

# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 37 • nº 148

outubro/dezembro – 2000

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

# O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito

Alexandre Santos de Aragão

## Sumário

1. Colocação do tema. 2. As atribuições das entidades reguladoras diante da separação dos poderes. 3. A descentralização normativa no Estado contemporâneo. 4. O poder normativo das agências reguladoras e os princípios do Estado de Direito. 5. A delegificação. 6. O caráter não exclusivo da competência normativa do chefe do Poder Executivo. 7. Conclusão.

*“On ne voit rien de juste ou d’injuste qui ne change de qualité en changeant de climat; trois degrés d’élévation du pôle renversent toute la jurisprudence; une méridien décide de la vérité... le droit a ses époques... plaisante justice qu’une rivière borne, vérité en deça des Pyrénées, erreur au delà!”*

Pascal<sup>1</sup>

## 1. Colocação do tema

Vivemos uma época de revisão de dogmas, em que conceitos e valores antigos, reminiscências, sobretudo da Revolução Francesa e do subsequente modelo napoleônico, centralizado, de organização administrativa do Estado<sup>2</sup>, não foram de todo abandonados, ao mesmo tempo em que o porvir ainda não se consolidou integralmente.

De toda sorte, diversos institutos de um novo Direito Público já se concretizaram na legislação, na jurisprudência e na doutrina dos países, inclusive do Brasil.

A partir principalmente do Segundo Pós-Guerra, o Estado, diante de uma sociedade crescentemente complexa e dinâmica, veri-

Alexandre Santos de Aragão é Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Professor da Pós-Graduação em Direito Econômico Internacional da Pontifícia Universidade Católica – PUC/RJ, Mestrando em Direito Público pela UERJ e advogado no Rio de Janeiro.

ficou a impotência dos seus instrumentos tradicionais de atuação, o que impôs a adoção de mecanismos administrativos mais ágeis e tecnicamente especializados.

A tecnologia jurídica até então predominante, com suas regulamentações genéricas para todos os setores sociais, começou a se transformar para enfrentar os novos desafios.

Surgiram órgãos e entidades dotadas de independência frente ao aparelho central do Estado, com especialização técnica e autonomia normativa, capazes de direcionar as novas atividades sociais na senda do interesse público juridicamente definido.

Em um primeiro momento, a autonomia no desempenho de parcelas das atividades estatais se deu através da criação pelo Estado de pessoas jurídicas a ele paralelas, denominadas entre nós de entidades da Administração Indireta, sujeitas, no entanto, a uma forte tutela da Administração central.

Posteriormente, foi revista a própria estrutura do Estado, ou seja, da sua Administração Direta, até então concebida em termos exclusivamente unitários e hierarquizados. Foram criados órgãos e agentes com variável autonomia em relação ao Chefe do Poder Executivo.

Esses fenômenos, em razão da grande onda de privatização dos serviços públicos<sup>3</sup>, verificada nos últimos anos em quase todos os países, foram fortalecidos pela criação de novas entidades e órgãos independentes<sup>4</sup>, encarregados da sua supervisão e normatização. A formatação jurídica que tomaram é diversa em cada Direito Positivo, mas mantém em todos eles os traços de autonomia em face do poder central do Estado.

A esse respeito, Giampaolo Rossi<sup>5</sup>, após expor o malogro das tentativas de desregulação da economia<sup>6</sup>, afirma que grande parte da atividade reguladora vem sendo confiada a autoridades administrativas independentes e especializadas, que “surgem como cogumelos depois do sereno do outono” (*sorgono come funghi dopo la pioggia in autunno*).

Os ordenamentos setoriais ou seccionais, desenvolvidos pelas agências reguladoras independentes, vieram, então, a constituir instituto de crescente valia quando o Estado verificou a impotência dos seus mecanismos regulatórios<sup>7</sup> tradicionais. Não era mais possível atuar satisfatoriamente sem encarar com agilidade e conhecimentos técnicos específicos a emergente realidade sócio-econômica multifacetária com a qual se deparara.

Coube ao grande publicista italiano, Massimo Severo Giannini, apreender essa realidade social e jurídica e construí-la em termos dogmáticos<sup>8</sup>. A Teoria por ele engendrada é de grande importância e aplicação para que seja vencida a crise regulatória do Estado (*regulatory failures*).

Analisando a necessidade de setorização para que o Direito possa desenvolver uma regulação efetiva, sem desrespeitar a autonomia dos demais subsistemas sociais (economia, educação, ciência, saúde, etc.), Gunther Teubner<sup>9</sup> expôs:

“Os actos jurídicos devem “satisfazer” a autopoiesis de ambos os sistemas: disto depende o respectivo sucesso regulatório. (...)”

A solução para qualquer problema relativo à adequação social do direito num determinado domínio ou área de regulação deve consistir em tornar o aparelho “mais inteligente”; ou seja, *o sistema jurídico deve aumentar os seus conhecimentos sobre os processos, funções e estruturas reais do subsistema social regulado* e moldar as respectivas normas de acordo com os modelos científicos dos sistemas envolventes.”

Não há dúvida que a construção do Direito Público de um Estado liberal, de um Estado democrático de Direito, social ou de outra espécie cujo surgimento esteja em curso<sup>10</sup>, não é aleatória, mas inerente às contingências ideológicas, políticas e sociais de cada momento histórico.

O Direito Público, enquanto positivação dos postulados políticos vitoriosos ou consensualizados em dado *iter* da história, mais

que todos os ramos do Direito, é, dialeticamente, influenciado e, por vezes, constituído por esses elementos metajurídicos, e vice-versa<sup>11</sup>.

Apesar da vigente Constituição brasileira e da quase totalidade das constituições ocidentais proclamarem haver instituído Estados democráticos e sociais de Direito, não há como fechar os olhos para as transformações que vêm ocorrendo na sociedade, o que confirma a recíproca influência existente entre a ordem jurídica e a ordem social na qual se insere.

Até meados dos anos oitenta, os Estados eram, direta ou indiretamente (por meio de entidades da Administração Indireta), fortemente interventores na economia. Tal fato devia-se a razões de equidade social e a imperativos do próprio sistema econômico, tais como a criação de infra-estruturas vultosas não lucrativas ou de lucratividade diferida, a necessidade de evitar a monopolização de setores da economia e o fomento de regiões menos desenvolvidas<sup>12</sup>.

A partir dos anos oitenta, começou a haver um refluxo dessa tendência com o fim ou o retraimento da publicização de vários setores econômicos, inclusive o de serviços públicos (desestatizações, privatizações, parcerias com o setor privado, etc.).

As razões dessa tendência, interdependentes entre si, podem, de maneira não exaustiva, ser elencadas<sup>13</sup>: (a) mudanças no sistema de produção, com a desvalorização do setor primário, principalmente da agropecuária, e valorização de emergentes setores técnico-especializados; (b) aceleração e desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação, o que acarretou o fim de alguns monopólios naturais até então inevitáveis; (c) a globalização da economia que, potencializada pela evolução da informática, mitigou bastante os empecilhos econômicos e materiais para as trocas internacionais e inter-regionais<sup>14</sup>; (d) mudanças na sociedade pluriclasse, com os sujeitos deixando de se organizar preponderantemente pela posição que ocupam na cadeia pro-

ductiva (capital - trabalho), ocupação, por sinal, crescentemente instável e cambiante, para reunirem-se em grupos sociais de variados substratos (idade, lazer, religião, formação cultural, etnia, etc.); (e) erosão do conceito clássico de soberania do Estado, que vem perdendo espaço, tanto a montante, para entidades internacionais (ONU, OMC, EU, etc.) e poderosas organizações econômicas transnacionais, como a jusante, para organizações sociais locais e setoriais, o que tem causado sensível alteração na teoria das fontes do direito (fontes emergentes, de caráter internacional, privado, corporativo, comunitário, técnico, deontológico, etc.); e, por esses motivos, (f) a diminuição da importância da política estatal *stricto sensu*.

Observa-se, contudo, que, da mesma forma que o Direito não pode ficar infenso às alterações da conjuntura econômica e social, não há como esta se abstrair do direito para reger-se apenas por suas regras intra-sistêmicas.

Noutros termos, as mudanças de conjuntura não “revogaram” os Estados democráticos e sociais de direito constitucionalmente estabelecidos<sup>15</sup>. Por outro lado, estes não podem ignorá-las, mas devem tratá-las sob o seu prisma, ou seja, do prisma de Estados não omissos diante da promoção do bem-estar da coletividade, inclusive no que diz respeito à melhoria das condições de vida da população, à competitividade econômica e à eficiência e modicidade dos serviços públicos<sup>16</sup>.

Manifestando essa preocupação, Konrad Hesse pronunciou-se no sentido de que “o movente não deve abolir o efeito estabilizador das fixações obrigatórias; senão a tarefa da ordem fundamental jurídica da coletividade permanece invencível”<sup>17</sup>.

A respeito dos critérios de admissibilidade dos mecanismos de influxo do dinamismo sócio-econômico no sistema jurídico, notável é a obra de Gunther Teubner<sup>18</sup>, que, em certa passagem, observa que

“a unidade e identidade de um sistema deriva da característica funda-

mental de auto-referencialidade de suas operações e processos. Isso significa que só por referência a si próprios podem os sistemas continuar a organizar-se e reproduzir-se como tais, como sistemas distintos do respectivo meio envolvente. São as próprias operações sistêmicas que, numa dinâmica circular produzem os seus elementos, as suas estruturas e processos, os seus limites, e a sua unidade essencial.”

É sob essa perspectiva que o poder normativo das agências reguladoras, com seu dinamismo, independência, especialização técnica e valorização das soluções consensuais<sup>19</sup>, deve ser valorizada como um importante instrumento de intercomunicação do sistema jurídico com os demais subsistemas sociais envolventes (econômico, familiar, cultural, científico, religioso, etc.).

Apesar da sua origem relativamente antiga, que tem como principal marco a *Inters-tate Commerce Commission*, criada nos Estados Unidos da América do Norte em 1887 para regulamentar os serviços interestaduais de transporte ferroviário<sup>20</sup>, as agências reguladoras independentes constituem, cada vez mais, um importante mecanismo de diálogo entre o Direito, que não pode abrir mão do seu caráter normativo, e a economia, que não cessa de aumentar a capacidade de impor a sua própria lógica<sup>21</sup>.

Entre as transformações ocorridas no Direito Público, merece destaque a pluralização das fontes normativas, não mais titularizadas apenas pelo Poder Legislativo, a descentralização do aparato estatal por meio da criação de entes ou órgãos autônomos, dotados de independência frente aos tradicionais Poderes do Estado, e, ainda, a relativização do modelo hierárquico e vertical de Administração Pública, com a emergência de mecanismos gerenciais e finalísticos de organização, ou seja, de instrumentos de administração autônoma gerencial, como as agências executivas, organizações

sociais, organizações da sociedade civil de interesse público, contratos de gestão, acordos de programa, etc.

A atitude dos juristas em relação às mudanças dos paradigmas do Direito Público tem sido muitas vezes extremada, quer para negá-las *tout court*, quer para aceitá-las incondicionalmente.

Os primeiros, que denominaremos de tradicionais, vêem nas inovações um grave e irremediável atentado à democracia, à moralidade pública, às prerrogativas dos poderes públicos e, até mesmo, às garantias e direitos de liberdade dos indivíduos. Com impressionante misoneísmo, dogmatizam e mitificam as concepções jurídicas oitocentistas de maneira não imaginada sequer por seus próprios formuladores.

A esses autores são aplicáveis as observações de Joan Prats I Catalá<sup>22</sup>, segundo o qual a impossibilidade de apreender as novas realidades com os instrumentos e marcos conceituais dos paradigmas tradicionais tem levado o Direito Administrativo a um crescente isolamento, demonstrando que, conforme afirmam Mintzberg e Kuhn, os seres humanos muitas vezes tendem mais a ver o que crêem, do que o inverso.

No outro extremo, temos os que, não apenas aceitam os propalados novos institutos do Direito Público, como, sem muita atenção ao Direito Positivo e à elaboração científica realizada ao longo dos tempos, vêem-nos como uma realidade já acabada e óbvia. Muitas vezes, ao fundamentar suas teses, dão preponderância a idéias que, independentemente de sua procedência ou não, são desprovidas de caráter propriamente jurídico, como imperativos econômicos, “queda do muro”, etc.<sup>23</sup>

Também essa postura é criticada pelo autor ibérico acima citado, que a considera um grave erro, já que implica o menosprezo e marginalização do Direito, manifestada em programas e “modernizações” administrativas que expressam uma grande confusão intelectual: tendo chegado à acertada conclusão de que “não se muda a Adminis-

tração por Decreto”, acreditam que se pode mudá-la à margem do Direito e, atuando assim, provocam desordem e riscos de arbitrariedade, além de, pelo exagero, desperdício de muitos esforços válidos de transformação<sup>24</sup>.

Tais posturas doutrinárias, como não poderia deixar de ser, refletem-se decisivamente na autonomia normativa das agências reguladoras: enquanto uns pretendem reduzi-la a quase nada, equiparando-as, nem sempre declaradamente, às outras entidades da Administração Indireta, cuja independência não é constitucional ou legalmente assegurada; outros as isolam do conjunto das normas da Constituição, colocando-as à parte do ordenamento jurídico global que constitui o seu esteio.

Entendemos que a questão das agências reguladoras independentes deve ser tratada sem preconceitos ou mitificações de antigas concepções jurídicas que, no mundo atual, são insuficientes ou mesmo ingênuas. Com efeito, limitar as formas de atuação e organização estatal àquelas do século XVIII, ao invés de, como afirmado pelos autores mais tradicionais, proteger a sociedade, retira-lhe a possibilidade de regulamentação e atuação efetiva dos seus interesses.

Devemos estar também atentos para distinguir as verdadeiras novidades do Direito Público daqueles institutos e nomenclaturas que, ou não são consentâneos com o nosso Direito positivo, ou, juridicamente, a ele nada acrescentam. Muitas vezes supostas inovações não passam, substancialmente, de medidas retóricas, de manifestações de vontade política.

No trato da matéria, temos, sobretudo, que prestigiar os valores do ordenamento jurídico constitucional, que, todavia, não se reduzem ao mero emprego desta ou daquela forma jurídica historicamente contextualizada no século XVIII.

Devemos ainda evitar que as mudanças no Direito Público cheguem ao ponto de descaracterizá-lo como tal<sup>25</sup>, propiciando a “fuga do Estado para fora do Direito Públi-

co”<sup>26</sup>, ou, até mesmo, a sua descaracterização como Direito, desprovendo-o de toda cogência<sup>27</sup>.

Devemos, enfim, estar atentos para a necessidade da renovação dos modelos de Administração Pública se dar concomitantemente à coerente transformação do seu Direito. Os dois processos de mudança são interdependentes e devem visar ao efetivo atendimento das exigências do Estado democrático de Direito. Esses processos não estão isentos de contradições e tensões, que, além de não serem inéditas na história do Direito Público, vêm, ao longo dos tempos, constituindo a grande força motriz da sua evolução<sup>28</sup>.

A fim de evitar conservadorismos ou modismos jurídicos, seguiremos o método sugerido por Giampaolo Rossi<sup>29</sup>, segundo o qual, para adentrarmos em temas jurídicos surgidos em momentos históricos ainda fluidos e incertos<sup>30</sup>, devemos examinar o fenômeno jurídico-social na inteireza do ciclo que lhe determinou, ao invés de tomar em conta apenas o momento fugaz da posição pendular em que se encontra.

A mesma necessidade de análise dos fenômenos jurídicos no conjunto do seu percurso histórico foi afirmada pelo Mestre de todos, Pontes de Miranda:

“É difícil ao jurista de direito público, principalmente do político, livrar da influência do caso concreto, histórico, que o cerca, o seu pensamento teórico. Só a preço de grande disciplina mental tal libertação é possível; mas essa libertação é indispensável, tratando-se de cientista”<sup>31</sup>.

Essa metodologia é designada na filosofia de Gilles Deleuze e Felix Guattari como o método de desterritorialização, consistente no “ato de extrair um fenômeno, um afeto, um trabalho ou procedimento, um conceito ou um termo, de seu contexto territorial, para desenvolvê-lo alhures em uma certa independência ou autonomia flutuante. (...) Procura extrair conceitos gerais do fluxo da empiria”<sup>32</sup>.

## 2. As atribuições das entidades reguladoras diante da separação dos poderes

As agências reguladoras independentes, baseadas nas diretrizes gerais fixadas em lei, exercem grande variedade de poderes: normativos, propriamente ditos ou de natureza concreta; de solução de conflitos de interesses; investigativos; fomentadores; e de fiscalização, preventiva ou repressiva.

Como afirma Bernard Schwartz<sup>33</sup>, e ressaltadas as peculiaridades do Direito norte-americano, que aqui não se mostram fundamentais, o traço fundamental das agências administrativas independentes é o fato de possuírem uma combinação das funções de legislador, promotor e juiz. Iniciam processos, de ofício ou quando provocadas, julgando-os segundo as normas por elas próprias estabelecidas.

Em igual sentido, Juan Carlos Cassagne<sup>34</sup> observa que os poderes conferidos a esses órgãos e entidades são de “variada natureza e extensão”. O panorama é amplíssimo, abrangendo os clássicos poderes administrativos relacionados com a fiscalização das atividades desenvolvidas pelos particulares, cumprimento das regras estabelecidas nos contratos de concessão, nas licenças ou nas autorizações, incluindo o estabelecimento de eventuais tarifas, poderes disciplinares, sancionatórios e preventivos de condutas prejudiciais aos interesses coletivos tutelados, etc.

Ainda possuem competência para resolver controvérsias, envolvam essas o Poder Público ou apenas particulares, como se dá, por exemplo, nas lides entre usuários e prestadores de serviços públicos ou entre acionistas minoritários e a direção de companhias abertas, no Brasil solucionadas, respectivamente, pelas agências reguladoras de serviços públicos e pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM.

Também são conferidos amplos poderes normativos em matéria de segurança da atividade regulada, procedimentos técnicos de

medição, possibilidades de suspensão da prestação dos serviços, acesso a imóveis, qualidade dos serviços ou das mercadorias comercializadas, etc.

Seus inúmeros poderes, além de abrange-rem aspectos de todas as funções da clássica divisão tripartite dos Poderes, são, em razão dos termos bastante genéricos pelos quais são conferidos, exercidos com grande grau de liberdade frente a quaisquer desses Poderes.

Essa autonomia no exercício das competências setoriais é necessária para que a entidade reguladora possa caracterizar-se como independente. O fato de os ordenamentos setoriais, cujo desenvolvimento é a elas conferido, serem uma subespécie dos ordenamentos jurídicos derivados (*in casu*, do estatal) faz com que devam possuir certa liberdade de atuação, notadamente de natureza normativa.

Sendo assim, podemos fazer as seguintes indagações: as agências reguladoras independentes exercem concomitantemente poderes administrativos, persecutórios, jurisdicionais e legislativos? A conjunção de tantas funções acabaria por distingui-las, no seu complexo conjunto, das funções estatais até então tradicionalmente conceituadas? Constituiriam as funções das agências reguladoras independentes, em sua globalidade, uma nova função estatal? A resposta positiva a qualquer das indagações anteriores implicaria a violação do princípio da separação dos poderes<sup>35</sup>?

Mais uma vez confirma-se que toda importante questão do Direito Público leva o jurista, mais cedo ou mais tarde, ao tão polêmico quanto antigo<sup>36</sup> princípio da separação dos poderes.

Preliminarmente, devemos observar que a doutrina de Montesquieu, além de ter sido objeto de interpretações radicais e absolutas, não contempladas pelo próprio autor, nunca foi aplicada em sua inteireza<sup>37</sup>.

Ademais, não existe “uma separação de poderes”, mas muitas, variáveis segundo cada direito positivo e momento histórico diante do qual nos colocamos<sup>38</sup>.

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

O Princípio da Separação dos Poderes não pode levar à assertiva de que cada um dos respectivos órgãos exercerá necessariamente apenas uma das três funções tradicionalmente consideradas – legislativa, executiva e judicial. E mais, dele também não se pode inferir que todas as funções do Estado devam sempre se subsumir a uma dessas espécies classificatórias.

As considerações de Karl Loewenstein<sup>39</sup> a respeito da forma com que o princípio da separação dos poderes deve ser hodiernamente focado são, neste sentido, muito esclarecedoras:

“O que na realidade significa a assim chamada ‘separação de poderes’, não é, nada mais nada menos, que o reconhecimento de que, por um lado, o Estado tem que cumprir determinadas funções – o problema técnico da divisão do trabalho – e que, por outro, os destinatários do poder sejam beneficiados se estas funções forem realizadas por diferentes órgãos: a liberdade é o *telos* ideológico da teoria da separação de poderes. (...) O que, comumente, ainda que erroneamente, se costuma denominar como a separação dos poderes estatais, é na verdade a distribuição de determinadas funções estatais a diferentes órgãos do Estado. O conceito de “poderes”, apesar de estar profundamente enraizado, deve ser entendido neste contexto de uma maneira meramente figurativa.”

Prossegue o constitucionalista alemão, afirmando que

“é necessário ter bem claro que o princípio da necessária separação das

funções estatais segundo seus diversos elementos substanciais e sua distribuição entre diferentes detentores, não é nem essencial para o exercício do poder político, nem se apresenta como uma verdade evidente e válida para todo tempo. O descobrimento ou invenção da teoria da separação de funções foi determinado pelo tempo e pelas circunstâncias como um protesto ideológico do liberalismo político contra o absolutismo monolítico da monarquia nos séculos XVII e XVIII.”

Similar tratamento à separação dos poderes é dispensado por Reinhold Zippelius<sup>40</sup> ao observar que

“a ‘clássica’ divisão dos poderes assenta na distinção entre os âmbitos funcionais mais importantes do Estado. Os objetivos supremos da actividade do Estado devem ser permanentemente elaborados, revistos, harmonizados entre eles, e modificados na medida do necessário.(...) Desta maneira se projectam antecipadamente futuros modelos de ordenação e planos de acção relativos à política interna e externa. Tudo isto, que vai para além da mera execução das leis, é tarefa do governo que, como suprema actividade directiva do Estado, não se encaixa, portanto, sem problemas no esquema ‘legislação, jurisdição e poder executivo’”.

Com efeito, “na atualidade o sistema de divisão e limitação dos poderes se desenvolveu a partir de vários pontos de vista, não apenas na conhecida e tradicional trindade da divisão horizontal de acordo com as funções mais importantes: legislativo, executivo e judicial. Mas também *entram em jogo a configuração de unidades de decisão e órgãos coletivos, a autonomização de instituições específicas* não submetidas a instruções, e a constituição ainda de instâncias de controle tampouco submetidas a instruções, *a margem da divisão tripartite ‘clássica’*”<sup>41</sup>.

A “separação de poderes” deve ser atualmente encarada pelo prisma do pluralis-

mo existente na sociedade, que “tem o significado de colocar perante várias instâncias da máquina estadual as reclamações ou o apoio de vozes diferentes. E assim resulta numa potenciação da divisão de poderes na organização interna do Estado, que ganha outra vez o valor duma divisão política. Só que, em vez da fórmula do século XIX de uma separação taxativa entre pretendentes ao poder, cada um com o seu veículo de expressão numa “função” do Estado, vamos encontrar um sistema bem mais complexo e subtil (...). *O pluralismo social vem assim a integrar-se num quadro alargado de separação de poderes*, e representa uma função positiva na organização dum estado moderno”<sup>42</sup>.

Especificamente sob o prisma da independência das entidades reguladoras, o Mestre de Valladolid, Javier García Roca<sup>43</sup>, coloca como um dos principais aspectos da concepção contemporânea da separação dos poderes, ou, melhor dizendo, da divisão das funções estatais, o aparecimento de “novos órgãos auxiliares dos poderes supremos, muitos deles de relevância constitucional e não meramente criados pelas leis, dotados de independência funcional no exercício de suas funções”. Após citar como exemplo desta realidade os *ombudsmen*, os Tribunais de Contas e os Bancos Centrais, faz expressa referência aos “*órgãos auxiliares e com perfis técnicos, mas igualmente independentes no exercício desta função do Governo*”.

Na doutrina brasileira, Bilac Pinto<sup>44</sup>, em obra pioneira sobre o assunto, asseverou que “o fato da outorga, pelo Estado moderno, de funções normativas e jurisdicionais a outros órgãos além dos que as monopolizaram, até o fim do século passado (Poder Legislativo e Poder Judiciário), constitui fenômeno universal, cujas proporções se avolumam cada vez mais”.

Com escusas pelas citações, acreditamos ter demonstrado que, se retirado o caráter mítico e absoluto da idéia “clássica” da separação dos poderes, a complexidade e a autonomia das competências conferidas às

agências reguladoras independentes em nada contraria a divisão de funções estabelecida pelas constituições contemporâneas e os valores do Estado de Direito, que, afinal, constituem o principal parâmetro da admissibilidade ou não do exercício de distintas funções pelo mesmo órgão ou entidade pública<sup>45</sup>.

Bem ao contrário disso, as competências complexas das quais as entidades reguladoras independentes são dotadas fortalecem o Estado de Direito, vez que, ao retirar do emaranhado das lutas políticas a regulação de importantes atividades sociais e econômicas, atenuando a concentração de poderes na Administração Pública central, alcançam, com melhor proveito, o escopo maior – não meramente formal – da separação de poderes, qual seja, o de garantir eficazmente a segurança jurídica, a proteção da coletividade e dos indivíduos empreendedores de tais atividades ou por elas atingidos<sup>46</sup>.

Destacando, por exemplo, a necessidade de a entidade reguladora ser apartada do Poder Concedente do serviço público regulado, Augustín Gordillo<sup>47</sup> considera-a mesmo uma imposição “do mesmo princípio atualizado, da divisão de poderes e do sistema de freios e contra-pesos acolhidos pela Constituição”.

Manifestando a mesma preocupação, Zippelius chega a afirmar que, “contra um aparelho de Estado totalitário com as dimensões descritas por Orwell, existem, pelo menos, prevenções, que por enquanto ainda funcionam. Elas residem na pluralidade estrutural e na divisão de funções”<sup>48</sup>.

Note-se que nos Estados Unidos da América do Norte, que também possuem uma Constituição presidencialista, dotada formalmente de uma separação de poderes até mais rígida que a nossa<sup>49</sup>, o conjunto dessas entidades independentes chega a ser chamado de “*headless forth branch*”<sup>50</sup>.

Nessa perspectiva, Peter Strauss<sup>51</sup> afirma que o Princípio da Separação dos Poderes deve ser hoje integrado por considera-

ções ligadas à proteção das garantias individuais, mediante a imposição de requisitos de objetividade e imparcialidade, e por preocupações inerentes ao “sistema de freios e contrapesos” entre os diversos órgãos e entidades estatais. Assevera ainda que a separação do poder “*into three separate branches*” apenas diz respeito à cúpula do Estado, sendo as *agencies* irredutíveis a um só dos poderes. A vitalidade e legitimidade destas adviria, ao contrário, exatamente do equilíbrio entre os influxos sobre elas exercidos pelos três tradicionais poderes do estado.

Também Santi Romano<sup>52</sup>, já no início do século passado, assinalava que

“pode haver, com diversas finalidades e características jurídicas, uma série de órgãos fora de quaisquer dos poderes. (...) São órgãos que, sob certos aspectos, devem ser considerados órgãos únicos; sob outros, ao revés, podem ser considerados como um complexo de órgãos, ou melhor, como órgãos complexos”.

Espancando quaisquer perplexidades, o clássico Jean Dabin<sup>53</sup>, com percuciência, asseverou:

“Se idealmente fundada a distribuição de funções entre instituições ou órgãos distintos e independentes, ela não possui, todavia, senão um valor de meio, não de um dogma, o que vale dizer que o princípio comporta uma série de exceções. As exceções serão justificadas, em primeiro lugar, toda vez que razões de interesse geral as imponham. A hipótese é bastante frequente, mas sempre especial. Normalmente, por outro lado, do ponto de vista teórico, a solução derogatória é aplicada ou pela história das instituições ou por considerações de oportunidade. (...) Para o bem ou para o mal, nos parece que *o argumento da especialização, que constitui uma das razões do princípio dito da separação dos poderes, milita, na espécie, contra a separação*”.

Gérard Timsit, em colóquio realizado na Universidade de Paris I – Panthéon-Sorbonne sobre o tema, afirmou que o apego a antigos e, já de algum tempo, ultrapassados dogmas do Estado inviabiliza qualquer elaboração teórica consistente acerca das entidades reguladoras independentes. Conclui asseverando que

“o problema, em um Estado que desejamos que se mantenha como um Estado de Direito, não é o de absorver ou excluir, de alinhar ou de refutar estas novas instâncias ou instituições. O problema é antes de inventar novas formas e técnicas de controle sobre os novos tipos de autoridades”.

### 3. A descentralização normativa no Estado contemporâneo

O pluralismo e complexidade da sociedade, agregados ao número cada vez maior de atividades dotadas de grandes particularidades técnicas a serem, se não prestadas diretamente pelo Estado, por ele reguladas, inviabilizou o ideal liberal oitocentista<sup>54</sup>, racional e formalmente igualitário, de um ordenamento monocêntrico uniforme que, concebido de maneira inteiramente geral e abstrata, abrangesse todas as atividades e atores sociais sem levar em conta as suas particularidades<sup>55</sup>.

Inicialmente, a complexidade social levou o legislador a elaborar regulamentações especiais destinadas a determinados setores da sociedade ou a certas relações jurídicas. Essa atitude manifestou-se, por exemplo, na criação do Direito do Trabalho, até então considerado apenas como um ramo especializado do Direito Civil, e na edição de estatutos de direito civil exógenos à codificação<sup>56</sup>.

Posteriormente, verificou-se que não bastava a edição de leis especiais pelo Poder Legislativo. Impunha-se também a especialização das fontes do Direito e dos respectivos órgãos emanadores. O Poder Legislativo, essencialmente político e atuando medi-

ante processos necessariamente lentos, viu-se incapaz de lidar com a complexidade, pluralidade e tecnicismo das matérias que demandavam a sua atuação.

Tornou-se, então, imperioso, não apenas a especialização das matérias a serem reguladas, como também dos órgãos incumbidos da expedição das respectivas normas, que, em virtude dos seus amplos poderes, deveriam, para exercê-los satisfatoriamente e com observância dos cânones do Estado de Direito, estar, na medida do possível, livres das injunções políticas parciais.

A conjunção desses fatores – criação de *órgãos independentes* encarregados da *regulação de atividades específicas* dotadas de grande *conteúdo técnico*, resultou nos ordenamentos setoriais.

Do ponto de vista da Teoria Geral do Direito, o fenômeno é de grande importância em razão de, sem haver levado à perda da unidade sistêmica do Direito, ter acarretado na quebra da unidade das suas fontes, tanto do ponto de vista material, como orgânico-formal e procedimental, setorizando-as.

Sob o prisma da organização do aparato administrativo, o florescimento dos ordenamentos setoriais desenvolvidos por agências independentes faz com que aquele dificilmente retorne ao caráter unitário projetado nos oitocentos, e que já começara a ruir com o advento dos entes locais autônomos e das entidades da administração indireta. Com o avanço da pluralidade e complexidade, inclusive tecnológica, da sociedade, esse processo fragmentário da administração pública chegou a um ponto ótimo com o surgimento, por imposições práticas, teoricamente elaboradas, dos órgãos e entidades independentes, ou seja, dotados de uma verdadeira autonomia.

Vital Moreira, citando Breuer, considera-os como a

“resposta necessária do moderno Estado social ao alargamento das suas tarefas. A autonomização de organismos administrativos é, portanto, uma consequência, em termos de diferen-

ciação e especialização, da ampliação e diversificação das tarefas administrativas”

Caracterizando a administração pública do Estado pluriclasse como “policêntrica” afirma, desta vez valendo-se de Brohm, que

“quanto mais a colectividade se especializa e diferencia técnico-profissionalmente e se pluraliza ético-culturalmente, tanto menor se torna aquilo que é comum a todos e tanto maior necessidade existe de diferenciação político-administrativa para corresponder à diversidade dos apelos feitos aos poderes públicos”<sup>57</sup>.

O que se verifica é a transformação dos modelos de administração pública, que passam a se situar no desenho organizativo e na gestão de recursos em função da natureza das tarefas, levando à fragmentação harmônica do aparato administrativo, à necessidade de novos instrumentos de integração e coordenação, e ao reconhecimento de novos graus do exercício autônomo de competências normativas, com a emergência de mecanismos de controle mais finalísticos que hierárquicos<sup>58</sup>.

#### 4. *O poder normativo das agências reguladoras e os princípios do Estado de Direito*

O poder normativo da Administração Pública confirma que são exatamente as questões fundamentais e vetustas do Direito as que, até hoje, mais geram polêmicas.

O homem sempre precisou de normas estáveis e previsíveis pelas quais pudesse pautar o seu comportamento, criando ao longo da história os mais variados fundamentos para que se conformasse com os ditames limitadores da sua liberdade.

A disciplina jurídica das atividades humanas, durante muito tempo, foi fundada na autoridade de Deus, manifestada por meio dos clérigos ou do Rei, ambos portadores da sua vontade na terra. Em um mo-

mento posterior, a vontade do Monarca passou a fundar-se em sua própria autoridade.

Com a Revolução Francesa, houve uma mudança desse paradigma, passando a lei, então, a fundar-se na “vontade popular”. Criou-se a lei parlamentar, no fundo, um dos vários procedimentos técnicos possíveis de formulação de normas jurídicas<sup>59</sup>.

Colocado o fenômeno “lei do parlamento” em seus devidos termos, e sem jamais desmerecer os seus méritos e a elevada função de estabilização e coordenação social que desempenha, podemos passar a analisar a matéria com mais realismo.

Primeiramente, devemos destacar que o objetivo do liberalismo do século XVIII, do absoluto império da lei, nunca foi atingido. Logo foi verificada a incompletude da lei, o que exigiu, tanto no direito privado, como no público, uma progressiva construção jurisprudencial, criadora mesmo de novos institutos (teoria da imprevisão, responsabilidade civil do Estado, desvio de finalidade...).

Especificamente em relação à atividade administrativa, Maurice Hauriou<sup>60</sup>, tratando da história da discricionariedade<sup>61</sup>, afirmou:

“A lei foi colocada sob um pedestal e uma teoria jurídica foi construída para reconduzir todo o direito à regra de direito e para subordinar a esta todo o poder, recusando ao poder discricionário qualquer relevância jurídica. Para responder a estes exageros, será suficiente recordar que mesmo na França pós-revolucionária, a supremacia da lei escrita lentamente declinou e que, por um movimento inverso, restaurou-se lentamente o poder dos juízos discricionários, a ponto de que fosse restabelecido, entre os dois domínios, um novo equilíbrio”

Deu-se então, com impressionante rapidez, o que Eros Roberto Grau<sup>62</sup> chamou de processo de “transformação (na verdade, involução)” do princípio da legalidade, que

“originariamente implicava em que todo elemento de um ato da Administração deveria estar expressamente previsto como elemento de alguma hipótese normativa, devendo a norma fixar poderes, direitos, deveres, etc., modos e seqüência dos procedimentos, atos e efeitos de cada um dos seus componentes e requisitos de cada ato – do que resultava a concepção do Poder Executivo como *administração* e da administração como *execução*”

Essa “transformação” do princípio da legalidade em relação à sua concepção inicial, que nunca chegou a ser implementada, acentuou-se ainda mais com a concessão de poderes normativos à Administração Pública para estabelecer normas gerais e abstratas.

Se esses poderes administrativos de caráter normativo já haviam se imposto no Estado liberal, essencialmente absentéista, tiveram e têm a sua importância e âmbito de atuação multiplicados após o advento do Estado pluriclasse, gestor de inúmeras atividades sociais e econômicas ou, mais recentemente, delas regulador.

Em 1955, Georges Ripert<sup>63</sup>, apesar do tom crítico, reconheceu o fato de que

“o papel da Administração cresceu quando a abundância e rápida sucessão das leis destruiu a estabilidade do regime legal. Os sujeitos de direito não sabem mais quais são os seus direitos e obrigações e se atém cegamente àqueles que lhes ditam a conduta. O dirigismo econômico que desenvolveu a ação administrativa. Os juristas se apagam frente aos tecnocratas, já que, somente eles, possuem os conhecimentos necessários para saber como conduzir a economia. A Administração tornou-se a Senhora da atividade econômica e mesmo de toda atividade humana”

J. J. Gomes Canotilho<sup>64</sup> denota que “as leis continuam como elementos básicos da democracia política (...), mas deve reconhecer-se que elas se

transformaram numa *política pública* cada vez mais difícil, tornando indispensável o afinamento de uma *teoria geral da regulação jurídica*. (...) A idéia de que a lei é o único procedimento de regulação jurídico-social deve considerar-se ultrapassada (A. Rhinow, N. Achterberg, U. Karpen, E. Baden). A lei é, ao lado das decisões judiciais e das “decisões” da administração, um dos instrumentos da regulação social”

As mudanças na teoria da legislação não foram, porém, apenas de natureza formal, consubstanciadas na sua “desparlamentarização”, mas também materiais, refletidas na redução das suas pretensões à generalidade, ou seja, à abrangência de todo o corpo social sem levar em conta as características especiais de parcelas da sociedade ou de determinadas atividades. É, de fato, importante notar como, “*de uma concepção de lei geral e abstrata de tradições liberais oitocentistas a uma legislação de caráter administrativo própria do Estado interventor, se esteja delineando uma tendência à expansão das normatizações setoriais, fruto de um ordenamento policêntrico e pluralista*”<sup>65</sup>.

Disso, não se pode, entretanto, inferir o fim do Estado DE Direito, já que este não se confunde com o Estado legal ou Estado DO Direito<sup>66</sup>.

O Estado legal ou DO Direito consiste apenas no estabelecimento de uma regra de competência atributiva da sobrepujança do Poder Legislativo sobre os demais. O Estado DE Direito, ao revés, consubstancia-se numa ordem axiológica da sociedade<sup>67</sup>. “Se o Estado DO Direito se caracteriza essencialmente por suas formas e suas estruturas jurídicas, é, no Estado DE Direito, a participação ideológica que prevalece sobre a arquitetônica jurídica e liga a esperança da liberdade à sua realização”<sup>68</sup>.

O que devemos ter realmente em mira, independentemente de qual seja o Poder ou a entidade emanadora, é que as normas jurídicas devem, em qualquer hipótese, atender ao devido processo legal, em suas di-

mensões adjetivas e substantivas, e visar à realização dos valores constitucionais.

Prevenindo-nos contra quaisquer perplexidades, Carlos Ari Sundfeld<sup>69</sup> explica

“porque a adoção de um amplo sistema de regulamentos autônomos ou o controle da produção legislativa pelo Executivo não eliminou o Estado de Direito: ainda que a norma a aplicar (lei, regulamento, diretiva comunitária, não importa) não os favoreça ou induza, sua aplicação há de seguir um “catálogo de mandamentos” que excluirá o arbítrio. (...) Em termos exclusivamente lógicos, o Estado de Direito pode prescindir da subordinação do ato administrativo à lei e do Executivo ao Legislativo. Basta preservar em vigor o dogma de que o ato da Administração não pode ser fruto do capricho (mesmo que não haja uma lei a sujeitá-lo)”

Será nesta perspectiva – a perspectiva do Estado democrático de Direito – que abordaremos o poder normativo das agências reguladoras independentes. A tarefa é, no entanto, dificultada, por um lado, pelo conservadorismo de parte da doutrina e, por outro, pela total profusão e confusão da nomenclatura existente na matéria: regulamentos meramente executivos, interpretativos, autônomos, independentes, delegados, organizativos, livres, integrativos, de necessidade, etc.<sup>70</sup>

Para evitar esse emaranhado estéril, optamos por não fazer referência a denominações específicas de espécies regulamentares<sup>71</sup>, até porque, em última análise, a diferença entre elas concerne tão-somente ao grau, à amplitude com que a discricionariedade ou o poder normativo<sup>72</sup> são conferidos aos órgãos ou entidades não integrantes do Poder Legislativo.

As leis atributivas de poder normativo às entidades reguladoras independentes possuem baixa densidade normativa, a fim de propiciar o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e agilida-

de, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente. Ademais, recomenda-se que propiciem à Administração a possibilidade de, na medida do possível, atuar consensualmente, com alguma margem de negociação, junto aos agentes econômicos e sociais implicados.

Detalhando essa necessidade, Giuseppe Abbamonte<sup>73</sup> adverte que, diante de uma realidade de grande complexidade, decorrente da crescente concentração dos centros de poder econômico, se requer ações capazes de identificar e individualizar obrigações, acompanhar o seu cumprimento, fixando, inclusive, regras de comportamento, inserindo-se na realidade, guiando-a e, possivelmente, corrigindo-a, ou, ao menos, reequilibrando as tendências desestabilizadoras. Deve haver a capacidade de coordenação do público e do privado, de modo a “receber material de primeira mão”, calibrar a ação em relação às circunstâncias e, ao mesmo tempo, em relação às possibilidades concernentes aos vários ramos de atividades econômicas, na seqüência do tempo e na diversidade de lugares”.

Observa Silvano Labriola<sup>74</sup> que, não consistindo a regulação numa disciplina destinada a conformar a atividade privada, mas a ditar as regras e condições gerais do seu desenvolvimento, a relação entre a lei e as normas das autoridades independentes é tão atípica que faz com que se questione se estas estão realmente subordinadas àquela.

“O Legislador, de fato, se limita a fixar poucos princípios, sobretudo a indicar os valores a serem perseguidos pela autoridade(...). A autoridade independente possui uma discricionariedade consideravelmente ampla conferida pela lei para preencher os espaços por ela deixados e para desenvolver os princípios nela estabelecidos. A normatização da autoridade teria nesta hipótese, de fato, força primária”

A lei, portanto, sem dar início *de per se* a uma normatização mais completa, e, muito

menos, exaustiva da matéria, estabelece apenas parâmetros bem gerais da regulamentação a ser feita pelo ente regulador independente.

Essas leis integram a categoria das leis-quadro (*lois-cadre*) ou standartizadas, próprias das matérias de particular complexidade técnica e dos setores suscetíveis a constantes mudanças econômicas e tecnológicas.

As leis com essas características não dão maiores elementos pelos quais o administrador deva pautar a sua atuação concreta ou regulamentar, referindo-se genericamente a valores morais, políticos e econômicos existentes no seio da sociedade (saúde pública, utilidade pública, competição no mercado, preços abusivos, continuidade dos serviços públicos, regionalização, etc.). Assim, confere à Administração Pública um grande poder de integração do conteúdo da vontade do legislador. O objetivo das leis assim formuladas é “introduzir uma vagueza que permita o trato de fenômenos sociais, muito fugazes para se prestarem ao aprisionamento em uma regra precisa”<sup>75</sup>.

Destaque-se que a referência aos “quadros estabelecidos pela lei” não concerne apenas a determinado diploma legislativo, mas sim ao conjunto do ordenamento jurídico. É este que, explícita ou implicitamente, em seu sistema, confere às agências independentes poder regulamentar sobre determinada matéria, não nos sendo dado ficar presos apenas à letra da lei<sup>76</sup>.

Nesse particular, é grande o âmbito do poder regulamentar atribuído pelo conjunto do ordenamento jurídico, muitas vezes implicitamente pela própria Constituição (por que haveria poder para regulamentar leis ordinárias e não a própria lei constitucional?)<sup>77</sup>. Se, por exemplo, a Constituição estabelece que a Administração Pública deve prestar determinado serviço público (fim), não teria sentido que ela, independentemente da existência de lei ordinária, não pudesse regulamentar a sua prestação (meio)<sup>78</sup>.

Com isso, não estamos “forçando” o conteúdo da Constituição, mas apenas apli-

cando o princípio dos “*implied powers*”, concebido por Marshall nos seguintes termos<sup>79</sup>: “legítimo o fim e, dentro da esfera da Constituição, todos os meios que sejam convenientes, que plenamente se adaptem a este fim e que não estejam proibidos, mas que sejam compatíveis com a letra e o espírito da Constituição, são constitucionais”.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, em acórdão relatado pelo Ministro Carlos Velloso, inferiu da competência conferida pelo art. 237 da Constituição Federal ao Ministério da Fazenda para “a fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais”, a possibilidade deste, independentemente da existência de lei formal, vedar a importação de pneumáticos usados<sup>80</sup>.

Quanto à orientação do STF, merece menção a recente análise feita por Hamilton Dias de Souza<sup>81</sup>, específica em relação ao poder normativo das agências reguladoras, mesmo antes de caracterizarem-se como independentes: nos E.U.A.,

“aventou-se a questão de se tratar de um quarto poder, mas a jurisprudência atual é no sentido de validar os poderes normativos das agências. E no Brasil? No Brasil também e este é um dado extremamente importante. Eu me recordo de um acórdão, falando de um acórdão antigo, no caso do Instituto do Açúcar e do Alcool, que o plenário do STF, num julgado de longo voto do Ministro Nery da Silveira, que fazia todo um histórico da intervenção do Estado no setor sucroalcooleiro para, por final, concluir que era possível ao Instituto fixar, independentemente de lei e sem que estivesse escrito isso na lei, cotas de produção e cotas de comercialização de açúcar. Posteriormente, o I.A.A. legislou farta-mente, como também o I.B.C.”

Todavia, a possibilidade do poder normativo ser conferido em termos amplos e às vezes implícitos não pode isentá-lo dos parâmetros suficientes o bastante para que a

legalidade e/ou a constitucionalidade dos regulamentos seja aferida. Do contrário, estaríamos, pela inexistência de balizamentos com os quais pudessem ser contrastados, impossibilitando qualquer forma de controle sobre os atos normativos da Administração Pública, o que não se coadunaria com o Estado de Direito.

Ocorre que também esses parâmetros podem ser extraídos, tanto da letra de alguma disposição legal, como, de forma implícita, do seu espírito ou do sistema jurídico como um todo. Nesse sentido, a Suprema Corte Norte Americana chegou a decidir que o mero estabelecimento da finalidade de alcançar o “interesse público”, a ser perseguida no exercício do poder regulamentar de certa agência independente, já era capaz de legitimar o seu exercício: “o termo “interesse público”, tal como empregado, não é um conceito desvestido de critérios, mas possui relação direta com a adequação dos serviços de transporte, com as suas condições essenciais de economia e eficiência (...)”<sup>82</sup>.

Podemos inferir da exposição a grande relatividade da nomenclatura usualmente empregada pela doutrina<sup>83</sup> para distinguir as diversas espécies de regulamentos (executivos, autônomos, etc.), razão pela qual, como acima advertimos, optamos por não priorizá-las. Com efeito, se aos poderes regulamentares até aqui tratados for atribuído um conceito de “execução” amplo, abrangendo qualquer desenvolvimento de normas, todos os regulamentos poderão ser considerados como “de execução”<sup>84</sup>. Por outro lado, se deitarmos o foco sobre o caráter de alguma forma sempre criativo da atividade do administrador público (ou mesmo do juiz)<sup>85</sup>, esses regulamentos serão, em maior ou em menor medida, “autônomos” ou “independentes”, dependendo da nomenclatura adotada.

## 5. A delegificação

O instituto da delegificação, do qual pasaremos a tratar nas próximas linhas, cons-

titui fenômeno inteiramente distinto das manifestações de poder regulamentar acima analisadas. Nestas, o legislador, no uso da sua liberdade para dispor sobre determinada matéria, atribui um largo campo de atuação normativa à Administração, que permanece, em todo caso, subordinada às leis formais. Os regulamentos assim expedidos não podem revogar leis anteriores e são revogáveis por leis posteriores. Por isso, entendemos que não podem ser impugnados mediante o argumento de ter havido delegação de poder legislativo – integram o Direito positivo, mas não possuem força de lei.

De maneira diversa, a delegificação consiste, nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>86</sup>, na “retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei (*domaine de la loi*) passando-as ao domínio do regulamento (*domaine de l'ordonnance*)”<sup>87</sup>.

O Mestre Eduardo García de Enterría<sup>88</sup> conceitua a delegificação ou deslegalização como

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

seria possível se não existisse previamente a lei degradadora”

Mais adiante, destaca que a lei de deslegalização “não é uma lei de regulação material, não é uma norma diretamente aplicável como *norma agendi*, não é uma lei cujo conteúdo deva simplesmente ser completado; é uma lei que limita seus efeitos a abrir aos regulamentos a possibilidade de entrar em uma matéria até então regulada por lei”<sup>89</sup>, ressalvadas as matérias resguardadas por reserva absoluta de lei formal, como são, no Direito brasileiro, os tributos e os crimes<sup>90</sup>.

Por esse entendimento, não há qualquer inconstitucionalidade na delegificação, que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria. E, com efeito, se este tem poder para revogar uma lei anterior, por que não o teria para, simplesmente, rebaixar o seu grau hierárquico? Por que teria que direta e imediatamente revogá-la, deixando um vazio normativo até que fosse expedido o regulamento, ao invés de, ao degradar a sua hierarquia, deixar a revogação para um momento posterior, a critério da Administração Pública, que tem maiores condições de acompanhar e avaliar a cambiante e complexa realidade econômica e social?

Essas observações decorrem do princípio da essencialidade da legislação, pelo qual, segundo J.J. Gomes Canotilho<sup>91</sup>, a Teoria da Legislação

“deve contribuir para a clarificação da forma dos actos normativos, quer na escolha da forma entre os vários escalões normativos (exemplo: opção entre a forma legal ou a forma regulamentar) quer dentro da mesma hierarquia normativa (exemplo: opção por lei ou decreto-lei, decreto regulamentar ou portaria). Uma das orientações hoje sugeridas é a de que, no plano das decisões estaduais, interessa não

só ou não tanto o reforço da legitimação democrática, mas que a decisão seja justa. A ‘justeza’ da decisão dependerá, em grande medida, de se escolher o ‘órgão’ mais apetrechado quanto à organização, função e forma de procedimento para tomar essa decisão”

Há, contudo, opiniões que sustentam que tal deslocamento de sede normativa só pode ser operado pela própria Constituição, isto é, que a liberdade do legislador, em um regime de Constituição rígida, não pode chegar ao ponto de abrir mão dos seus poderes, delegando-os. Para essa assertiva, pouco importaria que a Constituição vede ou não expressamente a delegação de poderes, vez que a vedação decorreria da própria divisão constitucional de competências. Sendo assim, afirmam esses autores, a delegificação por via legislativa implicaria a derrogação infraconstitucional de competências fixadas pelo Poder Constituinte<sup>92</sup>.

Vezió Crisafulli<sup>93</sup>, cuja inestimável contribuição à teoria da aplicabilidade das normas constitucionais tantas marcas deixou na doutrina brasileira, expressa a sua opinião nesse sentido, ao afirmar que

“o fenômeno consistiria, então, na desqualificação, disposta expressamente pela lei, de determinada norma, originariamente legislativa, a qual viria a ser atribuída estatura regulamentar: de maneira que, não seria o regulamento sucessivo que adquiriria (inadmissivelmente) força de lei, mas as normas delegificadas que viriam a ter força passiva de fontes regulamentares. A reconstrução gera, todavia, perplexidade, porque, desqualificando algumas de suas próprias disposições ou de outra lei, a lei estaria em substância, demitindo-se da força que por natureza lhe é própria, contrastando com as normas constitucionais que a disciplinam enquanto lei”

Refutando esse argumento, Eduardo García de Enterría observa que

“um setor da doutrina italiana, tratando sempre do conceito de delegação como transferência de poder, tem, sob este pressuposto, visto a delegação como transferência do poder ab-rogatório da lei. Porém, o argumento, que é sutil, não é todavia, correto. A ab-rogação da lei anterior por norma deslegalizada não é um poder próprio, mas uma simples consequência da degradação normativa legalmente operada. Por outro lado, a Administração se utiliza da delegação ínsita na deslegalização não apenas no momento do primeiro exercício da mesma, como também posteriormente, quando substitui esta primeira norma por outras igualmente regulamentares, momento no qual é evidente não está ab-rogando ou inovando leis, mas suas próprias disposições regulamentares anteriores. A técnica da deslegalização se limita a esse plano formal de manipulação sobre o grau hierárquico (manipulação que também se conhece em sentido contrário, com uma elevação da hierarquia normativa de uma regulação regulamentar)”<sup>94</sup>.

De nossa parte, entendemos que, apesar de ambas as posições possuírem grande plausibilidade, após um primeiro momento de perplexidade por parte de setores da doutrina e da jurisprudência brasileiras, contumazmente infensos a mudanças de posições tradicionais, as necessidades práticas de uma regulação social ágil e eficiente irão, em um espaço de tempo não muito largo, impor o amplo acatamento do instituto da delegificação, até porque, além das razões de ordem prática, reveste-se de sólidos argumentos jurídicos<sup>95</sup>.

Com efeito, devemos observar que o Poder Legislativo, em face da complexidade, dinamismo e tecnicização da sociedade, tem distinguido os aspectos políticos dos de natureza preponderantemente técnica da regulação social, retendo os primeiros, mas, consciente das suas naturais limitações,

transpassando a outros órgãos ou entidades, públicas ou privadas, a normatização de cunho marcadamente técnico. Porém, mesmo nesses casos resguarda o Poder Legislativo o balizamento e a coordenação dessas regulações plurifórmicas e pluricêntricas<sup>96</sup>.

Nota-se, com isso, a grande conexão existente entre os ordenamentos técnico-setoriais, as entidades reguladoras independentes e a proliferação de sedes normativas não parlamentares, aí inclusas, com destaque, as propiciadas pelas delegificações. Todos esses fenômenos constituem o reflexo no Direito da complexidade da sociedade contemporânea.

*A necessidade de descentralização normativa, principalmente de natureza técnica, é a razão de ser das entidades reguladoras independentes, ao que podemos acrescentar o fato de a competência normativa, abstrata ou concreta, integrar o próprio conceito de regulação.*

Dessa forma, parece-nos que, em princípio, *as leis criadoras das agências reguladoras implicam, pelo menos em matéria técnica, deslegalização em seu favor, salvo, logicamente, se delas se inferir o contrário.*

Nesse sentido, Felice Giuffrè<sup>97</sup> sustenta que, mesmo quando as entidades reguladoras independentes não tiverem sede constitucional, deve-se

“admitir que a atribuição de funções de regulação e decisão, a serem exercidas através do exercício conjunto de competências normativas, executivas e contenciosas, a órgãos postos em uma posição, mais ou menos intensa de distância ou separação do poder político-partidário, e caracterizados por uma elevada especialização no respectivo setor, demonstra como o ‘mandato em branco’ conferido pelo Parlamento a outros centros de competência normativa representa a afirmação da incapacidade do legislador em dominar, por si próprio, o complexo cada vez menos decifrável dos interesses sociais”.

Também Paola Bilancia<sup>98</sup> percebe que, com a atribuição de funções normativas a instituições de caráter técnico, não diretamente derivadas dos poderes representativos e em relação a eles neutros e independentes, dá-se uma transferência das funções decisórias da tutela dos interesses públicos, do circuito político, para autoridades capazes de, sempre com base em uma lei de conteúdo genérico, tomar decisões de caráter técnico-jurídico.

Abordando a matéria, Marco Aurélio Greco<sup>99</sup> certa feita indagou:

“será que numa interpretação do direito positivo nós não deveríamos interpretar legalidade com eficiência, e, óbvio, eficiência com legalidade? Mas em que a legalidade deixa de ser um desenho formal para ser um instrumento funcional de obtenção de resultados, de atingimento de objetivos? E talvez dentro deste contexto e a partir deste desenho é que nasceriam essas agências, com reflexos, automaticamente, no seu poder regulamentar, que em certa medida, acredito que até extravasa a figura do regulamento clássico”.

Ressaltamos que, mesmo para os que não acolhem a delegificação por via legislativa, o instituto tem grande importância no Direito positivo brasileiro, já que, em diversos casos, é a própria Constituição que delegifica matérias para entidades estatais e não estatais: em favor das entidades desportivas privadas (art. 217, I)<sup>100</sup>, dos órgãos reguladores da prestação dos serviços de telecomunicações (art. 21, XI) e da exploração do petróleo (art. 177, § 2º, III)<sup>101</sup>, das universidades em geral (art. 207)<sup>102</sup>, etc.

Em todas essas hipóteses, por sua sede constitucional, temos uma reserva inquestionavelmente legítima de poder normativo delegificado em favor de órgãos ou entidades estranhas ao Poder Legislativo. E mais, como essas esferas normativas autônomas fundamentam-se diretamente no Poder Constituinte, estão protegidas contra as in-

gerências que a elas venham a ser impostas, ressalvada, naturalmente, a incidência de normas da própria Constituição, mormente as concernentes à Administração Pública, e a possibilidade de balizamento e coordenação de caráter político – não técnico – pelo Poder Legislativo<sup>103</sup>.

### 6. O caráter não exclusivo da competência normativa do chefe do Poder Executivo

Uma derradeira observação deve ser feita para prevenir-nos de qualquer posição que, partindo de uma interpretação literal e isolada do art. 84, IV, *in fine*, da Constituição Federal, entenda que o poder regulamentar só possa ser exercido pela Administração central do Estado, em última instância, pelo Chefe do Poder Executivo.

Muitas vezes a lei confere poder regulamentar a Titular de órgão ou a entidade da Administração Pública distinta da Chefia do Poder executivo. Trata-se, na expressão de San Thiago Dantas<sup>104</sup>, de “descentralização do poder normativo do Executivo” para órgãos ou entidades “tecnicamente mais aparelhados”. Afirma ainda o grande jurista brasileiro que

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

Também Vezio Crisafulli<sup>105</sup>, ao comentar dispositivo da Constituição italiana<sup>106</sup> análogo ao art. 84, IV, *in fine*, da Constituição brasileira, constata que

“nenhum problema particular de admissibilidade se põe, em fim, sempre partindo da premissa que o sistema constitucional das fontes é fechado

apenas ao nível das fontes legislativas e constitucionais, aos estatutos e regulamentos de autonomia dos entes públicos institucionais (entes ditos paraestatais, instituições públicas de assistência social, etc.). Aqui também estamos – da mesma forma que quando diante do poder normativo dos entes territoriais – na presença do fenômeno da autonomia”<sup>107</sup>.

Fixada a legitimidade da atribuição de competência normativa a órgãos específicos da Administração Direta ou a entidades da Administração Indireta, notadamente se titulares de autonomia propriamente dita – descentralização material, independência –, a ingerência do Chefe do Poder Executivo neste campo normativo consistirá em violação da respectiva norma legal ou constitucional<sup>108</sup>.

### 7. Conclusão

Esperamos, com o presente estudo, ter trazido alguma contribuição para a construção da dogmática jurídica da atividade regulatória descentralizada do Estado brasileiro, que tem representado um desafio para muitos dos operadores e pensadores do Direito, em razão da nossa tradição de centralização política e administrativa.

Este é o momento para que a doutrina, os aplicadores do Direito e os administradores públicos se empenhem para resguardar a incolumidade de numerosas entidades reguladoras independentes, que têm tudo para se consolidar como importantes instrumentos em favor da sociedade e do país, mas que devem ser protegidas de interferências exógenas.

Os seus dirigentes devem ter em mente que a independência da qual são dotadas só será capaz de propiciar os benefícios sociais para os quais foram instituídas se a própria entidade, no seu âmago, atender aos princípios maiores da Administração Pública e do Estado de Direito, mantendo-se sempre plurais e transparentes diante dos

diversos segmentos que a compõem e do meio social envolvente.

Serão, enfim, os controles sociais, a responsabilidade e o espírito público dos agentes estatais e privados que determinarão a manutenção e a potencialização das entidades independentes, dotadas de autonomia normativa, ou, ao revés, o lamentável retorno à regulação jurídica unitária, hierarquizada, e, já a conhecemos, ineficiente.

### Notas

<sup>1</sup> In, Pensées. [S.l.] : Ed. Jacques Chevalier, T.1,1925. p. 126.

<sup>2</sup> Eduardo García de Enterría descreveu o modelo administrativo napoleônico da seguinte maneira: “as funções ativas se reservam apenas aos órgãos com agentes individuais ou monocráticos, os quais se relacionam entre si mediante a técnica do escalonamento hierárquico, enquanto os órgãos colegiais ficam reduzidos a funções consultivas ou deliberativas situadas lateralmente à linha hierárquica, assistindo-a e complementando-a, mas sem diminuir a sua substantividade e prevalência” (in: *Revolución Francesa y administración contemporánea*. 4. ed.[S.l.] : Civitas,1998, p. 125).

<sup>3</sup> Como sói acontecer no Direito Público, a discrepância de nomenclatura é grande. No particular, adotaremos, com Celso Antonio Bandeira de Mello (in: *Privatização e serviços públicos, RTDP*. [S.l.:s.n.], 22, p. 172-180), o termo “privatização” para os serviços públicos cuja execução foi delegada à iniciativa privada e “desestatização” para as atividades econômicas que deixaram de ser exploradas por entidades estatais.

<sup>4</sup> Naturalmente que o termo “independência” aqui utilizado não é equivalente a “soberania”, mas sim a uma efetiva descentralização autônoma, conceito que, como será delimitado mais adiante, não exclui a coordenação pela Administração central.

<sup>5</sup> In: Pubblico e privato nell’economia di fini secolo, constante da obra coletiva *Le trasformazioni del diritto amministrativo*. Milão: Giuffrè Editore, 1995. p. 238.

<sup>6</sup> Corroborando a assertiva, afirmou Reinhold Zippelius: “Na sociedade industrial, a auto-regulação dos processos econômicos ou até de todos os processos sociais, esperada pelo liberalismo, não funciona na medida exigível. Na sociedade abandonada a si própria, formam-se grandes grupos de poder econômico, provocando um grave risco para uma harmonização equilibrada e justa dos interesses” (in: *Teoria geral do Estado*. Fundação Calouste

Gulbenkian, 3. ed., Tradução por Karin Praefke-Aires Coutinho. Coordenação de J. J. Gomes Canotilho.1997. p. 462).

<sup>7</sup> Quanto à nomenclatura adotada, mister se faz um esclarecimento. Alguns autores (entre outros, Gunther Teubner, in: *O direito como sistema autopoietico*. Tradução por José Engrácia Antunes. Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 127 e ss.), ao verem a mudança da atuação estatal sobre a economia, “dão ênfase à migração dos aspectos de modelação e controlo para os de autonomia e sensibilidade ao meio envolvente”, qualificando aqueles, próprios dos anos 50/80, como “regulamentação” e estes como “regulação”. Entendemos, no entanto, juntamente com Fernando Herren Aguiar (in: *Controle Social de Serviços Públicos*. [S.l.] : Max Limonad, 1999. p. 163/286), que os termos podem ser usados indistintamente, tendo em vista que, mesmo que nos dias de hoje o Estado busque preferencialmente soluções indutivas e consensuais, nada impede que, no exercício das mesmas competências, tenha que atuar de maneira vertical, coercitiva ou mesmo interventiva. Pela sua maior atualidade, daremos preferência ao termo “regulação” para designar ambas as formas de exercício da mesma atividade estatal, qual seja, a de adequação da atividade econômica aos interesses da coletividade, competência essa que, substancialmente, não é alterada pelo uso de estratégias distintas em face do meio envolvente. De toda sorte, a regulação, em qualquer dos sentidos acima aludidos, possui três principais aspectos: (a) a regulação dos monopólios, quando a competição é restrita ou inviável, evitando que eles lesem a economia popular, controlando os preços e a qualidade dos serviços ou produtos; (b) regulação para a competição, como forma de assegurar a livre concorrência; (c) regulação dos serviços públicos, assegurando a sua universalização, qualidade e preço justo.

<sup>8</sup> Veja-se, entre os trabalhos de Giannini a respeito da matéria, *Diritto Amministrativo*. 3.ed. Milão: Giuffrè Editore, v.1, 1993. De grande valia também é o recente trabalho de Sandro Amoroso, *Gli ordinamenti sezionali: itinerari d’una categoria teorica: l’archetipo del settore creditizio*. in: *Le trasformazioni del diritto amministrativo*. Milão: Giuffrè Editore, 1995. p. 1-24 e a obra *Gli Enti Pubblici : L’Amministrazione per Settori organici*, que constitui o volume oitavo do *Trattato di Diritto Amministrativo*, dirigido por Giuseppe Santaniello, Padova: CEDAM, 1990.

<sup>9</sup> In *O direito como sistema autopoietico*. Tradução por José Engrácia Antunes. Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 162, grifo nosso.

<sup>10</sup> Elisabetta Bani, por exemplo, considera que já ocorreu a passagem do Estado Social para o “Estado Regulador” (in: *Stato regolatore e autorità indipendenti*, constante da obra coletiva *Le trasfor-*

*mazioni del diritto amministrativo*. Milão : Giuffrè Editore, 1995. p. 20/23).

<sup>11</sup> Gunther Teubner, op. cit., vê o Direito, assim como a economia, a religião, a família, a ciência, etc., como subsistemas do sistema social, todos eles autônomos e fechados em si, comunicando-se por meio de signos e processos de integração comuns, decorrentes da afinidade existente em razão de integrarem o mesmo sistema – o sistema social. Tratando dessa concepção do Direito, na doutrina brasileira, Willis Santiago Guerra Filho, in: *Auto-poiese do direito na sociedade pós-moderna*. Porto Alegre : Ed. Livraria do Advogado, 1997.

<sup>12</sup> Giampaolo Rossi, op. cit., p. 229.

<sup>13</sup> Idem, ibidem, p. 230-242.

<sup>14</sup> Por exemplo, a média das alíquotas dos impostos incidentes sobre o comércio exterior que, nos anos cinqüenta, era de 40%, passou a 5% após a Rodada Uruguai do GATT de 1993 (cf. autor e op. cit., p. 230-231).

<sup>15</sup> Nas Constituições dos Estados sociais, manteve-se a iniciativa econômica privada, que, no entanto, foi condicionada, ao menos retoricamente, em favor das parcelas menos favorecidas da população. Mesmo, porém, a parte não propriamente excluída da população por vezes via-se (e vê-se) impotente diante do crescimento e concentração dos grupos econômicos. Bernard Schwartz coloca exatamente esta como sendo a mais importante razão que ensejou o surgimento das *agências* norte-americanas, mais especificamente a insatisfação dos fazendeiros do meio-oeste com as companhias ferroviárias, até então livres de qualquer regulação (in *American Administrative Law*. London : Sir Isaac Pitman & Sons Ltda., 1950. p. 1-7). Também Francesco Nititi advertia: “*No puede haber verdaderas democracias donde poderes incontrolados de grandeza desmesurada pretendan dominar – mucho menos com la riqueza de quienes los dirigen que disponiendo de la riqueza del público, en virtud de vastas organizaciones – no solo la producción, sino la prensa y los poderes políticos*” (In *La Democracia*. Tradução de Almela y Vives, Madrid : Ed. De M. Aguilar, 1932. p. 534 e 535).

<sup>16</sup> José Afonso da Silva, ao tratar do desenvolvimento histórico do Estado Social e Democrático de Direito, reafirma a atual exigência de “que se instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção” (in *RDA*, 215/16).

<sup>17</sup> In *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução por Luís Afonso Heck. Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 45.

<sup>18</sup> In op. cit., p. 31-32.

<sup>19</sup> “*Of no less importance in understanding the limited effectiveness of the courts in this field is a realization of the part played by informal methods of adjudica-*

*tion in the administrative process. The great bulk of administrative decisions are made informally and by mutual consent. Most transactions between the citizen and the agency do not reach the stage of formal procedure*” (Bernard Schwartz, in op. cit., p. 15). Charles-Albert Morand, ao tratar das autoridades independentes francesas, também destaca este importante traço dos ordenamentos setoriais: “*Il faut leur faire une place à part, parce que ces autorités manifestant au plus haut point l’idée de gouvernance, celle d’un pilotage non autoritaire des conduites. (...) Même lorsqu’elles disposent d’un pouvoir de décision, elles préfèrent des moyens moins contraignants, mieux adaptés à leur mission. Cela se comprend dans la mesure où ces autorités ont été créées ‘en raison de l’inadéquation des modes classiques d’expression du pouvoir’*” (in *Le Droit Néo-Moderne des Politiques publiques*, LGDJ, 1999, p. 169).

<sup>20</sup> Bernard Schwartz, op. cit., p. 6-7.

<sup>21</sup> “O direito moderno mantém elevada interdependência com os demais sistemas (p. e., econômico, político, científico, etc.), e é sensível às demandas que lhe são formuladas por este ambiente (abertura cognitiva); entretanto, só consegue processá-las nos limites inerentes às estruturas, seleções e operações que diferenciam o direito dos demais sistemas (fechamento operativo). Dessa perspectiva, o sistema jurídico é um só, pouco importando se as cadeias normativas são múltiplas, não-hierarquizadas, informais ou produzidas em diferentes contextos. Essa unicidade decorre da função do direito e não da arquitetura do sistema normativo. A *globalização demanda novas diferenciações no interior do sistema jurídico, mas não é capaz de corromper sua função*” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. Teoria do direito e globalização econômica. In *Direito global*. [S.l.] : Max Limonad, 1999. p. 80 – grifo nosso).

<sup>22</sup> In *Derecho y management en las administraciones públicas*: notas sobre la crisis y renovación de los respectivos paradigmas. p. 3 (fonte: www.crad.org.ve).

<sup>23</sup> Nada há a criticar na utilização da sociologia e da economia na hermenêutica jurídica, muito pelo contrário, desde que, contudo, os argumentos jurídicos não sejam colocados em segundo plano.

<sup>24</sup> Op. cit., p. 5.

<sup>25</sup> “*Nos encontramos con un incomprendible (desde la perspectiva de un Estado Social de Derecho) abuso de las técnicas jurídico-privadas por parte de las Administraciones públicas que, sobre el estandarte de la eficacia (entendida desde una perspectiva económica y social) está acarreado la eliminación de las garantías públicas, de indudable transcendencia en un campo tan especial como lo es el de la contratación, y que, los lejos de producir ventajas, está ocasionando importantes disfunciones desde el prisma del modelo económico constitucional de la economía social de mercado. Este fenómeno es de especial transcendencia en el caso de la contrata-*

*ción pública al evitar los mecanismos previstos para ella con la creación de entes ficticios sometidos al Derecho Privado* (FELIU, José Maria Gimeno, in “*El control de la contratación pública*.” [S.l.] : Ed. Civitas, 1995. p. 115-116).

<sup>26</sup> Cf. FACHIN, Luiz Edson. In *Anuário Direito e Globalização* do Programa Interdisciplinar Direito e Globalização da U.E.R.J., Renovar, v. 1, 1999. p. 207 e 214.

<sup>27</sup> Como já ressaltado, não se nega a grande utilidade que o emprego pela Administração Pública de instrumentos de direito privado e de mecanismos administrativos consensuais pode ter, desde que observados os princípios constitucionais a ela concernentes.

<sup>28</sup> CATALÁ, Joan Prats i . In op. e p. cit.

<sup>29</sup> In *Pubblico e privato nell’economia di fini secolo*. cit., p. 224 e 227.

<sup>30</sup> A respeito do momento histórico que vivemos, pronunciou-se Niklas Luhmann, certamente o mais importante e influente sociólogo do Direito na atualidade: “*L’affaire est que nous ne sommes pas dans une phase de ‘post-histoire’, mais au contraire dans une phase d’évolution turbulente sans issue prédictible*” (in op. cit., p. 26).

<sup>31</sup> In *Comentários à Constituição de 1967*. Forense, T. 1, 1987. p. 265. Não pretendemos aqui negar a mútua influência existente entre o Direito, notadamente a sua hermenêutica, e a ideologia, mas entendemos que deve ser buscado um equilíbrio para evitar que uma seja instrumentalizada em favor da outra. A respeito do tema, merece ser citado André-Jean Arnaud, Diretor de Pesquisa da Universidade de Paris e Coordenador do Programa Interdisciplinar Direito e Globalização da UERJ: “(...) toda forma de interpretação remete necessariamente a uma escolha ideológica inicial sobre as relações do jurídico com as ideologias, existe um certo número de tipos de interpretação correspondendo a um certo número de sistemas definidos” (in *O direito traído pela filosofia*. Tradução por Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 186). Deve ser corroborado no excerto transcrito o número limitado de interpretações possíveis. É apenas na opção entre estas que a ideologia pode exercer alguma influência. Na doutrina brasileira, ver *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*, de Oscar Vilhena Vieira, Ed. RT, 1994, na qual são analisadas diversas decisões de elevado conteúdo político-ideológico desta Corte.

<sup>32</sup> Frederic Jameson, in *Os dualismos de hoje em dia*, constante da obra coletiva *Gilles Deleuze: uma vida filosófica*. Tradução por Eloisa Araújo Ribeiro e João Luiz Ribeiro, Ed. 34, 2000. p. 377.

<sup>33</sup> Op. cit., p. 13-14.

<sup>34</sup> In *Los Nuevos entes regulatorios*, integrante da obra coletiva *El derecho público actual*. Buenos Aires : Ediciones Depalma, 1994. p. 45/6.

<sup>35</sup> Cabe aqui a mesma indagação feita na apresentação da obra “*Les autorités administratives indépendantes*”, coord. Claude-Albert Colliard e Gerard Timsit, PUF, 1988 (contra-capá): “Devemos reuni-las e as reduzir às dimensões habituais e tranquilizadoras das instituições administrativas de um Estado clássico, ou podemos concebê-las – já que acarretam uma independência da Administração em relação ao poder político e introduzem outras formas de normatização – como uma revisão das categorias tradicionais de Direito e de Estado ?” A questão é por demais complexa para ser inteiramente destrinchada neste trabalho de cunho articular. Todavia, não deixaremos de abordar os aspectos que, por aparentemente contrariarem conceitos liberais clássicos, são capazes de gerar alguma perplexidade aos seus cultores mais tradicionais.

<sup>36</sup> “*Malgré l’apparente précision des textes, il ne faut croire que la fameuse théorie de Montesquieu sur la Séparation des pouvoirs soit parfaitement claire et facilement intelligible. La meilleure preuve qu’il n’en rien, c’est qu’elle a donné e donne encore matière à des discussions passionnés et à des interprétations innombrables.(...) Bien rares sont les études pleinement objectives et exemptes de toute préoccupation tendancieuse*” (VILLENEUVE, Marcel de la Bigne de. In: *La fin du principe de séparation des pouvoirs*. Sirey, 1934. p. 9).

<sup>37</sup> Cf. ZIPPELIUS, Reinhold. In *Teoria geral do estado*. 3. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, tradução por Karin Praefke-Aires Coutinho, Coordenação de J. J. Gomes Canotilho, p. 416.

<sup>38</sup> *Idem, ibidem*

<sup>39</sup> In *Teoría de la Constitución*. Tradução por Alfredo Gallego Anabitarte. Ariel, 1986. p. 55-6.

<sup>40</sup> Op. cit., p. 412.

<sup>41</sup> STERN, Klaus. In: *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. Tradução por Javier Pérez Royo e Pedro Cruz Villalón. Centro de Estudios Constitucionales, 1987. p. 236 (grifo nosso).

<sup>42</sup> SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. In: *Direito público e sociedade técnica*. Coimbra : Atlântica Editora, 1969. p. 160 (grifo nosso).

<sup>43</sup> In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ed. RT, 27/15 (grifos nossos).

<sup>44</sup> In: *Regulamentação Efetiva dos serviços de Utilidade Pública*. Ed. Forense, 1941. p. 107.

<sup>45</sup> Em outras palavras, não serão as acumulações de poderes sempre constitucionais, mas certamente o serão se privilegiarem os valores do Estado de Direito.

<sup>46</sup> Conforme afirma Robert E. Cushman, a Suprema Corte Norte-Americana refutou os argumentos contrários à compatibilidade da concentração de poderes nas *commissions* com o princípio da separação de poderes ao exigir que aqueles poderes fossem exercidos com estrita observância do devido processo legal, formal e substancial (in *The independent regulatory commissions*. Oxford University

Press, 1941. p. 417-478, *passim*). A. Salandra chega a considerar que a efetiva descentralização administrativa, com a concessão de autonomia aos órgãos e entidades públicas parciais, é exigência de uma visão evolutiva do princípio da separação dos poderes, da liberdade individual e da democracia pluralista (*Corso di Diritto Amministrativo*. C. Manes, Roma, Atheneum, 1915, 2, p. 39. *passim*). Em outra obra, o mesmo autor afirma que, “obtida a liberdade na ordem da constituição, todas as aspirações, todos os esforços se voltaram para realizá-la na ordem da administração, o que não é possível senão encontrando um modo de decompor, de romper a centralização dos poderes administrativos no Chefe do Estado (...), confiando uma grande parte deles a outros órgãos independentes. Assim, a descentralização, isto é, a divisão dos poderes administrativos, tornou-se o ideal de toda uma geração de publicistas e de homens de Estado” (in *La giustizia amministrativa nei governi liberi, con speciale riguardo al vigente diritto italiano*. Torino : Unione Tipografica Editrice, 1914. p. 20).

<sup>47</sup> In: *Tratado de derecho administrativo*, 3. ed. Tomo 1, Ed. Macchi, p. 15.

<sup>48</sup> Op. cit., p. 296.

<sup>49</sup> “Nos estados Unidos, o Direito Administrativo se desenvolveu de acordo com previsões específicas de uma Constituição que consagrou o princípio da divisão de poderes tal qual formulado originariamente por Montesquieu, e que não concebe uma Administração Pública que exerça potestades administrativas, tal como lhes são reconhecidas pelo Direito Continental Europeu” (CARBONELL, Eloísa. In *Agencias y procedimiento administrativo em Estados Unidos de América*. Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 19).

<sup>50</sup> VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. In *A separação dos poderes na constituição americana: do veto legislativo ao Executivo unitário: a crise regulatória*. Coimbra Editora, 1994. p. 33.

<sup>51</sup> Apud autor e op. cit., p. 92.

<sup>52</sup> In *Il diritto pubblico italiano*. Milano : Giuffrè, 1988. p. 114.

<sup>53</sup> In: *Doctrine générale del'état*. Bruxelas e Paris : Bruylant e Sirey, 1939. p. 284-5 (grifo nosso).

<sup>54</sup> O ideal liberal clássico pretendeu concretizar-se principalmente através da codificação das normas jurídicas, o que levaria à sistematização racional de todas elas em apenas um diploma legislativo. Tratando do malogro da codificação, Henri De Page, com a elegância de estilo e erudição que lhe é peculiar, vivenciou da seguinte forma o centenário do Código Civil Francês: “*La foi dans la codification est ébranlée. On hoche la tête quand on parle de son efficacité. On la critique avec amertume. A cent ans de date, on se souvient du code civil, mais plutôt pour lui prédire ‘un enterrement honorable’; et la célébration du centenaire ressemble plus à une oraison funèbre qu’à*

*une solennité glorificatrice*” (in: *De L’Interprétation-des Lois. Tome Premier*, Bruxelas : Payot & Cie., 1925. p. 19 e 20). Sobre o tema, também não pode deixar de ser citada a obra de Pietro Perlingeri, *Perfis de Direito Civil: uma introdução ao direito civil constitucional*. Ed. Renovar, 1999. Tradução por Maria Cristina De Cicco.

<sup>55</sup> Para aprofundamento deste ponto da concepção liberal do direito, de grande atualidade é a acima citada obra de Charles-Albert Morand, p. 29-32.

<sup>56</sup> No direito brasileiro, o fenômeno foi sentido por meio, por exemplo, dos estatutos da mulher casada, da lei do divórcio, de proteção aos menores, do código das águas, das leis contra a usura, etc. Sob esse ponto de vista, específico do Direito Civil brasileiro, a evolução dogmática nacional pode ser atribuída em grande parte a Gustavo Tepedino, cujos trabalhos foram compilados no *Temas de Direito Civil*, Ed. Renovar, 1999.

<sup>57</sup> Op. cit., p. 30, 31 e 35.

<sup>58</sup> O que importa frisar é que a autonomia ou independência das agências reguladoras não implica ausência de controles (não hierárquicos), vez que não podem ficar excluídas do planejamento e coordenação do conjunto das ações estatais. Note-se que, mesmo nos Estados Unidos da América do Norte, país no qual as agências reguladoras alcançaram o seu maior grau de autonomia, o Presidente da República editou a Ordem Executiva nº 12.886/93 – *Regulatory Planning and Review*. Esse ato estabelece procedimentos obrigatórios para as agências, no sentido de que, antes de regulamentarem determinada matéria, devem comunicar a sua intenção a um órgão central do Governo – o *Regulatory Working Group* – incumbido de alertá-las para as regulações desnecessárias, dúplices ou contraditórias entre si ou com a política governamental. Para maiores detalhes, remetemos o leitor à obra de Eloísa Carbonell e José Luis Muga, *Agencias y procedimiento administrativo em Estados Unidos de América*. Ed. Madrid : Marcial Pons, 1996. p. 43-47.

<sup>59</sup> GENY, François. In: *Science et technique en droit privé positif*. T. 3, apud Henri De Page, op. cit., p. 25, na qual também há uma ampla fundamentação à assertiva acima realizada.

<sup>60</sup> In: *Aux Sources du Droit*. Paris : Librairie Bloud & Gay, 1993. p. 184-185.

<sup>61</sup> Quanto à preponderância das razões de ordem prática no surgimento da discricionariedade, ver LAUBADÈRE, André de, *Traité de Droit Administratif*. 15. ed. T. 1, LGDJ, 1999. p. 693.

<sup>62</sup> In Algumas notas para a reconstrução do princípio da legalidade. *Revista de Direito da Faculdade de Direito da USP*, 78. M. S. Giannini, op. cit., p. 88, afirma: “*Questa concezione rigida del principio di legalità corrisponde alla concezione del potere amministrativo come potere esecutivo, e quindi*

dell'amministrazione come esecuzione. Siccome in tal modo le amministrazioni pubbliche non avrebbero potuto funzionare, si trovarono due valvole, nella discrezionalità amministrativa, e in taluni atti amministrativi da adottare solo in circostanze straordinarie, che erano le "ordinanze di necessità".

<sup>63</sup> In: *Les forces creatrices du droit*", Paris : L.G.D.J., 1955. p. 377.

<sup>64</sup> In: Relatório sobre programa, conteúdos e métodos de um curso de teoria da legislação. Separata do v. 63 do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. p. 09 e 22-3.

<sup>65</sup> BILANCIA, Paola. Attività normativa delle autorità indipendenti e sistema delle fonti, constante da obra coletiva *Le Autorità Indipendenti*: da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano. Milano : Giuffrè, 1999. p. 146 (grifo nosso).

<sup>66</sup> A pedra de cal no ideal legalista do iluminismo de que a lei (do parlamento) seria, por definição, justa foi a série de iniquidades cometidas na história (nazismo, fascismo, etc.) por meio da lei. Nas palavras de Louis Favoreu, é "necessário proteger-se também contra ela e não mais exclusivamente contra os atos do poder executivo; a lei não está mais no centro do sistema normativo" (in A evolução e a mutação do direito constitucional francês, constante da obra coletiva *Direito Constitucional*: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. [S.l.] : Ed. Dialética, 1999. p. 215).

<sup>67</sup> Redor Marie-Joëlle, na obra, eloquente pelo seu próprio título, *De l'État légal à l'État de droit*. [S.l.] : Ed. Economica, 1992. p. 389.

<sup>68</sup> GOYARD-FABRE, Simone. Os princípios do direito político moderno. Tradução por Irene A. Paternot. [S.l.] : Ed. Martins Fontes, 1999. p. 322.

<sup>69</sup> In: A administração pública na era do direito global, constante da obra coletiva *Direito Global*. [S.l.] : Max Limonad, 1999. p. 167.

<sup>70</sup> Sobre a descrita confusão doutrinária, ver CALASSARE, Lorenza. *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*. [S.l.] : CEDAM, 1966. p. 175 e ss. Focando a abordagem no Direito Brasileiro, com ampla e atualizada narrativa das diversas correntes existentes, podemos citar NUNES, Simone Lahourgue. Os fundamentos e os limites do poder regulamentar no âmbito do mercado financeiro. [S.l.] : Ed. Renovar, 2000. p. 83-142.

<sup>71</sup> Apesar de não terem adotado a metodologia ora proposta, e, por vezes, sequer tratado propriamente do poder regulamentar, foram-nos de grande valia as considerações de Gérard Timsit acerca dos diversos âmbitos de liberdade da atuação judicial (in: *Gouverner ou Juger*: Blasons de la Legalité. [S.l.] : Ed. PUF, 1995. p. 61) e a análise feita por Federico Cammeo das diversas correntes doutrinárias existentes sobre os limites do poder regulamentar da Administração Pública (in: *Corso di diritto*

*amministrativo*. [S.l.] : CEDAM, 1960. p. 109-112).

<sup>72</sup> Os principais fundamentos do poder regulamentar, a respeito dos quais mais divergem a doutrina, são exatamente o do poder discricionário e o da atribuição constitucional ou legal de competência própria da Administração Pública (cf. GASPARINI, Diógenes. Poder regulamentar. Tese de mestrado mimeografada, apresentada à PUC de São Paulo. p. 14-23).

<sup>73</sup> In: *Trattato di diritto amministrativo*. Op.cit., p. 87.

<sup>74</sup> In: *Le autorità indipendenti: da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*. Milano : Giuffrè, 1999. p. 15.

<sup>75</sup> BOURCIER, Danièle. *La décision artificielle*. [S.l.] : PUF, 1995. p. 61. Maurice Hauriou destaca a grande importância dessa técnica legislativa no Direito Administrativo, vez que "o standard, flexível e mutável, representa no direito o elemento de mobilidade" (in op. cit., p. 150-1, grifo nosso).

<sup>76</sup> A respeito da pobreza da interpretação meramente literal, vale a pena citar a espirotuosa passagem de voto proferido pelo Min. Luiz Galloti: "De todas, a interpretação literal é a pior. Foi por ela que Cléia, na *Chartreuse de Parme*, de Stendhal, havendo feito um voto a Nossa Senhora de que não mais veria seu amante Fabrício, passou a recebê-lo na mais absoluta escuridão, supondo que assim estaria cumprindo o compromisso" (apud BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. Ed. Saraiva, 1996. p. 120).

<sup>77</sup> BIN, Roberto. *Atti normativi e norme programatiche*. [S.l.] : Giuffrè Editore, 1988.

<sup>78</sup> Cf. GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. [S.l.] : Ed. Malheiros, 2. ed. 1998. p. 188. Somos levados a essa conclusão até mesmo em razão da utilização pela nossa Lei maior (art. 5º, II) da locução "em virtude de lei", sendo ilógico considerar que ela própria teria se excluído.

<sup>79</sup> Apud BLEDEL, Rodolfo. *Introducción al estudio del derecho publico anglosajón*, Buenos Aires : Editorial Depalma, 1947. p. 57.

<sup>80</sup> In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ed. RT, 26/291-4. Temos, no entanto, algumas reservas a esta decisão, tendo em vista que as razões da vedação da importação de pneus usados são de índole primordialmente ambiental, ao passo que a competência prevista no art. 237 foi, claramente, conferida para finalidades fazendárias.

<sup>81</sup> Excerto dos debates realizados na reunião do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos e Legislativos (CONJUR), realizada em 30 de março de 2000, na sede da FIESP/CIESP, sob o tema "Reforma do Estado: o papel da agências reguladoras e fiscalizadoras", constante do Caderno de Debates nº 18 do Instituto Roberto Simonsen-IRS, p. 36.

<sup>82</sup> Apud SCHWARTZ, Bernard. Op. cit., p. 26.

<sup>83</sup> Trata-se da antiga divergência a respeito da natureza das atividades concretizadoras do Direito: se essas caracterizar-se-iam como subsunção ou como volição jurídica. Para uma ampla exposição a respeito das correntes existentes, BIN, Roberto. Op. cit., p. 199-261.

<sup>84</sup> “Mesmo os regulamentos independentes não têm fundamento distinto daquele dos outros regulamentos, (...) vez que servem, como os outros regulamentos, à execução de uma lei: particularmente daquelas leis que atribuem à Administração um determinado poder, mesmo que sem discipliná-lo sequer em suas linhas gerais. Nos regulamentos de execução, a maior parte das normas concernentes a uma determinada matéria já se encontra disciplinada na lei, de maneira que o regulamento não tem outra finalidade além de acrescentar novas disposições, e a matéria permanece regulada principalmente pela lei e subsidiariamente pelo regulamento; nos regulamentos independentes, ao revés, a parte principal da disciplina da matéria é assumida pelo regulamento dada a exigüidade da norma legislativa” (SALTELLI, Carlo. *Potere esecutivo e nome giuridiche*, Roma : Mantellate, 1926. p. 103/4).

<sup>85</sup> Com grande eloqüência, Joan Prats i Catalá denota que “a metáfora do direito como regras do jogo é válida, mas sob a condição de aceitar que as normas fazem parte do próprio jogo, já que os atores, ainda que orientados e limitados pelas normas, mantêm espaços de liberdade de ação de cuja interação pode resultar a evolução e mudança das próprias normas. Se o Direito pode ser analisado como marco institucional e como instrumento, como construção e como recurso, é precisamente porque a sua utilização está sempre sujeita a uma apreciação subjetiva”. Op. cit., p. 11.

<sup>86</sup> In: *Mutações do direito administrativo*. [S.l.] : Ed. Renovar, 2000. p. 166.

<sup>87</sup> Na nomenclatura adotada por Paolo Biscaretti di Ruffia (in: *Direito constitucional*. [S.l.] : Ed. RT, 1984. Tradução por Maria Helena Diniz. p. 105), estaríamos frente a um “reenvio formal” ou “não receptício”, que ocorre “quando o Estado se limita a reconhecer o regulamento que a aludida matéria recebe em outra ordenação, de forma que as normas desta última vêm a adquirir eficácia no seu âmbito, mesmo que lhe sejam alheias (em síntese: “o Estado interessa-se pela matéria, mas não pelo modo com que é regulada”, isto é, faz referência não tanto à norma, quanto à fonte produtora dessa mesma norma)”.

<sup>88</sup> In: *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid : Civitas, 3. ed., 1998. p. 220/1.

<sup>89</sup> *Ibidem*.

<sup>90</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 223/4.

<sup>91</sup> In: *Relatório*. Cit., p. 54.

<sup>92</sup> Apesar de não se integrar expressamente nesta corrente, Giuseppe de Vergottini (in: *A delegificação e a sua incidência no sistema de fontes do direito*. Tradução por Fernando Aurélio Zilveti, constante da citada obra coletiva *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*) expõe de forma minuciosa a posição da doutrina italiana coincidente com a exposta, e, ao final do seu texto, conclui: “a importância de tal deslocamento, se por um lado é indício da revogação do poder do Executivo, por outro lado impõe que mudanças assim radicais da forma de governo não possam ser confiadas à intervenção contingente do legislador, mas se traduzem numa revisão das normas constitucionais relativas à distribuição dos poderes normativos entre Parlamento e Governo” (p. 176).

<sup>93</sup> In: *Lezione di diritto costituzionale*, II, 1, [S.l.] : CEDAM, 1993. p. 154-5.

<sup>94</sup> Op. cit., p. 221.

<sup>95</sup> Como exemplo de novos institutos jurídicos que, inicialmente, geram perplexidades, mas que, posteriormente, passam a ser aceitos sem maiores discussões, podemos citar o caso da federação, que, no momento em que surgiu, era considerada pela maioria da doutrina como um verdadeiro atentado à soberania, mas que, hoje, é matéria tranqüila. À época, menosprezando em certa medida as elaborações teóricas construídas para dar explicação a necessidades fáticas e políticas que, de qualquer forma, se impõem, João Barbalho afirmou que “os ciosos da inalienabilidade e indivisibilidade da soberania acharão esse plano atentatório aos princípios... Mas isto não o torna máo; nem as constituições se fazem por amor à sciencia e unicamente em vista de especulações philosophicas; fazem-se em proveito e benefício dos povos. E a melhor para cada povo não será a que se basear em meros systemas theoreticos (...) E si d’este feito não se tiver por conciliada a theoria com o facto, a theoria com a realidade, força é então convir que vale o sacrificio de principios politicos abstratos (...). Na vida real dos Estados se apresentam muitas vezes phenomenos que desafiam os systemas estabelecidos pela sciencia” (in: Edição fac-similar dos *Comentários à Constituição Federal de 1891*. Brasília : Secretaria de Documentação e Informação do Senado Federal, 1992. p. 10).

<sup>96</sup> Merece transcrição o seguinte excerto de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, no qual o autor, com maestria, distingue as leis que devem permanecer no âmbito do Legislativo e as que, pela natureza, devem ser por este confiadas a sedes normativas não parlamentares: “*Não sendo necessária a vinculação entre democracia e legislação parlamentar, é possível e mesmo urgente que novos rumos sejam experimentados no campo da elaboração legislativa. Tais ex-*

periências não poderão, de per si, ainda que amesquinhem a participação das câmaras nesta tarefa, ser recusadas por antidemocráticas, desde que atendam os valores fundamentais da liberdade e igualdade. Por outro lado, é preciso ter presente que nenhum regime político deve olvidar a eficiência como um dos critérios, e não dos menores, por que sua ação há de se pautar. (...) As leis instrumentais se inscrevem como meios para a realização de objetivos determinados, aprovados pelo próprio povo. Nesse contexto, se quem quer o fim, quer os meios, é mister que, permitindo-se ao povo o estabelecimento das metas, deixe-se ao governo a escolha do instrumental necessário para a sua efetivação” (in: *Do processo legislativo*. 3. ed., [S.l.] : Ed. Saraiva, 1995. p. 268-9, grifo nosso).

<sup>97</sup> In: Declínio del Parlamento-Legislature, constante da obra coletiva *Le autorità indipendenti: da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Milano : Giuffrè, 1999. p. 187.

<sup>98</sup> Op. cit., p. 149-150.

<sup>99</sup> Excerto dos debates realizados na reunião do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos e Legislativos (CONJUR), realizada em 30 de março de 2000, na sede da FIESP/CIESP, sob o tema “Reforma do Estado: O papel da agências reguladoras e fiscalizadoras”, constante do Caderno de Debates nº 18 do Instituto Roberto Simonsen-IRS, p. 39.

<sup>100</sup> MELO FILHO, Álvaro. *Desporto na nova constituição*. [S.l.] : Ed. Sergio Fabris, 1990. *passim*.

<sup>101</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 170-1.

<sup>102</sup> RANIERI, Nina. *Autonomia universitária*. [S.l.] : EDUSP, 1994. *passim*.

<sup>103</sup> Tratando do Direito português, mas em lição analogamente aplicável ao nosso Direito Público, Jorge Reis Novais assim expõe a proteção jurídica das autonomias constitucionalmente asseguradas: “Trata-se, em todos estes casos, nomeadamente no que respeita às autarquias locais, universidades e associações públicas, de autonomia, em grande medida, sob reserva de lei, pelo que a Assembleia da República tem aí uma ampla margem de decisão legislativa. Porém, na medida em que aquela autonomia tem igualmente um apoio constitucional, a margem de decisão da Assembleia da República não é ilimitada. (...) *O legislador não pode, também aqui, afectar o núcleo essencial desta autonomia, sob pena de violação das garantias institucionais*

*que estes valores constituem”, o que revela o “significado da autonomia e da descentralização como limites ao poder da maioria democrática”* (in: *Separação de poderes e limites da competência legislativa da assembleia da república*. Lisboa : LEX, 1997. p. 71-2, grifo nosso).

<sup>104</sup> In: Poder regulamentar das autarquias, constante da obra *Problemas de direito positivo*. [S.l.] : Forense, 1953. p. 203-5.

<sup>105</sup> Op. cit., p. 159.

<sup>106</sup> Art. 87, caput e Parágrafo Quinto: “O Presidente da República é o Chefe do Estado e representa a unidade nacional, e promulgará as leis e ditará os decretos com força de lei e os regulamentos”. Tal como o art. 84, IV, da nossa Constituição, este é o único dispositivo da Constituição italiana a respeito da competência para expedir regulamentos. Ambos os dispositivos devem ser entendidos como fixadores da competência do Chefe do Poder Executivo para editar regulamentos, e, de fato, tal competência sempre existirá se a lei não dispuser em contrário. Noutras palavras, tal competência é, em princípio, do Chefe do Poder Executivo, mas não é exclusiva, podendo o Legislador conferi-la a outras autoridades públicas ou a entes descentralizados.

<sup>107</sup> “O caráter intrínseco da autonomia reside no fato objetivo de formação de um dado ordenamento que se mostra simultaneamente independente e dependente do ordenamento que lhe deu causa, e que nesta condição é por ele reconhecido. (...) Por essas razões as normas que edita são lícitas e imperativas em sua órbita de incidência” (RANIERI, Nina, apud *RDA*, 215/140).

<sup>108</sup> Essa reserva normativa estabelecida em favor de órgão ou entidade, e a necessária observância por parte do Chefe do Poder Executivo, constituem, nas palavras de Sandulli, “uma “força” que é diversa daquela que se traduz nos outros atos imperativos emitidos por sujeitos e outros órgãos do mesmo complexo Governo – Administração Pública. (...) Sobre a posição de superioridade dos atos normativos praticados por autoridades administrativas em relação aos atos administrativos emitidos no setor regulamentado pelos primeiros, (...) foi reconhecida a prevalência de um ato normativo ministerial sobre um decreto real praticado no setor regulado por aquele. (in: *L’Attività normativa della pubblica amministrazione*. Napoli : Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1970. p. 34-5).