

AS AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES E A SEPARAÇÃO DE PODERES: UMA CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA DOS ORDENAMENTOS SETORIAIS

Prof. Alexandre Santos de Aragão

Professor das Pós-graduações em Direito do Estado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e em Direito da Administração Pública da Universidade Federal Fluminense – UFF. Professor do Mestrado em Regulação e Concorrência da Universidade Candido Mendes. Professor convidado do Instituto de Economia da UFRJ. Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro (alexaragao@zipmail.com.br)

I – COLOCAÇÃO DO TEMA. II – OS ORDENAMENTOS SETORIAIS E O PLURALISMO. III – CONCEITO. IV – AS ATRIBUIÇÕES DAS ENTIDADES REGULADORAS DIANTE DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. V – CARACTERÍSTICAS. V.1 – Órgãos ou Entidades Independentes, V.2 – Caráter Técnico, V.3 – Policentrismo, V.4 – Amplo Poder Normativo: poder regulamentar e delegificação. VI – CONCLUSÃO.

"Les constructions causales (calculs, plannings) ne sont plus possibles d'un point de vue central et donc "objectif". Elles diffèrent, dépendentes de systèmes observants, qui attribuent des effets à des causes et des causes à des effets, et cela détruit les assumptions ontologiques et logiques d'une guidance centrale. Nous avons à vivre avec une société polycentrique, polycontextuelle." NIKLAS LUHMANN¹

I – 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, não foram de todo abandonados, ao mesmo tempo em que o porvir, ainda não se consolidou integralmente.

¹ Excerto da Conferência proferida por ocasião do centenário do Institut de Sociologie de l'Université Libre de Bruxelles, transcrita na obra "Regards sur la Complexité Sociale et l'Ordre Légal à la fin du XX Siècle", coordenada por Dimitri Kalogeropoulos, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 25.

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, verificou 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,² verificada nos últimos anos em quase todos os países, foram fortalecidos pela criação de novas entidades e órgãos independentes,³ 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 face ao poder central do Estado.

A este respeito, GIAMPAOLO ROSSI,⁴ após expor o malogro das tentativas de desregulação da economia,⁵ afirma que grande parte da atividade

2 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, 22, pp. 172 a 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.

3 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.

4 In "Pubblico e Privato nell'Economia di Fini Secolo", constante da obra coletiva "Le Trasformazioni del Diritto Amministrativo", Giuffrè Editore, Milão, 1995, p. 238.

5 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, 3ª ed., 1997, trad. Karin Praefke-Aires Coutinho, Coordenação de J.

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 vieram, então, a constituir instituto de crescente valia quando o Estado verificou a impotência dos seus mecanismos regulatórios⁶ 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.⁷ A Teoria por ele engendrada, ora louvada, ora desvalorizada,⁸ é, não há como se negar, de grande importância e aplicação para que seja vencida a crise regulatória do Estado (*regulatory failures*).

Analisando a necessidade de setorização dos ordenamentos jurídicos para que o Direito possa desenvolver uma regulação efetiva, sem desprezar a autonomia dos demais subsistemas sociais (economia, educação, ciência, saúde,

J. Gomes Canotilho, p. 462).

6 Quanto à nomenclatura adotada, mister se faz um esclarecimento. Alguns autores (entre outros, Gunther Teubner, in "O Direito como Sistema Autopoiético", Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, trad. José Engrácia Antunes, p. 127 e segs.), 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 Aguilar (in "Controle Social de Serviços Públicos", Max Limonad, 1999, pp. 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 esta que, substancialmente, não é alterada pelo uso de estratégias distintas face ao 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.

7 Vejam-se, dos mais antigos aos mais recentes, os trabalhos de Giannini a respeito da matéria, que, naturalmente, incitaram e guiaram as idéias aqui expostas: Gli ordinamenti sezionali rivisitati (traendo spunto dall'ordinamento creditizio), in AA.VV., La ristrutturazione delle banche pubbliche (a cura di S. Amorosino), Milano 1991, Istituti di credito e servizi d'interesse pubblico, in Mon. E Cred., pp. 105 ss., Il nuovo T.U. delle leggi bancarie e l'ordinamento sezionale del credito, in AA.VV., "prefazione" a S. Amorosino, "L'ordinamento amministrativo del credito", Quaderni della Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione, Roma, 1995, e, de forma mais sistemática e não mais atinente apenas ao setor financeiro, "Diritto Amministrativo", Volume Primo, Terza Edizione, Giuffrè Editore, Milão, 1993. De grande valia para o presente estudo, principalmente pelas referências biográficas e por trazerem a evolução do tratamento doutrinário e legislativo da matéria, foram o recente trabalho de Sandro Amorosino, "Gli ordinamenti sezionali: itinerari d'una categoria teorica. L'archetipo del settore creditizio", in "Le Trasformazioni del Diritto Amministrativo", Giuffrè Editore, Milão, 1995, pp. 1 a 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, CEDAM, Padova, 1990.

8 Sobre as diversas posturas doutrinárias adotadas em relação aos ordenamentos setoriais, ver Sandro Amorosino, in ob. e pp. cit.

etc.), GUNTHER TEUBNER⁹ 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."

Qualquer que seja a posição que o leitor venha a adotar em relação à concepção dos ordenamentos setoriais como categoria autônoma da Teoria Geral do Direito,¹⁰ a construção gianniniana é fundamental para, juntamente com outros desenvolvimentos doutrinários (*verbi gratia*, "o direito como sistema autopoietico", as novas concepções do princípio da legalidade e da separação dos poderes), iluminar as novas questões colocadas ao Direito.¹¹

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,¹² não é aleatória, mas inerente às contingências ideológicas, políticas e sociais de cada momento histórico.

O Direito Público, enquanto posituação 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.¹³

Apesar da vigente Constituição brasileira e da quase totalidade das constituições ocidentais proclamarem haver instituído Estados democráticos e

9 In "O Direito como Sistema Autopoietico", Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, trad. José Engrácia Antunes, p. 162, grifamos.

10 Santi Romano, cuja obra "L'Ordinamento Giuridico", Pisa, 1918, foi de grande importância para as reflexões de Giannini acerca dos ordenamentos setoriais, apesar de admiti-los, não lhes deu maior relevo para a elaboração da sua célebre teoria geral do ordenamento jurídico (cf. Sandro Amoroso, in ob. e pp. cit.), o que, todavia, não retira a importância teórica e prática do instituto em outras searas jurídicas mais específicas, como a do Direito regulatório do Estado.

11 Já se pode perceber que o trato do tema a que nos propomos implica na abordagem de inúmeros pontos e aspectos de grande relevância para o Direito Público e para a Teoria Geral do Estado. Não será o caso, todavia, de esgotá-los. Os temas periféricos, malgrado a sua importância, serão tratados de maneira instrumental à compreensão do objeto principal do estudo. Buscaremos, no entanto, sugerir alguma bibliografia que possa auxiliar no aprofundamento das abordagens feitas.

12 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 Trasformazioni del Diritto Amministrativo", Giuffrè Editore, Milão, 1995, pp. 20/23).

13 Gunther Teubner (ob. 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 através de signos e processos de integração comuns, decorrentes da afinidade existente em razão de integrarem o mesmo sistema – o sistema social. Tratando desta concepção do Direito, na doutrina brasileira, Willis Santiago Guerra Filho, in "Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna", Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997.

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 (através 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.¹⁴

A partir dos anos oitenta, começou a haver um refluxo desta 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 desta tendência, interdependentes entre si, podem, de maneira não exaustiva, ser elencadas:¹⁵ (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;¹⁶ (d) mudanças na sociedade pluriclasse, com os sujeitos deixando de se organizar preponderantemente pela posição que ocupam na cadeia produtiva (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 estes 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.¹⁷ Por outro

14 Giampaolo Rossi, in ob. cit., p. 229.

15 Ibid, pp. 230 a 242.

16 Por exemplo, a média das alíquotas dos impostos incidentes sobre o comércio exterior que, nos anos cinquenta, era de 40%, passou a 5% após a Rodada Uruguai do GATT de 1993 (cf. autor e ob. cit., pp. 230 e 231).

17 Nas Constituições dos Estados sociais, manteve-se a iniciativa econômica privada, que, no

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.¹⁸

Manifestando esta 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".¹⁹

A respeito dos critérios de admissibilidade dos mecanismos de influxo do dinamismo sócio-econômico no sistema jurídico, notável é a obra de GUNTHER TEUBNER²⁰, que, em certa passagem, observa que "a unidade e identidade de um sistema deriva da característica fundamental 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 esta perspectiva que a elaboração teórica e legislativa dos ordenamentos setoriais, com seu dinamismo, independência, especialização técnica e valorização das soluções consensuais,²¹ deve ser valorizada como um importante instrumento de intercomunicação do sistema jurídico com os demais

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", Sir Isaac Pitman & Sons Ltda., London, 1950, pp. 1 a 7). Também Francesco Nitti advertia: "No puede haber verdaderas democracias donde poderes incontrolados de grandeza desmesurada pretenden 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", trad. de Almela y Vives, Madrid, Ed. De M. Aguilar, 1932, pp. 534 e 535).

¹⁸ 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).

¹⁹ In "Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha", Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, trad. Luís Afonso Heck, p. 45.

²⁰ In ob. cit., pp. 31 e 32.

²¹ "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 adjudication 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 ob. 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).

subsistemas sociais envolventes (econômico, familiar, cultural, científico, religioso, etc.) .

Apesar da sua origem relativamente antiga, que tem como principal marco a *Interstate Commerce Commission*, criada nos Estados Unidos da América do Norte em 1887 para regulamentar os serviços interestaduais de transporte ferroviário,²² os ordenamentos setoriais e respectivos órgãos e entidades implementadores 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.²³

Dentre as transformações ocorridas no Direito Público, podemos destacar, entre as que mais interessam para o objeto do nosso estudo, a pluralização das fontes normativas, não mais titularizadas apenas pelo Poder Legislativo; a descentralização do aparato estatal através da criação de entes ou órgãos autônomos, dotados de independência frente aos tradicionais Poderes do Estado; e 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, vêm em qualquer das 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 estes autores são aplicáveis as observações de JOAN PRATS I CATALÁ,²⁴ 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

22 Bernard Schwartz, ob. cit., pp. 6 e 7.

23 "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" (Celso Fernandes Campilongo, "Teoria do Direito e Globalização Econômica", in *Direito Global*, Max Limonad, 1999, p. 80 – grifamos).

24 In "Derecho y Management en las Administraciones Publicas – Notas sobre la crisis y Renovación de los respectivos paradigmas", p. 03 (fonte: www.crad.org.ve).

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, os vêem 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.²⁵

Também esta postura é criticada pelo autor ibérico acima citado, que a considera um grave erro, já que implica no 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 Administração 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.²⁶

Tais posturas doutrinárias, como não poderia deixar de ser, refletem-se decisivamente na independência das entidades dos ordenamentos setoriais: 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 independência dos ordenamentos setoriais 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.

Este é o momento para destacarmos que a qualificação de "independente", conferida a muitas das agências reguladoras deve ser entendida em termos. Em nenhum país onde foram instituídas possuem independência em sentido próprio, mas apenas uma maior ou menor autonomia, dentro dos parâmetros fixados pelo ordenamento jurídico.

Neste aspecto revela-se a grande heterogeneidade das agências reguladoras: algumas são dotadas de considerável extensão de poderes autônomos, outras nem tanto, havendo ainda as que sequer podem ser consideradas como "independentes" ou autônomas. O objeto do presente estudo não é a análise de cada uma das agências reguladoras criadas no Direito Brasileiro, vez que, cada uma delas, para ser adequadamente tratada,

²⁵ 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.

²⁶ Ibid, p. 05.

demandaria um estudo individualizado. O nosso objetivo cinge-se a tentar dar o pano de fundo, os fundamentos e as diretrizes nas quais as agências reguladoras se desenvolvem, após o que pretendemos ter propiciado instrumentos apropriados para que cada uma delas possa ser analisada pelo leitor com maior facilidade.

Devemos estar 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,²⁷ propiciando a "fuga do Estado para fora do Direito Público",²⁸ ou, até mesmo, a sua descaracterização como Direito, desprovendo-o de toda cogência.²⁹

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, vem, ao longo dos tempos, constituindo a grande força motriz da sua evolução.³⁰

A fim de evitar conservadorismos ou modismos jurídicos, seguiremos o método sugerido por GIAMPAOLO ROSSI,³¹ segundo o qual, para adentrarmos em temas jurídicos surgidos em momentos históricos ainda fluidos e incertos,³²

27 "Nos encontramos con un incomprensible (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 trascendencia 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 trascendencia en el caso de la contratación pública al evitar los mecanismos previstos para ella con la creación de entes "ficticios" sometidos al Derecho Privado" (José Maria Gimeno Feliu, in "El Control de la Contratación Pública", Ed. Civitas, 1995, pp., 115/116).

28 Expressão utilizada por Luiz Edson Fachin, in Vol. I do "Anuário Direito e Globalização" do Programa Interdisciplinar Direito e Globalização da U.E.R.J., Ed. RENOVAR, 1999, pp. 207 e 214, entre outros.

29 Não se nega, evidentemente, como já ressaltado acima, 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.

30 Joan Prats i Catalá, in ob. e p. cit.

31 In "Pubblico e Privato nell'Economia di Fini Secolo" cit., pp. 224 e 227.

32 A respeito do momento histórico que vivemos, pronunciou-se Niklas Luhmann, certamente o mais

devemos examinar o fenômeno jurídico-social na inteireza do ciclo que lhe determinou, ao invés de tomar em conta apenas o momento fugas 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".³³

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".³⁴

II – OS ORDENAMENTOS SETORIAIS E O PLURALISMO.

Desde o início do século passado quase toda atividade humana passou, de uma forma ou outra, a encontrar o seu correspondente na administração pública: interesses científicos, religiosos ou culturais, assim como econômicos, produtivos ou profissionais, sempre têm um ponto de apoio em algum poder público legalmente reconhecido.³⁵

Isto fez com que os aparatos administrativos dos Estados assumissem grandes dimensões. Alguns deles passaram a cuidar de interesses tão específicos e a desenvolver atividades tão especializadas, que se setorizaram internamente.³⁶

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 ob. cit., p. 26).

33 In "Comentários à Constituição de 1967", T. I, Ed. Forense, 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 U.E.R.J: "(...) 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", Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, trad. Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira, 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.

34 Frederic Jameson, in "Os Dualismos de hoje em dia", constante da obra coletiva "Gilles Deleuze: uma vida filosófica", trad. Eloisa Araújo Ribeiro e João Luiz Ribeiro, Ed. 34, 2000, p. 377.

35 M. S. Giannini, in "Diritto Amministrativo", Volume Primo, Terza Edizione, Giuffrè Editore, Milão, 1993, pp. 49 e 50.

36 Autor e ob. cit., p. 61.

A necessária especialização técnica destes aparatos administrativos setoriais fez com que adquirissem poder decisório nas matérias de sua competência, que, a partir de então, foram retiradas do âmbito competencial do poder estatal central. "Este fato, que na França e nos Estados Unidos é denominado de autonomização da burocracia está ocorrendo em todo canto, e é prenúncio das transformações das organizações dos poderes públicos".³⁷

Acresça-se a isto, o grande número de forças sociais às quais o Estado tem dado autonomia de ação e, mesmo, a possibilidade de auto-normatização. Não há como negar que hoje temos vários grupos ou centros de poder, públicos, semipúblicos ou privados, dotados de autonomia, atuando dentro ou paralelamente à estrutura do Estado, levando ao franco declínio o modelo de organização centralizado surgido com a modernidade.

Não se trata de um retorno à concepção individualista de Estado,³⁸ mas, ao revés, do fortalecimento dos corpos intermédios entre o Estado central e os indivíduos. Estes corpos intermediários não se confundem com as corporações quase soberanas da Idade Média, já que hoje, direta ou indiretamente, atuam conforme as regras do Estado.

O Estado, verificando a impossibilidade de atuar eficazmente em todos os setores sociais e objetivando uma forma aperfeiçoada de democracia, abre espaços para entidades coletivas dotadas de efetiva autonomia, entre as quais, os ordenamentos setoriais, constituem um exemplo privilegiado.

Não há qualquer contradição entre a potestade estatal e estas autonomias, que constituem "situações só aparentemente antagônicas, posto que, na realidade, complementam-se, no interior do nosso sistema de direito positivo, em harmoniosa interação e inarredável integração".³⁹

"O poder politicamente relevante constitui-se em inúmeros sectores e surge – dentro e fora do estado – como um Proteu, sempre sob novas formas. Por este motivo, também se coloca a tarefa do seu controlo e da sua limitação (...).

*Em termos globais, incumbe às instâncias estatais supra-ordenadas determinarem apenas as condições de base sustentáveis para a comunidade, em cujas margens esta autonomia privada e corporativa poderá desenvolver-se (...). Esta tarefa deve, em princípio, ser solucionada de acordo com o princípio da subsidiariedade. As regulações e também as ofertas de prestações do Estado devem ser reservadas para os casos em que a auto-regulação e a auto-sustentação, privadas ou corporativas, não funcionem tão bem ou melhor. Dentro do complexo de competências jurídicas actuam juridicamente as forças sociais da sociedade pluralista. Preenchem com vida o "invólucro" das competências jurídicas."*⁴⁰

37 Ibid.

38 In Dicionário Político, coordenado por Norberto Bobbio et alii, Ed. UNB, Volume Dois, pp. 928 a 933.

39 Álvaro Melo Filho, in "Desporto na Nova Constituição", Ed. Sergio Fabris, 1990, p. 56.

40 Reinhold Zippelius, in "Teoria Geral do Estado", Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª ed., 1997,

Maiores centros de decisão política dentro e fora do Estado exibem o fenômeno atual do fim da protagonização das atividades de interesse público no aparelho estatal central, “que já não tem condições de manter-se fechado em uma clausura autista”.⁴¹

O Estado pluralista, como não poderia deixar de ser, leva ao pluralismo do Direito, que não é mais de origem necessariamente estatal. Além do Direito estatal, há o Direito surgido da auto-regulação de grupos econômicos, culturais e sociais.

Em virtude destes fatores, SIMONE GOYARD-FABRE propugna por um “novo contrato social”, cuja finalidade “seria, assim, a gestão da sociedade atual na complexidade de seus diversos setores”.⁴²

O pluralismo social e estatal faz com que, dentro da própria produção normativa estatal, ao contrário do que propunha o universalismo e o racionalismo liberal oitocentista,⁴³ haja diversidade de fontes, de órgãos e entes legitimados a emitir normas jurídicas. Há, inevitavelmente, no Estado contemporâneo, pluralidade de fontes normativas, seja por razões territoriais (estados federados, entes locais autônomos, etc.), seja pela divisão das funções estatais feita pela Constituição (ex.: os diversos Poderes), ou pela especialização técnica para regular determinada matéria ou setor da atividade social.

Nota PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA que o Estado “não é a única ordenação existente no amplo mundo do direito: junto, acima e sob ele, na realidade, as exigências da vida em sociedade têm determinado a aparição de outras numerosas ordenações mais ou menos vastas ou complexas.” Há, prossegue o autor, “variadíssimas ordenações jurídicas menores concretizadas em instituições compreendidas no Estado e, portanto, sob sua dependência (sejam entes públicos ou privados)”.⁴⁴

A doutrina do pluralismo jurídico, a que hoje, por vezes, se arvora um tom de grande novidade, não é tão nova assim. Já em 1908, previra LÉON DUGUIT: “As relações dos indivíduos serão regidas sobretudo por regulamentos convencionais, quero dizer, por regulamentos resultantes de um acordo entre dois ou mais grupos”.⁴⁵

Não podemos avançar no trato do tema sem adentrar na fecunda Teoria

trad. Karin Praefke-Aires Coutinho, Coordenação de J. J. Gomes Canotilho, pp. 401/5.

41 G. M. Bidart Campos, in “El Estado hacia adentro y hacia afuera en el Final del Siglo XX”, constante da obra coletiva “El Derecho Público Actual”, coord. Alberto M. Sánchez, Ed. Depalma, 1994, pp. 26/7.

42 In “Os Princípios do Direito Político Moderno”, trad. Irene A. Paternot, Ed. Martins Fontes, 1999, p. 445

43 “Incrimina-se de mistificação a generalidade da lei; a unidade do direito público pareceu ser a máscara vingadora de uma soberania bem decidida a ocultar, mediante procedimentos e artimanhas técnicas, o fenômeno da pluralidade do corpo social” (Simone Goyard-Fabre, in ob. cit., p. 439).

44 In “Direito Constitucional”, Ed. RT, 1984, trad. Maria Helena Diniz, pp. 53/4.

45 Apud José Fernando de Castro Farias, in “A Teoria do Estado no Fim do Século XIX e no Início do Século XX”, Ed. Lumen Juris, 1999, p. 80.

dos Ordenamentos Jurídicos de SANTI ROMANO. Mesmo não constituindo pressuposto necessário das conclusões a serem atingidas a respeito dos poderes autônomos das agências reguladoras, pode, ainda para os que não a acolham totalmente, lançar muitas luzes sobre os seus fundamentos e conseqüências mais profundas.⁴⁶

No início do século, SANTI ROMANO engendrou a teoria, até hoje de grande e crescente influência no Direito Público, segundo a qual os corpos sociais, desde que sejam permanentes e distintos dos seus elementos constitutivos, são instituições. Como considera que toda instituição é, em si, um ordenamento jurídico, há, para o autor, uma pluralidade de ordenamentos jurídicos.⁴⁷

46 Entre os principais pontos da teoria ordenamental de Santi Romano (in "L'Ordinamento Giuridico", Sansoni, Firenze, 2ª ed., 1945, passim), podemos destacar os seguintes: 1) O Ordenamento Jurídico não é apenas um conjunto de normas de conduta, mas a própria entidade que as coloca: "os numerosos mecanismos ou engrenagens, os vínculos de autoridade e de força, que produzem, modificam, aplicam, garantem a norma jurídica, mas não se identificam com ela. (...) O ordenamento jurídico é uma entidade que se move em parte segundo as normas, mas, sobretudo, a norma em si constitui muito mais o meio da sua atividade que um elemento da sua estrutura"; 2) Quanto à sanção: "se é possível falar de uma obrigatoriedade do direito, se trata de uma coação, ou, ao revés, basta, como defendemos, uma simples garantia, direta ou indireta, imediata ou mediata, preventiva ou repressiva, certa ou apenas provável, e, portanto, incerta, desde que seja, em certo sentido, pré-ordenada e organizada no próprio edifício do ordenamento jurídico." Daí a grande importância da teoria para o Direito Internacional Público, que tem um rarefeito caráter sancionatório; 3) Especifica o seu conceito de instituição da seguinte maneira: existência objetiva e concreta (corpo social), abstraída dos seus eventuais indivíduos, permanente e existente de per se. "A instituição assim definida é a primeira, originária e essencial manifestação do direito"; 4) As instituições, ou seja, os diversos ordenamentos jurídicos, podem interagir com outros, de inúmeras maneiras, inclusive contrariando-os. Uma organização criminosa ou revolucionária, por exemplo, pode violar normas de um outro ordenamento jurídico, o estatal, sem que isso lhes retire o caráter de instituição-ordenamento jurídico. Distingue, desta forma, a juridicidade, concernente à lógica interna do próprio ordenamento jurídico individuado, da licitude, concernente à sua compatibilidade ou não com o ordenamento estatal; 5) Não se pode separar o direito da religião, da moral, do costume, da economia, das regras técnicas, etc. Cada um deles será jurídico se for recebido na órbita de uma instituição. No caso da instituição estatal, por sua abrangência, todos esses elementos são acolhidos; 6) Toda instituição, desde uma família de duas pessoas ao Estado, "terá, um chefe, um legislador, subordinados, leis próprias, toda uma coordenação e engrenagem administrativa: será, então, um mundo jurídico completo em si"; 7) A possibilidade do direito ser apenas estatal deve ser analisada diante de cada momento histórico. Ela estava correta no Estado antigo e errada na idade média. Ao seu tempo, apesar da inegável preponderância da instituição estatal, Romano entendia que ela não mais poderia ser considerada como o único ordenamento jurídico existente: "a chamada crise do estado moderno implica numa enorme tendência de constituição de círculos jurídicos mais ou menos independentes."; 8) A relutância de alguns em aceitar o direito não estatal, estaria ainda fundada na visão hegeliana do Estado como o ser ético por excelência, "o Deus no mundo". Cita a respeito uma passagem de Kelsen, na qual este afirma "que à onipotência de Deus no mundo, corresponde à onipotência do Estado no Direito."; 9) É óbvio que os ordenamentos jurídicos, principalmente quando temos em vista um ordenamento tão amplo como o Estado, possuem muitas relações recíprocas. Às vezes um ordenamento jurídico está contido em outro, integralmente ou com a preservação de alguns espaços de atuação autônoma e, outras vezes, coordenam-se. Dependendo da relação de dependência verificada, um poderá condicionar a existência, a eficácia ou o conteúdo do outro, no todo ou em parte, havendo ainda o fenômeno dos reenvios, formais e materiais, de um ordenamento a outro.

47 Santi Romano sustenta o pluralismo jurídico, mas sua tese não é a única que o defende: "A noção de pluralismo jurídico é encontrada provavelmente em todas as épocas da evolução do pensamento jurídico. Recebeu atenção mais especial no Ocidente pré-medieval favorecida por uma ampla corrente doutrinária contestando as pretensões do estado à soberania jurídica, em nome da existência autônoma das ordens jurídicas da sociedade civil e da comunidade internacional. No início do século XX, é encontrada no núcleo das preocupações dos juristas e dos filósofos do direito, que questionam o positivismo jurídico estatal em nome de uma teoria sociológica do direito" (in "Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito", coord. André Jean-Arnaud, Ed. RENOVAR, p. 585). "O grande declínio do pluralismo jurídico deu-se no século XVIII, em que a Revolução Francesa afirmou-se sobre os diversos ordenamentos jurídicos das corporações e de cada cidade" (Montesquieu, apud Alessandro Passerin D'Entrèves, in "La Doutrina dello

FRANCESCO CARNELUTTI, adotando a teoria de ROMANO, denota que "onde, pois, haja autonomia, deve haver um grupo social; se este não existisse, não haveria autonomia, isto é, produção de direito, para a qual é necessário um grupo. Deste modo, a autonomia resolve-se na pluralidade das ordens, no sentido de que cada ordem subordinada procede daquele grupo social em que se unificam as partes em conflito a regular. Estes podem regulá-la por si, na medida em que constituem um grupo que gera a própria ordem".⁴⁸

As instituições, no entanto, não são entes fechados. Toda instituição correlaciona-se com outras instituições, às vezes integrando-as como partes constitutivas.

"ROMANO deduz de seu conceito de ordenamento jurídico o corolário de que existem tantos ordenamentos jurídicos quanto instituições. Ou seja, reconhece a existência de uma pluralidade de ordenamentos jurídicos inter-relacionados. Tais afirmações implicam na negação que todos os ordenamentos jurídicos devam reduzir-se ao ordenamento estatal".⁴⁹

Considerando toda instituição um ordenamento jurídico, decorrência natural é que denomine ordenamento – ordenamento setorial, ordenamento parcial, ordenamento derivado⁵⁰ – toda instituição concernente a determinado setor social ou incumbida do desempenho de alguma atividade estatal.

Segundo expõe MODUGNO,⁵¹ o ordenamento estatal, geral e originário, dotado de soberania, é uma instituição que desenvolve uma normatização própria, formando um sistema sem precisar fazer referência a quaisquer normas de outro ordenamento. Já o reconhecimento de ordenamentos jurídicos particulares pressupõe a referência a normas de outro ordenamento para completar o seu próprio sistema. Admite-se, todavia, "a existência de ordenamentos jurídicos particulares que se fundam em fatos organizatórios, que seriam os ordenamentos dos corpos organizados e os ordenamentos setoriais, do que se extrai o argumento decisivo da existência de uma normatização própria, diferenciada daquela do ordenamento geral. Nestes casos, considera-se a instituição como um verdadeiro ordenamento, mas com uma normatização ao menos parcialmente própria."

"Neste marco, a característica dos ordenamentos secundários ou derivados

Stato", G. Giappichelli Editore, 2ª ed, pp. 179 e 180). Apesar de não concordamos com todos seus termos, entendemos que, no conjunto das teses pluralistas, a de Romano é, juntamente com a de Maurice Hauriou, a cientificamente mais sedutora e objetiva, sendo, por isso, dotada de enormes potencialidades práticas, mesmo quando não adotada em sua inteireza.

48 In "Teoria Geral do Direito", Ed. Lejus, SP, trad. Antônio Carlos Ferreira, 2000, p. 153.

49 Pablo Lucas Verdú, in "Curso de Derecho Politico", Vol. I, Tecnos, 2ª ed., 1972, pp. 123/4.

50 Para Romano, "o fato de uma determinada norma jurídica ser irrelevante do ponto de vista de uma outra ordem jurídica, esta podendo ser até mesmo estatal, revelando a sua subordinação quanto à segunda quanto ao seu conteúdo ou aos seus efeitos, em nada reduz o seu interesse como ordem jurídica própria a uma determinada coletividade ou a um conjunto particular de relações sociais" (in "Dicionário Enciclopédico..." cit., p. 587).

51 In "Legge, ordinamento giuridico, pluralità de gli ordinamenti", Milano, 1985, pp. 243/4, apud Francisco de Borja López-Jurado Escribano, in "La Autonomia de las Universidades como Derecho Fundamental", Civitas, Madrid, 1991, pp. 31/2.

seria a sua autonomia, ao passo que os ordenamentos jurídicos originários, com personalidade jurídica internacional, seriam caracterizados pela soberania.⁵² A autonomia supõe, portanto, o poder para configurar-se como um verdadeiro ordenamento particular ou derivado, nos termos conceituais acima expostos.

Deste ponto de vista, a autonomia se remete, por sua própria essência, a uma pluralidade de gradações de acordo com a maior ou menor vinculação ao ordenamento que a reconhece e lhe dá fundamento. Tanto é assim, que a própria realidade positiva qualifica de autônomas instituições muito diversas, que conformam outros tantos ordenamentos menores, cuja maior ou menor relevância em relação ao ordenamento estatal há de ser sempre cuidadosamente medida.

No objeto do presente estudo devemos destacar que GIANNINI, o "inventor" da teoria dos ordenamentos setoriais, é um ardoroso adepto da concepção de ordenamento jurídico alcançada por SANTI ROMANO, nada obstante ter feito em relação a ela algumas adaptações.⁵³

Disto pode se inferir, inclusive, a nomenclatura dada por GIANNINI ao instituto dos ordenamentos jurídicos setoriais. Com efeito, ao adotar a teoria institucionalista de SANTI ROMANO, que considera toda instituição um ordenamento jurídico, decorrência natural é que denomine ordenamento – ordenamento setorial – toda entidade autônoma reguladora de determinado setor social ou econômico, a cuja estrutura, o respectivo conjunto de normas jurídicas e de indivíduos participantes adere.

Não pensemos, todavia, que é apenas na concepção romaniana que os ordenamentos setoriais são admissíveis. Significativo desta assertiva é o fato de que, apesar das várias tentativas de GIANNINI junto ao próprio SANTI ROMANO, em artigos ou em colóquios pessoais com o autor, este, sem deixar de admitir a existência e importância dos ordenamentos setoriais, não os considerou uma contribuição substancial para a sua teoria.⁵⁴

Não podemos deixar de mencionar os que se posicionam contrariamente à teoria de SANTI ROMANO, afirmando que todas as normas jurídicas são, de algum modo, reconduzíveis ao poder estatal: mesmo quando um sujeito parece possuir poderes normativos bem distintos daqueles estatais e aparentemente originais, eles, afirmam estes autores, na verdade, deduzem-se sempre dos poderes do Estado. "O Estado, e apenas ele, possui poder normativo originário, do qual as outras fontes de alguma maneira extraem a sua existência e eficácia".⁵⁵

52 Santi Romano, in "Autonomia", constante da obra "Frammenti di un Dizionario Giuridico", Milano, 1947, apud Francisco de Borja López-Jurado Escribano, in "La Autonomia de las Universidades como Derecho Fundamental", Civitas, Madrid, 1991, p. 32 (grifamos).

53 Cf. Diritto Amministrativo cit., pp. 54/7.

54 Cf. Sandro Amorosino, "Gli ordinamenti sezionali: itinerari d'una categoria teorica. L'archetipo del settore creditizio", in "Le Trasformazioni del Diritto Amministrativo", Giuffrè Editore, Milão, 1995, pp. 1 a 24.

55 Pietro Bodda, in "I Regolamenti degli Enti Autarchici", Fratelli Bocca Editori, 1932, pp. 1 e 2. No mesmo sentido, Alessandro Passerin D'Entrèves, que, após fazer uma profícua comparação entre a doutrina de Santi Romano e a de Hobbes, assevera que, se uma instituição chegar a se impor com igualdade ou

JEAN CARBONNIER, numa perspectiva ainda centralista, sustenta que "as ordens jurídicas menores seriam geralmente, levadas em conta, senão autorizadas ou criadas, pelo direito estatal."⁵⁶

Parece-nos que a melhor solução é a intermediária: se, por um lado, não podemos desconhecer a impossibilidade de se manter a presunção de que toda norma jurídica é autorizada pelo Estado, por outro, é inquestionável a preponderância deste sobre as demais instituições da sociedade.

Diante disto, MIGUEL REALE elaborou "a teoria da gradação da positividade jurídica, a cuja luz o pluralismo das instituições se compõe com a posição eminente do Estado".⁵⁷ Objetivando conciliar a existência de uma multiplicidade de ordenamentos jurídicos, inclusive não estatais, com a soberania estatal, REALE reconhece que os corpos sociais – as instituições, na nomenclatura de SANTI ROMANO – constituem ordenamentos jurídicos, que são, todavia, dotados de diferentes graus de estabilidade e coercitividade, e, apenas a Instituição estatal ou as por ela reconhecidas, possuiriam positividade em seu grau máximo.⁵⁸

O hoje, tão propalado direito não estatal ou pós-moderno, não seria nada mais que o espaço normativo desocupado (atualmente cada vez mais) pelo Estado em favor da autonomia individual ou associativa,⁵⁹ a cujos atos é emprestada, se obedecidas às normas do ordenamento jurídico estatal, a legitimidade e a coercitividade típicas do Poder Público – positividade em grau máximo.

Não entendemos, portanto, que o Direito seja necessária e absolutamente estatal, já que, na medida do possível, e preservando as camadas da população com menores chances de fazer valer seus interesses, é salutar que sejam outorgados aos indivíduos e grupos sociais poderes de auto-regulação.

O que nos importa é que esta perspectiva das autonomias jurídico-normativas, agregada aos inestimáveis méritos da doutrina original de SANTI ROMANO, possibilita-nos uma compreensão mais profunda dos ordenamentos setoriais através do trinômio autonomia – ordenamento jurídico (instituição) – autoprodução de normas.

Podemos, então, conceber as diversas entidades e órgãos reguladores efetivamente como ordenamentos jurídicos derivados e parciais, ordenamentos

superioridade frente ao Estado, na verdade ela terá se transformado no próprio Estado (in ob. cit., pp. 183 a 189).

56 In "Dicionário Enciclopédico..." cit., pp. 587/8. Em seguida a posição de Carbonnier é criticada por menosprezar as questões da sociologia do direito, acarretando, principalmente, uma minimização do dinamismo próprio do direito não estatal, como, por exemplo, do direito empresarial costumeiro.

57 In Pluralismo e Liberdade, Ed. Expressão e Cultura, 2ª ed., 1998, Rio de Janeiro, p. 257.

58 Ibid, pp. 231/268 – passim.

59 "Os cidadãos e as instituições de administração autônoma descentralizada deverão assumir, eles próprios, uma parte substancial dos "cuidados existenciais" e da defesa dos interesses, se não desejam ser tutelados pelo Estado ou pelas grandes organizações. Esta formulação é apenas uma variante do "princípio da subsidiariedade" desde sempre considerado como o remédio decisivo contra o estado nivelador" (Reinhold Zippelius, in ob. cit., p. 296).

jurídicos estes que se fortaleceram no mundo contemporâneo, onde não mais vigora com tanta rigidez o dogma da ordem jurídica unitária típico da modernidade do século XVIII.

As funções destas entidades reguladoras especializadas tornam imprescindível o fortalecimento e a consolidação dos ordenamentos jurídicos por elas autonomamente elaborados por reenvio do ordenamento estatal central.

A esse respeito, CHARLES-ALBERT MORAND⁶⁰ observou que "o advento de legislações finalísticas aumentou bastante a complexidade no seio dos sistemas jurídicos nacionais ao mesmo tempo em que, por outro lado, a sua unidade partia-se pela constituição de uma enorme quantidade de pólos de produção de normas."

A teoria de SANTI ROMANO e as que dela derivam são, em virtude da realidade sócio-jurídica que vivemos, de grande utilidade para auxiliar o intérprete na solução dos conflitos que surgem entre as normas de diversos ordenamentos jurídicos setoriais, ou de algum destes com o ordenamento central do Estado, contribuindo, por exemplo, para elucidar a acesa discussão sobre a possibilidade dos órgãos de controle da concentração econômica (no Brasil, o CADE) interferirem na desestatização de serviços públicos regulados por agências setoriais.⁶¹

Neste ponto, convém alertar que não se deve encarar os ordenamentos setoriais dentro do tradicional esquema de "norma especial *versus* norma geral". Os ordenamentos setoriais envolvem aspectos muito mais amplos e complexos, atinentes à própria concepção e estruturação do Estado e do Direito, sendo possível, inclusive, concebê-los como subsistemas integrantes do sistema jurídico total, envolvendo questões de grande importância, não apenas teórica, como prática, concernentes às interpenetrações e reenvios entre os diversos subsistemas jurídicos parciais e destes com o sistema jurídico central.

III – CONCEITO DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS SETORIAIS.

Analizados os ordenamentos jurídicos derivados, o conceito de uma de suas espécies – os ordenamentos jurídicos setoriais – já é, a esta altura, perfeitamente inferível. Pretendemos agora nos deter na identificação das suas características específicas, centradas, sobretudo, no fato de serem oriundos de um reenvio do ordenamento central do Estado.⁶²

Os ordenamentos setoriais, instituídos pelo Estado por imposição da realidade econômica e técnica possuem uma base econômica identificável. Têm

60 In ob. cit., p. 203.

61 A respeito da questão ver Marcos Juruena Villela Souto, in RDA, 216/125, item 6, e Arnaldo Wald e Luiza Rangel de Moraes, in RIL, 141/143.

62 Para uma profícua síntese das considerações expendidas no presente tópico, ver as lições de M. S. Giannini constantes do "Diritto Amministrativo" cit., pp. 171/5.

por função a regulação das atividades empresariais ou profissionais que possuem aspectos sensíveis ao interesse coletivo, tais como os serviços públicos, a exploração de determinados bens públicos (ex.: os recursos minerais), o comércio de valores mobiliários, a atividade financeira, a produção de medicamentos, o exercício da advocacia e da medicina, etc., que não podem ser deixadas ao livre arbítrio privado.⁶³

Quando o legislador julga ser necessária uma maior rigidez do controle estatal, os ordenamentos setoriais são conferidos a entidades ou órgãos do próprio Estado, mas alheios à sua administração central, com a qual não possuem vínculos de hierarquia ou de significativo controle. São os casos das agências reguladoras no Brasil, das *commissions* norte-americanas e das autoridades independentes francesas, italianas e espanholas.

Em outras hipóteses, os ordenamentos setoriais são confiados aos próprios indivíduos ou empresas que exercem as atividades a serem reguladas, que, no entanto, deverão desenvolvê-las nos termos das normas estatais previamente estabelecidas e terão necessariamente que se agrupar nos respectivos ordenamentos setoriais. Exemplos eloqüentes desta modalidade são os Conselhos Profissionais.

Nestes casos GIAMPAOLO ROSSI⁶⁴ assinala que são "entes que há mais de um século vêm atraindo a atenção dos estudiosos, já que expressam uma evolução geral dos ordenamentos estatais. De fato, se dá nestes uma mistura entre o fenômeno estatal e os produzidos por grupos sociais entranhados na esfera pública. A presença no interior desta de grupos sociais organizados determina, realmente, uma profunda transformação, vez que introduz elementos não mais reconduzíveis ao Estado-pessoa-portador de interesses gerais. Os motivos da atribuição de caráter público são vários, mas sempre se fundam em uma co-presença do interesse de um grupo social e de um interesse estatal."

Os ordenamentos setoriais incidem sobre os indivíduos ou empresas que pretendem desenvolver determinada atividade e que, para desenvolvê-la, necessitam de um prévio ato ou contrato administrativo que as habilitem, como autorizações licenças, permissões e concessões. Emitidos estes atos administrativos ou celebrados os contratos de concessão, ao mesmo tempo em que passam a poder desenvolver a atividade visada, são imersos no ordenamento setorial a ela concernente e, conseqüentemente, submetidas ao poder regulatório do órgão ou entidade respectiva.

63 Malgrado a distinção feita entre serviços públicos e atividades econômicas, entendemos que ambos integram o conceito amplo de atividade econômica, diferenciando-se apenas em virtude daqueles serem, em princípio, desenvolvidos pelo Estado, e estas, pela iniciativa privada. Para um aprofundamento do tema, poder-se-á recorrer à obra acima citada de Fernando Herren de Aguillar, pp. 111 a 162. Observa-se que em razão das normas comunitárias européias, a doutrina vem desenvolvendo um conceito intermédio, o dos "serviços de interesse econômico geral", campo também fértil para atuação dos ordenamentos setoriais, assim definidos por Joël Carbajo: "Activités de service marchand, remplissant des missions d'intérêt général, et soumises de ce fait par les États membres à des obligations spécifiques de service public. C'est le cas particulier des services en réseaux de transport, d'énergie, de communication" (in "Droit des Services Publics", Dalloz, 3ª ed., 1997, p. 1).

64 In "Trattato..." e Volume cit., pp. 27/8.

CATHERINE TEITGEN-COLLY,⁶⁵ ao analisar as autoridades administrativas independentes francesas, observa que têm a função de regulação social em determinados setores, função a qual o respectivo grupo social adere. São estas funções que justificam a estrutura e os poderes, inclusive de fixar regras jurídicas, destas instituições, que "não são subordinadas ao Poder Executivo, nem são prolongamentos do Poder Legislativo ou Judiciário, e que são dotadas de poderes que lhes permite exercer de forma independente uma missão de regulação setorial."

Uma importante consequência da concepção das entidades reguladoras autônomas como ordenamentos jurídicos setoriais, é que estes não se reduzem às entidades que os exponencializam, a eles se integrando os particulares cuja atividade constitui o objeto da regulação e que, desta forma, também participarão do seu desenvolvimento.

A assertiva, de grandes efeitos práticos para que, em certa medida, sejam horizontalizadas as relações entre os sujeitos co-partícipes do ordenamento setorial, advém dos elementos que, para SANTI ROMANO, devem concorrer para a caracterização dos ordenamentos jurídicos: uma organização; uma normatização ao menos parcialmente própria; e uma pluralidade de sujeitos que participam do funcionamento da instituição.⁶⁶

Diante do elemento organizacional, GIANNINI⁶⁷ distingue o ordenamento propriamente dito da pessoa jurídica na qual ele, eventualmente, se corporifica: "O elemento "organização" do ordenamento jurídico se entifica a si próprio: quando isso ocorre o ordenamento chega a ter um ente exponencial; ente e ordenamento têm cada um a sua própria identidade jurídica e, portanto, uma vida própria". Sendo assim, não se deve confundir a instituição, o ordenamento jurídico, conceitualmente complexo, com a sua exponenciação através de uma pessoa jurídica.

GIANNINI entende que "nem todo grupo dotado de uma normatização constitui um ordenamento jurídico, mas apenas aquele grupo que também tenha, virtualmente, uma normatização própria. Normatização própria significa que as normas do grupo tenham sua origem nas determinações do grupo e que

65 In "Les autorités Administratives Indépendantes: histoire d'une institution", constante da obra coletiva "Les autorités Administratives Indépendantes" cit., pp. 23/4.

66 García de Enterría, que expressamente adota a teoria de Santi Romano, ao empregar, tendo em vista a instituição estatal, a distinção entre os três elementos dos ordenamentos jurídicos, afirma: "A Administração do Estado, porém, não se identifica com o Estado inteiro, nem, como sabemos, com a comunidade ou grupo social em função do qual a estrutura política que chamamos de Estado se forma; é uma organização em serviço desta comunidade ou deste Estado, ou de ambos a uma só vez (tendo em vista que o segundo é uma simples figura instrumental do primeiro), e por isso assume a execução dos fins próprios do grupo político" (in "Curso de Derecho Administrativo", Civitas, Madrid, 1989, p. 378). Temos, portanto, no ordenamento jurídico estatal, exponencializado na pessoa jurídica deste ou daquele Estado determinado, a Administração Pública como seu elemento organizacional, a comunidade como o elemento subjetivo e as competências constitucionais como o elemento normativo.

67 In "Gli Elementi degli Ordinamenti Giuridici", Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1958, p. 228, apud Francisco de Borja López-Jurado Escribano, in "La Autonomia de las Universidades como Derecho Fundamental", Civitas, Madrid, 1991, pp. 33/4.

efetivamente se imponham para ser observadas por seus componentes".⁶⁸

Além disso, prossegue GIANNINI, "as próprias normas devem constituir, como se costuma dizer, um corpo, um sistema. Sistema significa ordenamento das normas segundo princípios, que asseguram a integridade do mesmo através da função integrativa que propiciam. Deve-se, todavia, advertir que, para efeitos do sistema, um ordenamento pode se referir a normas de outro ordenamento, completando, desta forma, o próprio sistema".

Com efeito, os órgãos ou entidades dos ordenamentos setoriais, baseados 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, podendo esta chegar inclusive à cassação do ato de admissão no ordenamento setorial e conseqüente impedimento para o desenvolvimento da atividade correspondente.

Como afirma BERNARD SCHWARTZ,⁶⁹ e ressalvadas 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 CASSAGNE⁷⁰ observa que os poderes conferidos a estes 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, ou seja, nos atos ou contratos de admissão ao ordenamento setorial, incluindo o estabelecimento de eventuais tarifas, poderes disciplinares, sancionatórios e preventivos de condutas prejudiciais aos interesses coletivos tutelados.

Também possuem competência para resolver controvérsias, envolvam estas 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.

Ainda são conferidos amplos poderes normativos, inclusive 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.

68 Ibid, pp. 29 e 30 (grifamos).

69 In ob. cit., pp. 13 e 14.

70 In "Los Nuevos Entes Regulatorios", integrante da obra coletiva "El Derecho Público Actual", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1994, pp. 45/6.

IV – AS ATRIBUIÇÕES DAS ENTIDADES REGULADORAS DIANTE DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.

Constatamos no Tópico precedente a ampla gama de poderes, qualitativa e quantitativamente, outorgados aos órgãos e entidades dos ordenamentos setoriais. Com efeito, seus inúmeros poderes, além de abrangerem 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 destes Poderes.

Essa autonomia no exercício das competências setoriais é necessária para que a entidade reguladora possa caracterizar-se como independente. O fato dos ordenamentos setoriais serem uma subespécie dos ordenamentos jurídicos derivados (*in casu*, do estatal) faz com que devam possuir certa liberdade de atuação, notadamente de natureza normativa, sem o que, como visto acima, sequer poderiam ser considerados ordenamentos.

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 na violação do princípio da separação dos poderes?⁷¹

Mais uma vez confirma-se que toda importante questão do Direito Público leva o jurista, mais cedo ou mais tarde, ao tão polêmico quanto antigo⁷² 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.⁷³

71 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 tranqüilizadoras das instituições administrativas de um Estado clássico, ou podemos concebê-las – já que acarretam uma independência da Administração em relação ao poder político e introduz 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.

72 "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" (Marcel de la Bigne de Villeneuve, in "La Fin du Principe de Séparation des Pouvoirs", Sirey, 1934, p. 9).

73 Cf. Reinhold Zippelius, in "Teoria Geral do Estado", Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª ed., 1997, trad. Karin Praefke-Aires Coutinho, Coordenação de J. J. Gomes Canotilho, p. 416.

Ademais, não existe "uma separação de poderes", mas muitas, variáveis segundo cada direito positivo e momento histórico diante do qual nos colocamos.⁷⁴

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 destas espécies classificatórias.

As considerações de KARL LOEWENSTEIN⁷⁵ 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 ZIPPELIUS⁷⁶ 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

74 Ibid.

75 In "Teoría de la Constitución", Ariel, 1986, trad. Alfredo Gallego Anabitarte, pp. 55/6.

76 In ob. cit., p. 412.

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."⁷⁷

A "separação de poderes" deve ser atualmente encarada pelo prisma do pluralismo 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."⁷⁸

Especificamente sob o prisma da independência das entidades que constituem os ordenamentos setoriais, o Mestre de Valladolid, JAVIER GARCÍA ROCA,⁷⁹ 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,⁸⁰ 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."

77 Klaus Stern, in *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, trad. Javier Pérez Royo e Pedro Cruz Villalón, p. 236 (grifamos).

78 Rogério Guilherme Ehrhardt Soares, in "Direito Público e Sociedade Técnica", Atlântica Editora, Coimbra, 1969, p. 160 (grifamos).

79 In *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, Ed. RT, 27/15 (grifos nossos).

80 In "Regulamentação Efetiva dos serviços de Utilidade Pública", Ed. Revista Forense, 1941, p. 107.

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 aos órgãos e entidades dos ordenamentos setoriais 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.⁸¹

Bem ao contrário disto, as competências complexas das quais as agências 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.⁸²

Destacando, por exemplo, a necessidade da entidade reguladora ser apartada do Poder Concedente do serviço público regulado, AUGUSTÍN GORDILLO⁸³ 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."⁸⁴

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,⁸⁵ o conjunto destas entidades

81 Em outras palavras, não serão as acumulações de poderes sempre constitucionais, mas, certamente o serão, se privilegiarem os valores do Estado de Direito.

82 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, pp. 417 a 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, II, 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, com Speciale riguardo al Vigente Diritto Italiano", Torino, Unione Tipografica Editrice, 1914, p. 20).

83 In "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo I, 3ª ed., Ed. Macchi, p. XV.

84 In ob. cit., p. 296.

85 "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

independentes chega a ser chamado de "*headless forth branch*".⁸⁶

Nesta perspectiva, PETER STRAUSS,⁸⁷ afirma que o Princípio da Separação dos Poderes deve ser hoje integrado por considerações 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* irreduzíveis a um só dos poderes. A vitalidade e legitimidade destas adviria, ao contrário, exatamente do equilíbrio entre os influxos sobre elas exercidos pelos três poderes tradicionais do estado.

Também SANTI ROMANO,⁸⁸ 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,⁸⁹ 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 freqüente, 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,⁹⁰ inviabiliza qualquer elaboração teórica consistente acerca das entidades reguladoras independentes. Assevera 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

originariamente por Montesquieu, e que não concebe uma Administração Pública que exerça potestades administrativas, tal como lhes são reconhecidas pelo Direito Continental Europeu" (Eloísa Carbonell, in "Agencias y Procedimiento Administrativo em Estados Unidos de América", Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 19).

86 Pedro Carlos Bacelar de Vasconcelos, in "A Separação dos Poderes na Constituição Americana: do veto legislativo ao Executivo unitário – A Crise Regulatória", Coimbra Editora, 1994, p. 33.

87 Apud autor e ob. cit., p. 92.

88 In "Il Diritto Pubblico Italiano", Giuffrè, Milano, 1988, p. 114.

89 In "Doctrine Générale de l'État", Bruylant e Sirey, Bruxelas e Paris, 1939, pp. 284/5 (grifamos).

90 In ob. cit., PP. 317/8. "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, in "Pensées", Ed. Jacques Chevalier, 1925, T. I, p. 126).

instâncias ou instituições. O problema é antes de inventar novas formas e técnicas de controle sobre os novos tipos de autoridades."

Podemos concluir o presente Tópico com as lições de ODETE MEDAUR, que, com acuidade, indaga: "Como entender hoje o princípio da legalidade? Na verdade a erosão não é do princípio da legalidade com sua função de garantia de direitos e até de obstáculo à total anarquia da Administração; mas do princípio da legalidade girando só em torno da lei, na formulação originária. Em novas bases deve assentar a legalidade a que se submete a Administração", bases pelas quais a Administração não se atém mais apenas à lei votada pelo Parlamento, mas, preponderantemente, aos valores do ordenamento. Então, prossegue a Titular de Direito Administrativo do Largo de São Francisco, "o princípio da legalidade significa não mais a relação lei – ato administrativo, mas a dimensão global, ordenamento - Administração".⁹¹

Arrematando suas conclusões, e trazendo a questão para o Direito Positivo nacional, ODETE MEDAUR afirma que o princípio da legalidade insculpido no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, "deve abranger não somente a lei formal, mas também os preceitos decorrentes de um Estado democrático de direito, que é o modo de ser do estado Brasileiro, conforme prevê o art. 1º, *caput* da Constituição; e ainda, deve incluir os demais fundamentos e princípios de base constitucional. Desse modo vincula-se a atividade administrativa aos valores que informam o ordenamento como um todo, associando-se, de modo mais estreito, o direito administrativo às disposições constitucionais."⁹²

V - CARACTERÍSTICAS

As agências reguladoras independentes, enquanto ordenamentos setoriais, são um dos vários instrumentos dos quais o Estado pode dispor para desenvolver suas atividades regulatórias.⁹³ Muitas das características que veremos a seguir estão presentes em outras formas regulatórias, mas, apenas a soma e a mútua interpenetração delas, configura o mecanismo regulatório mais empregado na atualidade, e em franca expansão, dos ordenamentos setoriais.

Vejamos, pois, as suas principais características:

1) Órgãos ou Entidades Independentes: Verificada a necessidade de retração da intervenção estatal em vastos setores da vida econômica, teve-se, por outro lado, a consciência de que o Estado não poderia deixar apenas ao bom senso empresarial a gestão de atividades de indubitável interesse público, devendo estas, portanto, ficar sob o seu poder regulatório.

As estruturas político-administrativas tradicionais, morosas e embebidas de critérios políticos, revelaram-se, contudo, inadequadas para os novos desafios

91 In "O Direito Administrativo em Evolução", Ed. RT, São Paulo, 1992, pp. 144/5.

92 Ibid p. 147.

93 Elisabetta Bani, in ob. cit., p. 23.

regulatórios do Estado.

VITAL MOREIRA, em obra de grande fôlego e profundidade,⁹⁴ observa que "na concepção tradicional a administração pública apresentava um perfil unitário, baseado nos serviços departamentais hierarquizados, na direção governamental e na responsabilidade parlamentar do Governo pela actividade da administração. O modelo originário da administração pública do Estado constitucional era a "administração ministerial", isto é, a administração hierarquicamente organizada sob a égide de um Ministro responsável. (...) Hoje a "unidade da administração é uma ficção", sendo incontroversa a sua natureza "plurifórmica e pluricêntrica", (...) o que constitui "resultado natural da passagem do Estado burguês oitocentista, tipicamente monoclássista", voltado exclusivamente para a proteção dos interesses da burguesia então vitoriosa, para o Estado pluriclasse contemporâneo" (sufrágio universal, acesso democrático aos cargos da administração pública, desenvolvimento dos sindicatos, prestações estatais positivas, etc.), "que necessariamente reflete na sua organização o incontornável e crescente pluralismo da organização social. (...) O pluralismo social e político provocou o pluralismo e a diferenciação organizatória da administração."

Como consequência necessária, a isto vieram acrescer-se os amplos poderes, notadamente de natureza normativa, conferidos aos entes reguladores,⁹⁵ que, de outra forma, não poderiam desempenhar satisfatoriamente (agilidade, informalidade, constante adaptação à realidade cambiante, etc.) suas atribuições, exigindo ainda um corpo de titulares revestidos das prerrogativas necessárias à manutenção da sua impermeabilidade face aos interesses políticos transitórios.

A mera adoção de órgãos internos especializados, mas hierarquicamente subordinados, não alcançaria os objetivos propostos. Além dos motivos elencados, a regulação seria formalmente exercida pelo Chefe hierárquico do Departamento (ex.: o Ministro), mas, inevitavelmente, delegada para agentes de hierarquia inferior, o que acabaria levando à irresponsabilidade de ambos.⁹⁶

A fórmula até o momento mais exitosa é a dos órgãos ou entidades independentes, "atípicos em relação ao tradicional aparato administrativo, com acentuada característica de independência decisória e alta competência técnica, normalmente colegiados,⁹⁷ que ditam regras de comportamento aos operadores, os fiscalizam, aplicam-lhes sanções e formulam propostas ao Parlamento e ao Governo."⁹⁸

94 In "Administração Autónoma e Associações Públicas", Coimbra, 1997, pp. 31/5.

95 Hughes, in "Some Aspects of Development of American Law", 1916, 39, New York State Bar Association Reports, 266, 269.

96 "The effect, without considering in any manner the efficiency of the administration, is that the public, except in rare cases, becomes unable to attach responsibility directly to a given subordinate official. It is equally impossible to affix a like responsibility to the Secretary of Agriculture in view of the almost limitless range of his obligations" (James M. Landis, apud Bernard Schwartz, in ob. cit., p. 11).

97 Quanto à instituição de órgãos de natureza colegiada como forma de controle, ver R. Zippelius, in ob. cit., p. 410: "Mesmo a estruturação interna de um órgão estatal segundo o princípio colegial tem uma função de controlo."

98 Elisabetta Bani, in ob. cit., pp. 22/3, define as autoridades administrativas independentes como "il

Em relação ao Poder Judiciário, a independência dos órgãos e entidades dos ordenamentos setoriais não pode, pelo menos em sistemas que, como o nosso (art. 5º, XXXV, C.F.), adotam a unidade de jurisdição, ser afirmada plenamente. Em tese, sempre será possível o acionamento do Judiciário contra as suas decisões. Todavia, em razão da ampla discricionariedade conferida pela lei e ao caráter técnico-especializado do seu exercício, prevalece, na dúvida, a decisão do órgão ou entidade reguladora, até porque, pela natureza da matéria, ela acabaria deixando de ser decidida pela agência, para, na prática, passar a ser decidida pelo perito técnico do Judiciário.

O Poder Judiciário acaba, portanto, em razão de uma salutar autolimitação, tendo pouca ingerência material nas decisões das agências, limitando-se, na maioria das vezes, como imposição do Estado de Direito, aos aspectos procedimentais assecuratórios do devido processo legal e da participação dos direta ou indiretamente interessados no objeto da regulação.⁹⁹

Quanto ao Poder Legislativo, pelo menos nos casos em que os órgãos ou entidades independentes não forem de sede constitucional, vige o princípio, senão da prévia lei, da prevalência desta, que poderá revogar os poderes anteriormente conferidos às agências reguladoras ou mesmo extingui-las,¹⁰⁰ respeitados, naturalmente, eventuais direitos adquiridos.

Observa-se, que a eventual previsão de determinado órgão ou entidade independente no ato ou no contrato de admissão ao ordenamento setorial, não impede que o legislador venha a extingui-lo. Posição diversa subordinaria a soberania estatal ao interesse privado, razão pela qual não é procedente eventual argüição de violação do ato jurídico perfeito ou a direitos adquiridos.

O particular, mormente se admitido no ordenamento setorial mediante contrato, via de regra de concessão, tem direito a uma regulação independente, mas não de que esta seja exercida por determinada entidade e pela disciplina vigente originariamente. Porém, se a nova entidade não possuir as necessárias garantias de independência, pertencer a outro Ente Federativo ou se for recentralizada, poderá o particular, segundo MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO,¹⁰¹ invocar a Teoria da Imprevisão para rescindir o contrato.

Destarte, a alteração por lei da estrutura do órgão ou entidade independente, ou mesmo a sua extinção, podem até levar à rescisão da concessão, mas são, em princípio, admissíveis. O que se exige da lei revocatória

fenomeno, emerso nell'esperienze più recente, delle c. d. autorità amministrative indipendenti, dotate o meno di personalità giuridica, costituite dalla legge per governare determinati settori di amministrazione in senso sostanziale, secondo moduli organizzativi e funzionali del tutto svincolati da qualsiasi relazione com l'organizzazione ministeriale". Nas páginas seguintes, a autora trata especificamente de cada órgão independente existente no direito italiano, bastante similares às nossas agências reguladoras.

99 Bernard Schwartz, in ob. cit., pp. 53 a 85. "If the point were more doubtful than we think it, we should hesitate to reject the conclusion of the Commission, based as it is upon clear, specific and comprehensive findings supported by evidence" (in ob. cit., p. 119).

100 Giuseppe de Vergottini, in "A "Delegificação e a sua Incidência nas Fontes do Direito", constante da obra coletiva "Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho", Ed. Dialética, 1999, pp. 163 a 178.

101 Cf. Marcos Juruena Villela Souto, in "Agências Reguladoras", RDA, 216, item 5.

é que, sob pena de ser considerada inconstitucional por desvio de poder legislativo, atenda aos princípios da Administração Pública, notadamente os da finalidade e impessoalidade. Assim, por exemplo, os órgãos ou entidades independentes não podem ser extintos ou ter o número de seus membros aumentados, pura e simplesmente, em razão destes terem sido nomeados pelo governante anterior.¹⁰²

Mais sensível, pelo maior número de pontos de contato e pela tradicional idéia de subordinação hierárquica ao Chefe do Governo de todos os agentes do aparato administrativo, é a afirmação da independência dos ordenamentos setoriais e das respectivas entidades frente ao Poder Executivo.

Além da atribuição de receitas próprias,¹⁰³ constitui garantia fundamental para que a independência seja assegurada, a nomeação dos seus dirigentes por termo certo e mediante procedimento especial, normalmente com a prévia aprovação das indicações pelo Poder Legislativo, e a vedação de exoneração *ad nutum*.

Ambas as restrições, ao poder de livre nomeação e exoneração pelo Chefe do Poder Executivo, foram consideradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Medida Cautelar pedida na ADIN nº 1949-0. A primeira em virtude do art. 52, III, "f", da Constituição Federal admitir a prévia aprovação do Senado Federal da escolha de "titulares de outros cargos que a lei determinar". Quanto à constitucionalidade da vedação da exoneração *ad nutum* dos dirigentes das agências reguladoras independentes, o Supremo entendeu que não viola as competências do Chefe do Poder Executivo, admitindo a exoneração apenas por justa causa e mediante o prévio procedimento administrativo, assegurado o contraditório e a ampla defesa, ou se advier a mudança da lei criadora da agência independente.¹⁰⁴

O comentário mais aprofundado desta decisão do Supremo Tribunal Federal foi, com o pioneirismo que lhe é próprio, recentemente elaborado por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO¹⁰⁵ com críticas à "lógica do regime presidencial", consubstanciada na Súmula nº 25:

"Quanto à Súmula nº 25, vigente ainda o regime constitucional de 1946, seu teor repudiava quaisquer restrições ao poder, do chefe do Executivo, de

102 Ibid.

103 Quanto à natureza destas receitas remetemos o leitor ao citado artigo "Agências Reguladoras", de Marcos Juruena Villela Souto, pp. 125 e segs. O autor considera que as quantias cobradas pela fiscalização dos delegatários de serviços públicos, fiscalização esta, ao seu ver, de natureza contratual, constitui preço público, e não taxa.

104 Dissonantemente, o Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, entendeu aplicável à espécie a Súmula nº 25, que dispõe: "A nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo de dirigente de autarquia" (fonte: www.stf.gov.br). Note-se, contudo, que, apesar de não ser muito notado pela doutrina, a Súmula nº 25 nunca foi tomada em termos absolutos, tendo sido sempre excepcionada em relação aos reitores das universidades públicas, geralmente de natureza autárquica, conforme o que dispõe a Súmula 47: "Reitor de Universidade não é livremente demissível pelo Presidente da República durante o prazo de sua investidura."

105 In "A Independência das Agências Reguladoras", Boletim de Direito Administrativo, nº 6, junho/2000, pp 417/8, Ed. NDJ.

prover e de desprover os cargos públicos, não obstante a decisão que lhe serviu de precedente básico, no Mandado de segurança nº 8.693, ostentasse a luminosa divergência de Victor Nunes Leal, posta de forma erudita e vanguardeira para sua época, ao reconhecer que a competência administrativa de prover cargos públicos, na forma da lei, admite configurações de investidas outras, desde que expressamente definidas na lei criadora.

Mas é quanto à "lógica do regime presidencial" que mais radiou a preclara visão de Victor Nunes Leal, ao considerar que essa previsão de investidura por prazo determinado era providencialmente necessária para estabelecer um regime de autonomia administrativa, desenhado por lei, como condição necessária para desenvolver uma *política legislativa* sobre um determinado setor, sem interferência da política partidária, desenvolvida pelo Executivo, à semelhança do que já ocorria abundantemente em outras nações e, destacadamente, nos Estados Unidos da América. (...)

À época, o voto vencido não logrou pleno reconhecimento de seus pares, não obstante sua notável antecipação em matéria de administração pública e de direito administrativo, mas, hoje, quase quarenta anos depois, vem de ser restabelecido, em toda a sua meridiana clareza e rica fundamentação, pela pena ilustre do Ministro Nelson Jobim que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.949, em longo voto proferido na apreciação de liminar, a maioria do excelso pretório no sentido do reconhecimento do novo e autêntico perfil independente das agências reguladoras.¹⁰⁶

Ressalta-se que a independência não deve existir apenas em relação aos demais agentes e Poderes do Estado, devendo também se impor frente aos geralmente poderosos interesses econômicos regidos pelas agências reguladoras. Neste sentido, deverão ser impostas normas e garantias para que os seus titulares não atuem no interesse de grupos para os quais tenham trabalhado ou para os quais pretendam, formal ou informalmente, trabalhar depois de deixarem a direção do órgão ou entidade reguladora.

Medidas, como a imposição da chamada "quarentena",¹⁰⁷ podem ser úteis,

106 No mesmo sentido, e com ampla fundamentação, já se consolidou a jurisprudência norte-americana: "The Federal Trade Commission is an administrative body created by Congress to carry into effect legislative policies embodied in the statute in accordance with legislative standard therein prescribed...Such a body cannot in any proper sense be characterized as an arm or an eye of the executive. Its duties are performed without executive leave and, in contemplation of the statute, must be free from executive control... We think that it plain under the Constitution that illimitable power of removal is not possessed by the President in respect of officers of the character of those just named. The authority of Congress, in creating quasi-legislative or quasi-judicial agencies, to require them to act in discharge of their duties independently of executive control cannot well be doubted; and that authority includes, as an appropriate incident, power to fix the period during which they shall continue in office, and to forbid removal except for cause in the meantime. For it is quite evident that one who holds his office only during the pleasure of another cannot be depended upon to maintain an attitude of independence against the latter's will." (Mr. Justice Sutherland, apud Bernard Schwartz, in ob. cit., p. 12, grifamos). A decisão é, para nós, de grande importância em virtude do amadurecimento que a matéria já possui nos E.U.A., o seu regime presidencial de governo e o caráter até mais rígido da separação de poderes positivada em sua Constituição, que, no entanto, veio a ser progressivamente atenuada pela jurisprudência por razões de ordem preponderante e inegavelmente práticas.

107 Trata-se da imposição legal de que o servidor passe determinado tempo após o exercício da função pública sem exercer qualquer atividade privada na mesma seara. Como afirma Zippelius, "não só no

mas não suficientes, pois, nas palavras de FÁBIO NUSDEO,¹⁰⁸ por trás da burocracia, "podem estar agindo interesses outros além dos oficialmente invocados como suporte para as decisões. Não é necessário frisar ter sido esta prática bastante encontrada em agências brasileiras."

Detalhando o problema, observa o mesmo autor que "os grupos de interesse tendem, desde logo, a capturar as agências reguladoras. Estas nem sempre se destinam a proteger o público, mas podem vir a significar uma defesa e proteção para os empresários do setor e, simultaneamente, a introdução ou elevação de barreiras de entrada para os que estão de fora."¹⁰⁹ Este quadro é agravado pela necessidade constante de obtenção de informações dos setores regulados e pelo fato destes, com o passar do tempo, possuírem maior interesse na agência que os consumidores ou o Poder Público, o que leva "a uma certa identificação entre reguladores e regulados e possível atenuação dos vínculos de fiscalização e controle originariamente previstos."¹¹⁰

"As forças pluralistas perturbam a imparcialidade da burocracia com sua influência exercida sobre a ocupação, orientada por critérios políticos, das administrações autárquicas ou até dos ministérios, quer através da infiltração em cargos burocráticos de pessoas que esperam favores especiais. Mas à parte de um tal patrocínio de cargos e respectivo oportunismo na progressão da carreira, também o empenhamento natural do funcionário em prol do sector de vida que lhe foi confiado, pode levar a que ele se identifique com os interesses que deve gerir."

O problema, certamente, não é específico dos órgãos e entidades dos ordenamentos setoriais, ocorrendo, em maior ou em menor grau, em toda a administração pública, aqui e alhures. Todavia, quando um ordenamento é setorizado, os seus dirigentes, inclusive pela formação técnico-profissional especializada no setor, tendem a ter um contato mais estreito e freqüente com os agentes econômicos regulados, o que, se por um lado é positivo, por outro, se não forem criados os instrumentos necessários, poderá levar à parcialidade das agências.

Com isso se vê que, apesar de em relação ao poderes políticos do Estado a independência de tais órgãos e entidades estar, felizmente, em avançado processo de afirmação, ainda há um longo caminho a percorrer para que seja assegurada a sua plena independência face aos interesses regulados.

2) **Caráter Técnico:** Com os fenômenos industriais e pós-industriais já analisados, a vida social deixou de se fundar em valores preponderantemente políticos em sentido estrito, para também se inspirar fortemente em fatores técnicos. Ainda nos casos em que aqueles, em princípio, devam prevalecer, não podem, via de regra, ser satisfatoriamente realizados sem o necessário arcabouço técnico.

interesse de uma divisão dos poderes a nível organizativo e social, mas também no interesse da independência dos funcionários, coloca-se, pois, a exigência de incompatibilidade máxima do papel de funcionário com a ocupação de funções noutros sectores do poder estatal ou social" (in ob. cit., p. 496).

108 In "Fundamentos para uma Codificação do Direito Econômico", Ed. RT, 1995, p. 204.

109 Autor e ob. cit., p. 94.

110 Autor e ob. cit., pp. 94 e 95.

Mesmo nos setores de normatização preponderante técnica, revela-se uma cada vez maior especialização em razão das constantes evoluções tecnológicas e da crescente complexização e pluralização do sistema social.¹¹¹ Estes fatos têm feito com que a especialização em determinado setor do Direito deva ser acompanhada de profundos estudos técnicos da matéria regulada, sendo cada vez mais comuns e necessários os "juristas-biólogos", "juristas-sanitaristas", "juristas-economistas", etc.

"O fenômeno é particularmente sensível nos novos ramos do direito reclamados pelo crescimento da técnica e da industrialização. No direito aeronáutico, ferroviário, ou rodoviário, no direito das patentes, no direito agrário ou industrial, no direito de energia, e tantos outros"¹¹², todos constituindo fértil campo para a atuação dos ordenamentos setoriais, já que, apenas uma regulação ágil, levada a cabo por agentes independentes, versados sobre os diferentes aspectos da atividade a ser controlada e com liberdade de atuação face ao dinamismo social e tecnológico, pode obter sucesso ao lidar com expressões normativas como medição da intensidade dos sinais acústicos dos veículos; ou com princípios de defesa bromatológica, ao fixar-se a quantidade de certos produtos químicos que uma conserva pode ter, etc.

"A legislação converte-se progressivamente em matéria de peritos, sendo eles os únicos que ainda se entendem das interligações normativas que poderão afectar a disposição jurídica a adotar".¹¹³

Não podemos, no entanto, ter a ingenuidade de achar que a tecnicidade é sempre acompanhada da imparcialidade, já que, salvo em casos limites, o saber técnico pode perfeitamente ser instrumentalizado em favor de diversos fins políticos, levando à "burocratização da política" ou à "politização da burocracia."¹¹⁴

Chamada à atenção para os riscos da tecnicização do direito, releva notar a grande conexão que ela possui com a evolução das fontes normativas, já que foi, juntamente com o pluralismo social, a grande causadora da erosão da legislação parlamentar, fazendo com que o próprio Parlamento, progressivamente, descentralizasse a normatização social, atribuindo-a à Administração Pública, a entidades reguladoras independentes e, em alguns casos, a entidades – não estatais – da sociedade civil.

111 "À medida que a diferenciação social de funções aumenta, crescerá proporcionalmente o caudal de informação e comunicação. Cada vez mais se torna necessário estabelecer um equilíbrio entre a definitividade do modelo de acção e a flexibilidade no desenho do modelo de adaptação às exigências mutáveis da situação. É isto que se consegue num sistema estadual, estabelecendo uma aparelhagem destinada a gerar legitimidade (Política), através dum processo de trabalho das informações. Ao seu lado estruturam-se processos de racionalidade diferentes, uma Administração, um sistema de uso ou execução da legitimidade" (Rogério Guilherme Ehrhardt Soares, in ob. cit., pp. 131/2). Destaca-se a importância da obra do autor, inteiramente versada sobre o processo de tecnicização do direito, para o tema ora versado.

112 Autor e ob. cit., p. 175. Rogério G. E. Soares também afirma que "a lei não é mais uma afirmação carregada de sacralidade, mas, pela exigência de adaptação a um quadro social em constante mudança, rebaixa-se a um mero expediente técnico, freqüentemente com intenções de solução dum esquema de interesses concretos" (p. 170).

113 Reinhold Zippelius, in ob. cit., pp. 499 e 501.

114 Note-se que à salutar limitação da possibilidade de exoneração do dirigente do órgão ou entidade independente vista acima, devem ser somados outros instrumentos de garantia da independência da agência (p. ex., mandatos com termos ad quem distintos).

O fenômeno será visto com mais vagar no subitem 4 *infra*. Por ora, basta observar, com PAOLA BILANCIA,¹¹⁵ que esta tendência do ordenamento torna ainda mais difícil aplicar os critérios tradicionais para resolver as antinomias do que não estava no sistema tradicional de fontes baseado em uma escala de normas, ou mesmo de individualização das normas a serem aplicadas, devendo-se, portanto, ter presente que o sistema de produção das fontes do direito está mudando: o sistema tradicional tem, de fato, sido completado, por um lado, por um conjunto normativo de setores de grande especialização, confiados muitas vezes às autoridades independentes, e, por outro lado, pelo reconhecimento do caráter funcional da autonomia conferida a certos sujeitos."

3) Policentrismo: 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,¹¹⁶ 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.¹¹⁷

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.¹¹⁸

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 mediante processos necessariamente lentos, viu-se incapaz de lidar com a complexidade, pluralidade e tecnicismo das matérias que

115 In "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", Giuffrè, Milano, 1999, p. 148.

116 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, Payot & Cie., Bruxelles, 1925, pp. 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, trad. Maria Cristina De Cicco.

117 Para aprofundamento deste ponto da concepção liberal do direito, de grande atualidade é a acima citada obra de Charles-Albert Morand, pp. 29/32.

118 No direito brasileiro o fenômeno foi sentido através, 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 este 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.

demandavam a sua atuação.¹¹⁹

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, estarem, na medida do possível, livres das injunções políticas parciais.

A conjunção destes fatores – criação de órgãos independentes encarregados da regulação de atividades específicas dotadas de grande conteúdo técnico, resultou nos ordenamentos setoriais.¹²⁰

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 faz com que este 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, este 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 diferenciação 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".¹²¹

Naturalmente que nenhum modelo administrativo é integralmente descentralizado ou centralizado. A adoção completa daquele levaria à desintegração da organização administrativa, e, a deste, à sua inviabilização prática.¹²²

119 O tema será tratado com mais detalhes na análise da próxima característica dos ordenamentos setoriais.

120 A elaboração gianniniana a respeito do tema não é, naturalmente, a única pela qual se pode focar o fenômeno. Giannini possui, no entanto, o grande mérito de ter tratado de manifestação juspolítica, tão multifacetária, de maneira unitária, sem perder o rigor dogmático.

121 In ob. cit., pp. 30, 31 e 35.

122 Para uma análise sistemática dos diversos graus de centralização e descentralização, ver Méndez, in "Sistemas Orgânicos", constante da obra coletiva "Perspectivas del Derecho Público en la

Por outro lado, "o valor da descentralização é amplamente reconhecido, seja no seio de uma única organização administrativa, seja com referência ao relacionamento entre múltiplas estruturas, que fazem parte de uma organização mais abrangente vista em sua totalidade. Os estudiosos da ciência da administração, da ciência política e do direito costumam afirmar que o problema da transferência de funções do "centro" para a "periferia" é natural em qualquer administração que tenha ultrapassado certas dimensões, compreendendo não apenas a administração estatal, mas também a de entidades públicas menores e de grandes entidades empresariais privadas. Em particular, há tempos foi esclarecida a conexão entre administração pública e a mudança das estruturas sociais, com a conseqüente necessidade de que o desenvolvimento das estruturas administrativas seja adequado a esta mudança, ativando uma inteligente distribuição de funções e de tarefas, obedecendo a critérios que, à luz das transformações sociais do momento permitam que as mudanças realizadas apresentem um substancial conteúdo e uma operacionalidade real".¹²³

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 da discricionariedade, com a emergência de mecanismos de controle mais finalísticos que hierárquicos.¹²⁴

Nos vemos diante de um Direito Administrativo mais complexo e plural, que abandona a idéia de que uma atividade administrativa só é racional na medida em que estiver previamente prevista e detalhadamente normatizada; que a substituiu

segunda Mitad del siglo XX", Madrid, 1969, pp. 951/2 e 956/7.

123 In "Diccionario de Política" cit., Vol. 1, pp. 329/330. Também sobre a matéria, ver Alfredo Gallego Anabitarte, in "Transferencia y Descentralización; Delegación y Desconcentración; Mandato y Gestión o Encomienda. Teoría Jurídica y Derecho positivo", constante da obra "Actualidad y Perspectivas del Derecho Publico a fines del siglo XX – Homenaje al Profesor Garrido Falla", Editorial Complutense, pp. 550/1. Uma advertência merece ser feita no sentido de que o conceito de descentralização adotado é o da descentralização material (efetiva, verdadeira...), tal como propugnado por Alfredo Gallego Anabitarte (in ob. cit., pp. 552/3), no sentido de que "também se pode produzir a verdadeira descentralização em um sujeito ou centro de competências que não seja personalizado. (...) Não é essencial à descentralização que o sujeito descentralizado seja titular da competência que se lhe transfere: o órgão que atua descentralizadamente não é titular de sua competência. A titularidade segue sendo da organização a qual pertence o órgão (...). A usual definição de descentralização como "transferência da titularidade de competências entre pessoas jurídicas" não é mais que uma das hipóteses – a mais usual – de descentralização. Por outro lado, pode produzir-se esta transferência entre pessoas jurídicas como o caso das entidades da Administração Indireta, mas pode, todavia, não haver verdadeira descentralização em virtude da completa, e lógica tutela, a que se submete a atuação destas pessoas jurídicas". Nestes casos, apesar da existência de personalidade jurídica, não estaremos, evidentemente, diante de entidades independentes, dotadas de ordenamentos setoriais.

124 O que importa frisar, é que a autonomia ou independência das agências reguladoras não implica em 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. Este ato estabelece procedimentos obrigatórios para as agências, no sentido de que, antes de iniciarem os seus procedimentos regulatórios, 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 en Estados Unidos de América", Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 43 a 47.

por técnicas de análise, gestão e responsabilidades estratégicas.¹²⁵

4) Amplo Poder Normativo – poder regulamentar e delegificação: 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 através dos clérigos ou do Rei, ambos portadores da sua vontade na terra. Em um momento posterior, a vontade do Rei passou a fundar-se em sua própria autoridade.

Com a Revolução Francesa, houve uma mudança deste 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.¹²⁶

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,¹²⁷ tratando da história da discricionariedade,¹²⁸ 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."

125 Joan Prats i Catalá, in ob. cit., pp. 9, 12 e 13. Ver também Diogo de Figueiredo Moreira Neto, nas obras "Apontamentos sobre a Reforma Administrativa", Ed. Renovar, 1999, p. 04 e segs. e "Sociedade, Estado e Administração Pública", Ed. Topbooks, 1995, pp. 142/4.

126 François Geny, in "Science et Technique en Droit Privé Positif", T. III, apud Henri De Page, ob. cit., p. 25, na qual também há uma ampla fundamentação à assertiva acima realizada.

127 In "Aux Sources du Droit", Librairie Bloud & Gay, Paris, 1993, pp. 184 e 185.

128 Quanto à preponderância das razões de ordem prática no surgimento da discricionariedade, ver André de Laubadère, in "Traité de Droit Administratif", T. 1, LGDJ, 15ª ed., 1999, p. 693.

Deu-se então, com impressionante rapidez, o que EROS ROBERTO GRAU¹²⁹ 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*."

Esta "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 estes poderes administrativos de caráter normativo já haviam se imposto no Estado liberal, essencialmente absenteísta, 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,¹³⁰ 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 CANOTILHO¹³¹ 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

129 In "Algumas Notas para a Reconstrução do Princípio da Legalidade", Revista de Direito da Faculdade de Direito da USP, 78. M. S. Giannini, in ob. cit., p. 88, afirma: "Questa concezione rigida del principio di legalità corrispondeva 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."

130 In "Les Forces Creatrices du Droit", L.G.D.J., Paris, 1955, p. 377.

131 In "Relatório sobre Programa, Conteúdos e Métodos de Um Curso de Teoria da Legislação", Separata do Vol. LXIII do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp.09 e 22/3.

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."¹³²

Disto, 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.¹³³

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.¹³⁴ "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".¹³⁵

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

Prevenindo-nos contra quaisquer perplexidades, CARLOS ARI SUNDFELD¹³⁶ 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 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

132 Paola Bilancia, in ob. cit., p. 146 (grifamos).

133 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.) através 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", Ed. Dialética, 1999, p. 215, grifamos).

134 Redor Marie-Joëlle, na obra, eloqüente pelo seu próprio título, "De l'État légal à l'État de Droit", Ed. Economica, 1992, p. 389.

135 Simone Goyard-Fabre, in ob. cit., p. 322.

136 In "A Administração Pública na Era do Direito Global", constante da obra coletiva "Direito Global", Max Limonad, 1999, p. 167.

da nomenclatura existente na matéria: regulamentos meramente executivos, executivos, interpretativos, autônomos, independentes, delegados, organizativos, livres, integrativos, de necessidade, etc.¹³⁷

Para evitar esse emaranhado estéril, optamos por não fazer referência a denominações específicas de espécies regulamentares,¹³⁸ até porque, em última análise, a diferença entre elas concerne tão somente ao grau, à amplitude com que a discricionariedade ou o poder normativo¹³⁹ 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 ordenamentos setoriais aptos a, com autonomia e agilidade, 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 ABBAMONTE¹⁴⁰ 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 LABRIOLA¹⁴¹ 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

137 Sobre a descrita confusão doutrinária, ver Lorenza Calassare, in "Regolamenti dell'Esecutivo e Principio di Legalità", CEDAM, 1966, p. 175 e segs. Focando a abordagem no Direito Brasileiro, com ampla e atualizada narrativa das diversas correntes existentes, podemos citar Simone Lahourgue Nunes, in "Os Fundamentos e os Limites do Poder regulamentar no Âmbito do Mercado Financeiro", Ed. Renovar, 2000, pp. 83 a 142.

138 Apesar de não terem adotado a metodologia ora proposta, e, por vezes, sequer tratado propriamente do poder regulamentar, nos foram 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", 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", CEDAM, 1960, pp. 109 a 112).

139 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. Diógenes Gasparini, in "Poder regulamentar", tese de mestrado mimeografada, apresentada à PUC de São Paulo, pp. 14 a 23).

140 In "Trattato di Diritto Amministrativo" cit., Volume cit., p. 87.

141 In "Le Autorità Indipendenti: Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel Diritto Pubblico Italiano", Giuffrè, Milano, 1999, p. 15.

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.

Estas 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 estas 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."¹⁴²

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.¹⁴³

Neste particular, é grande o âmbito do poder regulamentar atribuído pelo conjunto do ordenamento jurídico, muitas vezes implicitamente pela própria Constituição (porquê haveria poder para regulamentar leis ordinárias e não a própria lei constitucional?).¹⁴⁴ 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

142 Danièle Bourcier, in "La Décision Artificielle", PUF, 1995, p. 61. Maurice Hauriou destaca a grande importância desta técnica legislativa no Direito Administrativo, vez que "o standard, flexível e mutável, representa no direito o elemento de mobilidade" (in ob. cit., pp. 150/1, grifamos).

143 A respeito da pobreza da interpretação meramente literal vale a pena citar a espirituosa 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 Luís Roberto Barroso, in "Interpretação e Aplicação da Constituição", Ed. Saraiva, 1996, p. 120).

144 Roberto Bin, in "Atti Normativi e Norme Programatiche", Giuffrè Editore, 1988.

regulamentar a sua prestação (meio).¹⁴⁵

Com isto, não estamos "forçando" o conteúdo da Constituição, mas apenas aplicando o princípio dos "*implied powers*", concebido por MARSHALL nos seguintes termos:¹⁴⁶ "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."

Neste 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.¹⁴⁷

Quanto à orientação do STF, merece menção a recente análise feita por HAMILTON DIAS DE SOUZA,¹⁴⁸ 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 fartamente, 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.

145 Cf. Eros Roberto Grau, in "O Direito Posto e o Direito Pressuposto", Ed. Malheiros, 2ª ed., 1998, p. 188. Somos levados a esta 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.

146 Apud Rodolfo Bledel, in "Introducción al Estudio del Derecho Publico Anglosajón", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1947, p. 57.

147 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.

148 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.

Ocorre que, também estes 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. Neste 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 (...)."149

Podemos inferir da exposição a grande relatividade da nomenclatura usualmente empregada pela doutrina¹⁵⁰ 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 analisados poderão ser considerados como "de execução".¹⁵¹ Por outro lado, se deitarmos o foco sobre o caráter de alguma forma sempre criativo da atividade do administrador público (ou mesmo do juiz),¹⁵² estes regulamentos serão, em maior ou em menor medida, "autônomos" ou "independentes", dependendo da nomenclatura adotada.

O instituto da delegificação, do qual passaremos a tratar nas próximas linhas, constitui 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 isto, 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

149 Apud Bernard Schwartz, in ob. cit., p. 26.

150 Trata-se da antiga divergência a respeito da natureza das atividades concretizadoras do Direito: se estas caracterizar-se-iam como subsunção ou como volição jurídica. Para uma ampla exposição a respeito das correntes existentes, Roberto Bin, in ob. cit., pp. 199 a 261.

151 "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" (Carlo Saltelli, in "Potere Esecutivo e Nome Giuridiche", Mantellate, Roma, 1926, pp. 103/4).

152 Com grande eloquência, 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, mantém 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 constrição e como recurso, é precisamente porque a sua utilização está sempre sujeita a uma apreciação subjetiva" (in ob. cit., p. 11).

FIGUEIREDO MOREIRA NETO,¹⁵³ 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*)."¹⁵⁴

O Mestre EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁵⁵ 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",¹⁵⁶ ressalvadas as matérias resguardadas por reserva absoluta de lei formal, como são, no Direito brasileiro, os tributos e os crimes.¹⁵⁷

Por este 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 a avaliar a cambiante e complexa realidade econômica e social?

153 In "Mutações do Direito Administrativo", Ed. Renovar, 2000, p. 166.

154 Na nomenclatura adotada por Paolo Biscaretti di Ruffia (in ob. cit., p. 105), adepto da teoria ordenamental de Santi Romano, 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)".

155 In "Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial", Civitas, Madrid, 3ª ed., 1998, pp. 220/1.

156 Ibid.

157 Autor e ob. cit., pp. 223/4.

Estas observações decorrem do princípio da essencialidade da legislação, pelo qual, segundo J.J. GOMES CANOTILHO,¹⁵⁸ 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 operada 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 esta 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 estes autores, a delegificação por via legislativa implicaria na derrogação infraconstitucional de competências fixadas pelo Poder Constituinte.¹⁵⁹

VEZIO CRISAFULLI,¹⁶⁰ cuja inestimável contribuição à teoria da aplicabilidade das normas constitucionais tantas marcas deixou na doutrina brasileira, expressa a sua opinião neste 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 estatuta 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 este 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

158 In Relatório cit., p. 54.

159 Apesar de não se integrar expressamente nesta corrente, Giuseppe de Vergottini (in "A Delegificação e a sua Incidência no Sistema de Fontes do Direito", trad. 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 revigoração 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).

160 In "Lezione di Diritto Costituzionale", II, 1, CEDAM, 1993, pp. 154/5.

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)."¹⁶¹

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.¹⁶²

Com efeito, devemos observar que o Poder Legislativo, face à 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 nestes casos resguarda o Poder Legislativo o balizamento e a coordenação destas regulações plurifórmicas e pluricêntricas.¹⁶³

161 Ob. cit., p. 221.

162 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 attentatorio 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 feitio não se tiver por conciliada a theoria com o factio, 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", Secretaria de Documentação e Informação do Senado Federal, 1992, p. 10).

163 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 experiências 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, Ed. Saraiva, 3ª ed., 1995, pp. 268/9, grifamos).

Nota-se, com isto, a grande conexão existente entre os ordenamentos setoriais, as entidades reguladoras independentes e a proliferação de sedes normativas não parlamentares, aí inclusas, com destaque, as propiciadas pelas delegificações. Todos estes 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 da competência normativa, abstrata ou concreta, integrar o próprio conceito de regulação.

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

Neste sentido, FELICE GIUFFRÈ¹⁶⁴ sustenta que, mesmo quando as entidades reguladoras independentes não tiverem sede constitucional, se deve "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 BILANCIA¹⁶⁵ 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,¹⁶⁶ 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

164 In "Declínio del Parlamento-Legislature", constante da obra coletiva "Le Autorità Indipendenti: Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel Diritto Pubblico italiano", Giuffrè, Milano, 1999, p. 187.

165 Ob. cit., p. 149 e 150.

166 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.

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),¹⁶⁷ dos órgãos reguladores da prestação dos serviços de telecomunicações (art. 21, XI) e da exploração do petróleo (art. 177, § 2º, III),¹⁶⁸ das universidades em geral (art. 207),¹⁶⁹ 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 ingerências 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.¹⁷⁰

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,¹⁷¹ 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,¹⁷² ao comentar dispositivo da Constituição

167 Álvaro Melo Filho, in ob. cit., passim.

168 Diogo de Figueiredo Moreira Neto, in ob. cit., pp. 170/1.

169 Nina Ranieri, in "Autonomia Universitária", EDUSP, 1994, passim.

170 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", Ed. LEX, Lisboa, 1997, pp. 71/2, grifamos).

171 In "Poder Regulamentar das Autarquias", constante da obra "Problemas de Direito Positivo", Ed. Forense, 1953, pp. 203/5.

172 In ob. cit., p. 159.

italiana¹⁷³ 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".¹⁷⁴

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.¹⁷⁵

VI – 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.

A teoria dos ordenamentos setoriais, dada a sua atualidade e rigor científico, pode ser de grande valia para a formulação, consolidação e fundamentação teórica dos cânones e preceitos regentes do amplo espectro da regulação das atividades privadas, sejam as de prestação de serviços públicos, o exercício de profissões ou as econômicas *stricto sensu*.

Este é o momento para que a doutrina, os aplicadores do Direito e os

173 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.

174 "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" (Nina Ranieri, apud RDA, 215/140).

175 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", Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1970, pp. 34/5).

administradores públicos se empenhem para resguardar a incolumidade de numerosas entidades reguladoras independentes, dotadas de ordenamentos jurídicos setoriais, que têm tudo para se consolidar como importantes instrumentos em favor da sociedade e do país, mas que devem ser protegidas de interferências exógenas.

Não refutamos o diálogo que, não só pode, como deve, existir entre as entidades reguladoras independentes e os sistemas político e econômico, que, no entanto, não podem chegar a sobrepujá-las, a captá-las.

Os seus dirigentes também 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.¹⁷⁶

Serão, enfim, os controles sociais, a responsabilidade e o espírito público dos agentes estatais e privados envolvidos nos ordenamentos setoriais, que determinarão a manutenção e a potencialização das entidades independentes, dotadas de real autonomia, ou, ao revés, o lamentável retorno à Administração Pública unitária, hierarquizada, e, já a conhecemos, ineficiente.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

- 1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
- 2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
- 3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo

¹⁷⁶ "O princípio da transparência, que ainda melhor se intitularia de visibilidade, é instrumental para a realização do princípio da participação, na medida em que permite a ampliação dos controles da administração pública aos cidadãos e órgãos da sociedade civil" (Diogo de Figueiredo Moreira Neto, in "Apostamentos..." cit., pp. 23/4).

Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br

- 4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
- 5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: <http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323>
- 6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: <http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico>

Publicação Impressa:

Informação não disponível.