivos legais: sua competência seria subordinada, pois restringível por lei, mas não secundária, pois não necessitaria de prévia abertura legal. A característica subordinada da competência do Executivo brasileiro depende, no Brasil, segundo a teoria hoje predominante, de prévia abertura legal: deve ser, portanto, secundária. A jurisprudência norte-americana se afina com a doutrina brasileira neste ponto: “a atribuição de poder à burocracia, tal como ao Presidente, deve ter fundamento normativo em uma lei” (MASHAW, Jerry L. *Gli atti sub-legislativi di indirizzo della pubblica amministrazione nell'esperienza degli USA*. p. 138. In: CARETTI, Paolo & SIERVO, Ugo de. **Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione: profili comparatistici**. Bolonha: Il Mulino, 1991, p. 111-140: tradução livre do italiano).

legalidade também justifica a vinculação dos atores setoriais (prestadoras e usuários) à orientação emanada da função normativa conjuntural do Executivo (em geral, por meio de superestruturas administrativas autônomas) pela produção de disposições regulamentares – parte da função normativa que foi distribuída entre os poderes estatais pelo diploma constitucional. A regulamentação exarada do Executivo, neste caso, não desrespeitará a hierarquia normativa, pois mesmo que seja independente de atribuição explícita e pontual de função normativa, afigura-se, entretanto, como *atribuição implícita* decorrente da destinação de competências de certos setores ao Executivo.

O reconhecimento da existência destes regulamentos problematiza a questão que deixa de ser analisada e discutida quando simplesmente se nega constitucionalidade aos inúmeros atos normativos do Executivo, que, por serem indesejados, não são menos reais.³⁴ Não menos real também é a constatação da transferência de função administrativa ao Legislativo quando da implementação de políticas concretas de governo por via de leis formais no auge do Estado Social, resultando nas conhecidas *leis-medida (Massnahmegesetze)*³⁵.

Superados os obstáculos à possibilidade de atividade normativa regulamentar – função normativa do Executivo –, enfatiza-se a compreensão de que ele não deve desviar a finalidade desta atividade para substituir manifestações propriamente legislativas de definição de políticas públicas setoriais.

Atividade normativa do Executivo e entes administrativos autônomos

O tema, no entanto, não se esgota aqui. Surge outra questão subsequente: como aceitar a presença de entes administrativos *independentes* para o desempenho desta função normativa natural ao Executivo, se a CF/88 atribuiu competência exclusiva ao Chefe do Executivo para *expedir decretos e regulamentos para fiel execução da lei* (art. 84, IV) e para a *direção superior da Administração Pública* (art. 84, II)?

A primeira parte da questão está dirigida aos chamados *regulamentos executivos*, que tiveram seu significado restrito doutrinariamente à orientação de atuação da Administração Pública, com fundamento no poder hierárquico do Chefe do Executivo, para instrumentalizá-la ao cumprimento das disposições legais. Não esgota, portanto, o sentido da função normativa do Executivo. Esta se apresenta incólume no âmbito de preenchimento normativo do ordenamento jurídico que não se resume a ordens estruturadoras da Administração para viabilização da lei. Persiste a possibilidade de utilização da função normativa do Executivo para *regulamentar* atividades expressamente atribuídas por lei, em que implicitamente se destina função normativa ao órgão ou ente competente para fazer funcionar o setor mediante preenchimento regulamentar submetido à legalidade, esta sim fonte definidora da política pública setorial. O art.84, IV da CF/88 explicita a condição infralegal, mas não despida de normatividade, do Chefe do Executivo na orientação estrutural da Administração Pública a partir da hierarquia inerente ao Poder Executivo. Não há, portanto, proibição do exercício de função regulamentar por intermédio de entes administrativos com

³⁴“Evidentemente não estou a propor a liberação do Executivo para “legislar”. Pelo contrário, reconhecer o desenho correto do princípio, tal como contemplado pelo direito brasileiro, significa possibilitarmos o controle do exercício da *função regulamentar* pelo Executivo, ao que se recusam nossos publicistas, sob o argumento de que os regulamentos *são inconstitucionais...*” (GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3ªed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 189).

³⁵Cf. GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3ªed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 190.

competência atribuída à gestão de um conjunto de atividades, muito embora isto não signifique alienação do Executivo frente à lei em sentido formal.

Compreendido assim o art.84, IV da CF/88, o art.84, II traduz uma certa semelhança de raciocínios. Dizer que o Chefe do Executivo desempenha a direção superior da Administração Pública não significa subserviência de consciência, nem muito menos disponibilidade de cargos segundo a vontade do Presidente *soberano* da República: a maior parte da carreira administrativa está fora do alcance do juízo de oportunidade do Chefe do Executivo, pois garantida pela burocracia que a protege. Logo, não há nada de mais em permitir a presença de conselheiros ou diretores de entes da Administração indireta que não estejam envergados ao gosto e desgosto do Chefe do Executivo. Outra coisa é a consideração, dificilmente encontrada nos críticos do modelo regulatório atual, da impossibilidade de análise final de decisão da Administração por ausência de recursos administrativos que cheguem ao Chefe do Executivo, tolhendo o juízo final de oportunidade que lhe teria sido outorgado pelo art.84, II da CF/88. Esta argumentação poderia levar a certa perplexidade se já não se convivesse com modelos de tribunais administrativos furtados à reanálise de suas decisões pelo Ministério a que está vinculado, pois, de fato, o que o art.84, II da CF/88 diz é que a *estrutura* da Administração Pública está submetida às orientações hierarquicamente superiores do Chefe do Executivo. Contudo, não torna a *matéria* normativa exclusiva do último escalão da estrutura administrativa, remetendo esta consideração à produção legislativa, de cujo processo, não se deve esquecer, o Chefe do Executivo faz parte.

Estas considerações não desconhecem a possibilidade de superação da discussão mediante a constatação de previsão constitucional de dois dos atuais órgãos reguladores – ANATEL e ANP³⁶. Previstos na Constituição Federal de 1988, resultariam exceções aos dispositivos de competência reservada ao Chefe do Executivo (art.84, II e IV da CF/88). Este ponto de vista revela dois problemas: a) somente duas das atuais agências reguladoras seriam *regulares* e estariam aptas a cumprir suas funções *regulamentares*; b) mesmo estas duas agências poderiam ter sua autonomia questionada por violação da separação dos poderes por via transversa ao implementarem exceção a incisos do art.84, que opera como divisor de águas entre o Legislativo e o Executivo.

Desta forma, a explicação da autonomia regulatória das agências por meio de normas constitucionais excepcionadoras peca por privilegiar soluções pontuais, que já decorrem naturalmente da harmonia preconizada entre os poderes por meio de distribuição não exclusiva de funções. O argumento da previsão constitucional excepcionadora ombreia com as críticas pautadas nos mesmos patamares de argumentação: exclusividade de tratamento normativo pelo Legislativo.

³⁶Floriano Marques divide o problema de acordo com o tipo de órgão regulador: a) órgãos reguladores de natureza constitucional (ANATEL e ANP); b) órgãos reguladores criados exclusivamente por lei (ANEEL, ANVS, Câmara de Saúde Suplementar); c) órgãos reguladores de natureza constitucional imprópria, que encontram referência no texto constitucional só que sem designação expressa da sua constituição como órgão regulador em sentido próprio (Banco Central – art.192, IV e Superintendência de Seguros Privados – art.192, II da CF/88). Conferir, a respeito: MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências independentes*. p. 93-94: nota 49. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 72-98.

Bibliografia

- ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Mário da Gama Kury, 3^aed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Melo; GRAU, Eros Roberto. *A corrupção no Brasil*. p. 7; 15; 17-18. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte: UFMG, n.º 80, janeiro de 1995, p. 7-20.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2^aed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- DELPÉRÉE, Francis. *Le fonti normative secondarie nel diritto belga*. In: CARETTI, Paolo & SIERVO, Ugo de. **Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione: profili comparatistici**. Bolonha: Il Mulino, 1991, p. 47-67.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 3^aed., São Paulo: Atlas, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3^aed., São Paulo: Malheiros, 2000.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Teoria dos serviços públicos e sua transformação*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 39-71.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Trad. E. Jacy Monteiro, São Paulo: Instituto Brasileiro de Difusão Cultural, 1963 (Coleção Clássicos da Democracia 11).
- MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências independentes*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 72-98.
- MASHAW, Jerry L. *Gli atti sub-legislativi di indirizzo della pubblica amministrazione nell'esperienza degli USA*. In: CARETTI, Paolo & SIERVO, Ugo de. **Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione: profili comparatistici**. Bolonha: Il Mulino, 1991, p. 111-140.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **O espírito das leis**. 2^aed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.
- NETO, Benedicto Porto. **Concessão de serviço público no regime da Lei n. 8.987/95: conceitos e princípios**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- PESSOA, Robertônio. **Curso de direito administrativo**. Brasília: Editora Consulex, 2000.
- ROTH, Gabriel. *The private provision of public services in developing countries*. Washington: Economic Development Institute, 1987.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala, Madri: Alianza Editorial, 1992.
- STARR, Paul. *The meaning of privatization*. In: KAMERMAN, Sheila B. & KAHN, Alfred J. **Privatization and the Welfare State**. Princeton: Princeton University Press, 1989.
- STRAUBHAAR, Joseph. *Tendências mundiais*. In: SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. **Telecomunicações: privatização ou caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993, p. 42-47.