

AGÊNCIAS REGULADORAS: LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE

Tercio Sampaio Ferraz Junior

1. A QUESTÃO.

O Direito Administrativo brasileiro incorporou um instrumento do direito norte-americano: as agências reguladoras. A nova entidade é considerada “autarquia especial”, em face de poderes ampliados que detém, em comparação com a simples autarquia. Sua principal característica, neste sentido, é apontada na **independência** (quanto a *decisão, objetivos, instrumentos, financiamento*). Por conta dessa característica ocorre, com a criação de agências, uma ostensiva **delegação de poderes**, uns quase-legislativos, outros quase-judiciais e outros quase-regulamentares. Tal delegação, obviamente, levanta sérias dificuldades no que toca ao fundamento constitucional.

Factualmente, as agências, no Brasil, surgem por conta do processo de privatização e da disciplina das concessões. Neste sentido aparecem como um novo instrumento de atuação do Estado no domínio econômico. Diz-se que elas representam a substituição do modelo de gestão com base em controles formais (legalidade e motivação fundamentada) e na intervenção direta (Estado empresário), pelo modelo gerencial, com base em avaliação de desempenho (eficiência) e intervenção condicionante da eficiência (regulação e regulamentação). Ou seja, nem o estado mínimo, protetor das liberdades (estado de direito liberal), nem o estado promotor de benefícios sociais e econômicos (estado social), mas o estado regulador que contribui para o aprimoramento das eficiências do mercado (estado regulador).

A figura da “agência” é uma importação direta do direito administrativo dos Estados Unidos da América. Prolifera não só no Brasil, mas se espalha, por força da globalização, por diversos países da Europa continental, cuja tradição mais centralista sempre encarara a administração a partir dos interesses da Coroa, tendo por paradigma o Fisco como entidade arrecadadora e mantenedora do patrimônio do rei (cf. M.S. Giannini: *Corso*

di Diritto Amministrativo, Milano, 1966, vol. I, p. 16, 23, 26). Daí uma concepção manifestamente orgânica, em que os entes administrativos são órgãos de um único corpo. Ao contrário, a tradição anglo-saxônica sempre viu a administração como conjunto de corpos (*bodies*) de competência regionalizada, alguns sujeitos ao comando direto do Parlamento, outros até mesmo “eleitos” por convenções locais. Isto conduziu à famosa *negação de um direito administrativo* nos moldes franceses, proposta por Dicey, com repercussões, no direito britânico, até muito recentemente (cf. Griffith/Street – *Principles of Administrative Law*, London, 1951, p. 3 ss.).

No direito norte-americano, como assinala Di Pietro (Parcerias na Administração Pública, São Paulo, 1999, p. 133), “o vocábulo **agência** tem sentido amplo, que abrange ‘qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais’, conforme consta expressamente da Lei do Procedimento Administrativo (*Administrative Procedure Act*)”. E conclui: naquele país, “falar em Administração Pública significa falar nas agências, excluído do conceito o Poder Executivo”.

A tipologia americana das agências conhece diversas distinções. Do ponto de vista da delegação de poderes normativos pelo Congresso, fala-se em *regulatory agencies* e *non regulatory agencies*. As primeiras são atribuídas competências normativas capazes de afetar direitos, liberdades ou atividades econômicas dos administrados; às segundas, as atribuições limitam-se à prestação de serviços sociais, que, aparentemente, não envolveriam atividades de regulamentação. Esta distinção acabou sendo superada na jurisprudência, que percebeu, na atividade “não regulatória” aspectos de verdadeira regulamentação, o que fez submeter todas as agências ao *due process of law*. Outra distinção importante é entre as *executive agencies*, cujos quadros dirigentes são de livre disposição do Presidente da República, e as *independent regulatory agencies or comissions*, cujos dirigentes têm mandato e estabilidade.

A proliferação das agências nos Estados Unidos encontra uma de suas explicações na alta complexidade da atividade administrativa, impossível de ser dominada por saberes genéricos e formais. Daí a idéia de **especialização** em áreas de atuação demarcadas, nas quais o conhecimento **técnico** exige uma formação especial. Em conseqüência, a independência de grande parte delas tornou-se corolário do alto grau de **discricionariedade técnica** de seus atos regulamentares que, destarte, se supunham politicamente neutros, se comparados com a atividade legislativa do Congresso.

Nenhuma dessas características ficou isenta de grandes controvérsias, percebendo-se, sobretudo a partir dos anos 60, com a enorme proliferação de atos regulamentares, que os atos técnicos, a princípio restritos a decisões de casos concretos (*adjudications*), estendiam-se para a imposição de verdadeiras normas gerais (*rulemaking*), nas quais os juízos de valor (e, pois, políticos) eram patentes. De outro lado, o aparecimento de incontáveis “regras técnicas”, para todo o tipo de atividade, levantou o problema do “engessamento” e a conseqüente proposta de “desregulamentação”, adotada pelo governo Reagan, conduzindo o Poder Judiciário a julgar a necessidade dos regulamentos sob o prisma da razoabilidade. Com isso, o regime inicial das agências, sobretudo a sua independência, acabou por ser largamente contestado, reduzindo-se consideravelmente a sua função “reguladora”, no que tange às suas relações com os três poderes.

No Brasil ao que parece, o modelo original é que vem sendo tomado para a criação de nossas agências. Sem muita reflexão teórica, mas na esteira de uma fundamentação constitucional não muito consciente, elas começam a proliferar. Com efeito, a CF, no art. 174, vê no Estado um “agente normativo e regulador da atividade econômica”. Trata-se, neste âmbito, do exercício das funções de “fiscalização, incentivo e planejamento”, esta última apenas indicativa para o setor privado. A noção de *agente normativo e regulador* parece dar supedâneo tanto à competência para baixar normas quanto para intervenções reguladoras no sentido de evitar distorções no comportamento do mercado por meio de imposições de ordem técnica (sobre a controvérsia a respeito da noção de *regulação* ver Vital Moreira: *Auto-regulação profissional e administração pública*, Coimbra, 1997, p. 34 e s.). No entanto, a criação de agências com atribuições técnicas, de suposta neutralidade política, mais voltadas para a eficiência das regulações e, necessariamente, independentes (com poderes quase legislativos: *problema da reserva de lei*, quase regulamentares: *problema da competência privativa do Presidente da República*, e quase judiciais: *problema dos limites do contencioso administrativo*, esbarra em conhecidos óbices constitucionais, a começar do disposto no art. 25 do ADCT. Segue-se toda uma série de indicativos limitadores de uma atividade regulamentar autônoma, que pudesse ser atribuída às agências, mesmo quando criadas com base em sede constitucional, como é o caso da ANP e da ANATEL.

A atribuição às agências de uma competência normativa e reguladora funda-se, basicamente, na sua independência. Segundo Arnold Wald (Wald/Moraes: *Agências reguladoras*, Revista de Informações Legislativas, 141/146) trata-se de independência *decisória, de objetivos, de instrumentos e financeira*. A primeira lhes garante capacidade de resistir às pressões políticas e econômicas, por força de *mandato*. A segunda lhes dá autonomia na

determinação de fins, tendo em vista o interesse do consumidor. A terceira, diz com os meios, por exemplo, quanto a tarifas. A última refere-se à existência de recursos próprios e disponibilidade sobre eles. Obviamente, esta independência e as correspondentes competências devem estar fundadas em lei (legalidade). A questão está, porém, em que medida é possível, em base constitucional, a ocorrência de verdadeira *delegação*, ainda que por via legal, daquela independência e das correspondentes competências, tendo em vista a tripartição dos poderes.

Isto posto, tem o presente texto o objetivo de analisar três questões dentre várias que possam ser suscitadas:

- a) limites constitucionais à delegação de poderes;
- b) a ocorrência, no direito constitucional contemporâneo, de “mutações constitucionais” e o princípio da legalidade;
- c) a delegação e a independência das agências.

2. LIMITES CONSTITUCIONAIS À DELEGAÇÃO DE PODERES.

Se olharmos a questão do ponto de vista da doutrina mais tradicional, haveria de reconhecer-se que, na configuração de tipos legais para atos normativos, a Administração está adstrita à lei. Tanto que o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (art. 25) revogou, no prazo que determina, todos os dispositivos legais que atribuíssem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso, especialmente no que tange a “ação normativa”. Assim, por exemplo, embora no passado, à luz da constituição anterior, fosse possível sustentar que a imposição de penas administrativas pudesse resultar de regulamentos, na Constituição vigente trata-se de expressa competência do Congresso (art. 48 caput, cc. art. 24 - I). Afinal, como observa Celso Bastos (Comentários à Constituição do Brasil, vol. 2º, Saraiva, p. 31): “Quanto aos regulamentos delegados, encontráveis em alguns países, também eles não se amoldam ao nosso direito, porque se trata de transferir competência legislativa, o que só se pode pela única via constitucionalmente aceita, que é a da lei delegada”. E para a expedição de regulamentos o que resta é apenas a competência privativa do Presidente da República (regulamento para a *fidel* execução de leis, art. 84 - IV da CF). Nestes termos, a eventual competência conferida a órgãos administrativos para elaborar e aprovar seu regimento *interno* diz antes respeito ao próprio funcionamento, portanto a regras que disciplinam sua atuação no que diz respeito a seus membros e funcionários, não quanto a **direitos** dos administrados.

Trata-se, sabidamente, da submissão da Administração ao princípio da legalidade (art. 37). A legalidade dos atos administrativos, por exemplo, na imposição de penas, compreende não só a competência para o ato e suas formalidades extrínsecas, também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato (quando vinculantes do ato). Assim é também ilegal o ato que se baseie num dado fato que, por lei, daria lugar a um ato diverso do que foi praticado (cf. Victor Nunes Leal, Problemas de Direito Público e outros problemas, vol. I, ed. Ministério da Justiça, p. 264). Citando Seabra Fagundes (no seu clássico, O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 1941, p. 118, nota) diz o autor que tais atos serão examinados também para “aferir a conformidade do ato com o que apurou o processo”, o que é uma questão de estrita legalidade. Não está em questão um tema de discricionariedade e conveniência (que se refere ao *acerto, à justiça, à equidade, enfim, a interesses, mas não a direitos*) mas de **não aplicação** ou **indevida aplicação** do direito vigente (lei no sentido formal).

Como esclarece Carlos Roberto Siqueira Castro (O Congresso e as Delegações Legislativas, Rio de Janeiro, 1986, p. 96 ss.), ao analisar as *delegações legislativas*, à luz do princípio da tripartição dos poderes, a rigor deveríamos reconhecer e admitir apenas a chamada *delegação nominada*. Trata-se daquela delegação *disciplinada diretamente numa constituição*, a qual determina o procedimento delegatório, seus limites e condições, e cujo exemplo patente é a lei delegada (atualmente, art. 68 da CF - 88).

A doutrina, no entanto, costuma reconhecer a existência – *de fato* - de um outro tipo de delegação, cuja natureza delegatória é, inclusive, discutível, denominada *delegação inominada*. Esta abarca diferentes sub-tipos, com diferentes formas de atribuição de competência normativa delegada, caracterizando-se, em geral, por ocorrer *sem nomeação constitucional*, fundada, pois, em legislação infraconstitucional.

A **delegação inominada** diz respeito ao fenômeno do poder regulamentar, em princípio atribuído privativamente ao chefe de governo, portanto restrita à forma nominada na constituição, para a fiel execução das leis formais; desta passa-se, também, a uma forma inominada, de estabelecer normas de implementação de leis que contenham princípios e diretrizes gerais (as *lois-cadres* dos publicistas franceses ou as *Massnahmengesetze* dos alemães) e, para uma forma ainda mais independente, para a regulamentação autônoma da consecução de serviços públicos e do exercício regular do poder de polícia. Correspondentemente, temos os chamado *regulamentos de execução*,

cujo objetivo é explicitar o conteúdo das leis e descer a pormenores que tornem regular, disciplinada e viável a sua efetiva aplicação. Em seguida, os *regulamentos de complementação*, que exigem do Legislativo o estabelecimento explícito das normas gerais, dos princípios e dos critérios diretores, sob cuja égide ocorrerão especificações de natureza *executiva* que não apenas particularizam o conteúdo de regras gerais, mas, de algum modo, *criam regras* dentro das linhas fixadas pelo legislador. Por fim, temos os *regulamentos autônomos*, constituídos por atos normativos do Executivo, incondicionados em face de lei ordinária e fundados em reserva regulamentar autônoma prevista na constituição, por meio dos quais são disciplinadas matérias *não* submetidas à reserva legal ou para as quais não haveria, eventualmente, lei ordinária.

Contudo, costuma ser bastante discutível, na doutrina, que o poder regulamentar inominado tenha o sentido de uma *delegação legislativa* (isto é, competência para fazer leis), pois isto equivaleria a uma renúncia em buscar critérios diferenciadores entre lei e regulamento (cf. Afonso Rodrigues Queiró, Estudos de Direito Público, Coimbra, 1989, vol. I - O Poder Discricionário na Administração -, p. 435). Do ponto de vista da divisão dos poderes, a faculdade regulamentar é antes uma competência própria, inerente ao exercício da atividade administrativa, que requer uma certa margem de discricionariedade, mas sempre balizada pela ordem legal. Conforme o grau dessa discricionariedade, contudo, é possível falar em poder regulamentar *stricto sensu*, que, à diferença das delegações nominadas, toma a configuração de uma impropriamente chamada “delegação” *lato sensu*, que se chama, por isso, *delegação inominada*. Nesta linha de raciocínio, salvo os regulamentos de execução, que, seguramente, **não constituem nenhuma forma de delegação legislativa** (eles existem apenas para a **fiel** execução das leis), os regulamentos de complementação (e também os autônomos), se tomados como *delegação*, apontariam para um tipo de discutível sustentação à luz da tripartição dos poderes.

Uma tal delegação inominada, se pudesse ser admitida, suscitaria ademais um problema de delimitação entre lei e regulamento, problema já conhecido (e tratado de longa data com mais precisão) no que se refere aos regulamentos de execução, de competência privativa do chefe de governo. À diferença destes, os regulamentos de complementação e os autônomos parecem não cingir-se à **fidelidade**, embora exijam outros critérios de delimitação em face das leis.

Assim, ainda mais complicada é a delimitação, no caso da delegação inominada de complementação e a autônoma, que deveria continuar, de todo modo, submetida à exigência da divisão dos poderes, cuja necessidade

emerge clara na famosa advertência de Montesquieu, segundo a qual quando “na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistrados, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade; pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado estabeleça leis tirânicas para executá-las tiranicamente” (*L’Esprit des Lois*, Paris, sem data, Livro XI, capítulo VI).

De modo geral, partindo-se do princípio de que o poder de legislar é uma competência constitucional que, nos sistemas contemporâneos, pode ser atribuída também ao Executivo (decreto-lei, medida provisória, lei delegada), o primeiro critério para determinar limites entre lei e regulamento de complementação estaria na verificação daquilo que, pela constituição, é considerado *reserva de lei* ou, admitindo-se uma competência do Executivo para editar normas com força de lei, *qual o seu alcance*. Com isto, a chamada delegação de complementação não passaria de um problema de discricionariedade administrativa, mas não de delegação propriamente dita.

Assim, no primeiro caso - reserva de lei -, estará proibido tudo o que caracterizar uma delegação *abdicatoria* (conforme a expressão de Siqueira Castro), ou seja, tudo que significar uma renúncia ao poder-dever do Legislativo de exercer sua competência constitucional (vide o art. 25 do ADCT). No segundo, sempre que o Executivo, com relação a determinados conteúdos e sob certas condições, estiver autorizado pela constituição a emanar normas com força de lei (decreto-lei, medida provisória), excluída estará a sua competência regulamentar *inominada*. Por exemplo, admitida a competência para editar normas com força de lei sobre certas matérias, o Executivo não pode regulamentá-las por delegação *inominada*, só cabendo aí regulamento de execução nos limites do dispositivo legal (regulamentação para fiel execução, privativa do Presidente da República).

Restaria, em conseqüência, apenas explicitar com mais cuidado o limite em que deve ocorrer uma atribuição de poder de regulamentação de complementação enquanto mera interpretação discricionária ou em que limite é este extrapolado, ocorrendo, então uma (vedada) delegação *abdicatoria*.

Obviamente não existe uma linha divisória objetivamente universal para esta delimitação (Queiró, p. 433). Não obstante, algumas orientações tópicas, doutrinária e jurisprudencialmente, estão assentadas. Assim, mesmo quando pareça ao legislador que as necessidades coletivas devam ser satisfeitas pela administração, pois admitem uma variação intensa, de difícil detalhamento, requer-se que a lei-quadro estabeleça com clareza os limites, as condições e as diretrizes para o exercício da complementação. Por exemplo, a doutrina norte-americana, para a qual os regulamentos de complementação são considerados uma forma de delegação admitida mas não fundada

constitucionalmente, a lei deve ser acompanhada de *standards* adequados (*delegation with standard* bem a propósito das *agencies*).

Na doutrina nacional, Pontes de Miranda (Comentários à Constituição de 1967, t. I, p. 575) assim se expressou: “o princípio prático que corresponde à vedação das delegações legislativas pode ser enunciado do seguinte modo: há delegação legislativa sempre que a função outorgada ao Poder Executivo permite que, sem ônus de afirmar e aprovar se terem dado as circunstâncias que permitem variações, varia de resolução dentro da mesma classe de atos administrativos. Quando a delegação é proibida, também o é a extradelegação (- delegação do Poder Executivo a comissões, entidades para-estatais, carteiras, diretorias, etc.)”. Ou seja, se o Executivo, para editar normas com conteúdo diverso e até oposto, estiver agindo apenas com base no seu exclusivo critério, sendo seu o ônus de provar as circunstâncias que autorizam as variações, então houve delegação legislativa vedada. Neste sentido, o antigo Tribunal Federal de Recursos já reconheceu que não podia a lei atribuir ao Executivo aptidões que implicassem criar, modificar ou extinguir direitos, pois isto seria admitir que um ato sem a força vinculante da vontade popular veiculasse disciplina própria de lei, mediante delegação não admitida pela Constituição (v. TRF, AC nº 85500 - RJ, DJ, 23/5/85, p. 7882).

Em face deste posicionamento doutrinário e jurisprudencial, haveria, como salta aos olhos, uma ostensiva inconstitucionalidade em muitos dos dispositivos que garantem, às agências reguladoras, sua característica *independência*. Note-se que o problema não está, propriamente, na delimitação da discricionariedade administrativa em face da lei, questão conhecida e bastante discutida na doutrina e na jurisprudência, mas na delegação de competência regulamentar diretamente às agências e isto nos quadros de uma Constituição que, em princípio, só admite delegação para fiel cumprimento da lei, competência privativa do Presidente da República.

Ao contrário deste preceito, a delegação **direta** de competência regulamentadora às agências poderia significar para elas, pela independência de suas decisões em face da hierarquia ministerial e até presidencial, o estatuto de um verdadeiro “quarto poder: um poder burocrático”, no dizer dos doutrinadores americanos (cf. Jethro K. Lieberman: *The Evolving Constitution*, 1992, p. 35). Afinal, nos Estados Unidos, o vulto tomado pelas agências chega a conferir-lhes “*considerable power to declare, enforce and interpret the law*”, de tal modo que, por exemplo, “*much detail in the federal tax law comes not from Congress but from regulations written by the Internal Revenue Service and the Treasury Department*”. Trata-se de uma configuração que, obviamente, contrariará a posição tradicional e conservadora do direito brasileiro e que merece, no entanto, uma reflexão

mais detida em face do advento do *estado regulador*, até para descobrir-lhe os fundamentos e os limites constitucionais apropriados à Constituição pátria.

3. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E AS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS.

À luz das limitações constitucionais, mormente em face do princípio da legalidade, a questão da delegação de poderes exige uma consideração mais precisa. É preciso entendê-la no que ela tem de sentido ampliado, mas também no que este sentido tenha de ser convenientemente balizado.

Justamente em face da independência das agências, parece que, por força da Constituição Federal, deve-se partir de um princípio inelutável: é vedada a delegação com abdicação legislativa, isto é, a delegação do poder-dever de legislar, que importe em renúncia do **âmago** intransferível dessa competência política. Este princípio está claro no art. 25 do ADCT. O problema está em determinar em que se constitui aquele **âmago**.

Um primeiro limite (função de bloqueio do princípio da legalidade) definidor deste âmago está nos casos de expressa exigência constitucional de reserva de lei. É o caso do disposto no art. 150 – I. Tratando-se de tributo, só por lei pode ser este exigido ou aumentado. Obviamente aqui se inclui também o disposto no art. 5º – XXXIX (*nullum crimen sine lege*). Admitida, porém, a legalidade como princípio geral da atividade administrativa, o problema maior está nos limites determinados por aquele princípio, em face de outros, como o da eficiência, na definição daquele âmago.

Uma pista para o seu entendimento dá-nos Sotirios Barber (*The Constitution and the Delegation of Congressional Power, Chicago, 1975*): “*Congress evades its constitutional obligations when it deliberately transfers to others the responsibility for decision among what public debate shows to be the most salient policy alternatives presented to it*” (p. 38 – as citações de Barber são *apud* Siqueira Castro, op. cit. p. 182 e s.).

A pista é vaga, mas aponta para algumas direções. O próprio Barber avança na sua explicitação: “*Since Congress does not necessarily have an obligation to perform itself ...it may delegate decisions to others, even important decisions, as long as these delegations appear to be necessary and proper exercises of power; in other words, as long as it can be said that Congress has arrived at clear policy decision among salient alternatives and that the delegations in question are **instrumental** to such decisions...The question in every case should be whether Congress has delegated as a means to persuing*

policy or as a way of evading responsibility for decision” (p. 40-41, 89 - grifei).

Com efeito, a noção importante trazida por Barber, em termos de teoria constitucional sobre o âmago da competência do Congresso, é a da validade de *delegações instrumentais* a órgãos independentes, na presunção de que tenha havido prévia decisão do Congresso sobre *destacados* pontos de dúvida *política* referentes à questão. Tais delegações, enquanto **autênticas delegações complementares**, nessas condições, e se for possível encontrar-lhes um fundamento na Constituição brasileira, não feririam o princípio da irrenunciabilidade do poder-dever de legislar, até porque, no plano dos fatos, *emergem da necessidade de lidar com a complexidade social e econômica em termos de técnicas e saberes especializados*.

O modelo do **Estado Regulador** tem a ver com este problema. Nele, a atuação do Estado deixa de ser estritamente a de mera proteção da liberdade (Estado de Direito e proteção da livre iniciativa), é também menos intervencionista isto é, menos assunção, pelo Estado, do *dever* de atuar diretamente no mercado, caso dos monopólios estatais, por exemplo (Estado Social), passando a um Estado em que a *dimensão* da Administração (empresarial) torna-se menor, com o conseqüente crescimento da participação da iniciativa privada na gestão de serviços públicos *lato sensu*, donde decorre a necessidade de maior flexibilização da Administração para exercer **funções de controle normativo e regulador**. *Neste contexto pode-se entender a introdução do princípio da eficiência no art. 37 da Constituição Federal*.

Entende-se, desde logo, que o princípio da eficiência traz para a discussão constitucional da delegação de competências um elemento novo. A eficiência cria para a Administração uma **responsabilidade** que não se reduz nem ao risco administrativo (responsabilidade pelo risco) nem à igualdade perante os encargos públicos (responsabilidade institucional), mas antes as incorpora em nome da obrigação imposta ao poder público, ao exercer funções reguladoras no mercado, de evitar as assimetrias de informação que funcionem como um incentivo para o comportamento oportunista dos agentes privados, levando o mercado a uma disfunção (responsabilidade pelo êxito). Lembre-se, a propósito, a doutrina francesa, que, ao tratar da responsabilidade objetiva (*sans faute*) da Administração, falava apenas de duas tendências: a) a civilista, que aplica a teoria do risco para explicar a responsabilidade, pressupondo que a Administração também “tira vantagens” de sua atividade, decorrendo daí um risco assumido, tendo em vista a correlação vantagem/encargos; b) a publicista, que aplica o princípio da igualdade de todos perante os atos decorrentes de encargos públicos para justificar a responsabilidade por atos que ofendam o princípio (G. Vedel: *Droit*

Administratif, Paris, 1961, p. 258 ss.). O princípio da eficiência cria, pois, uma outra forma de responsabilidade.

Está aí, assim, o fulcro da eficiência e desta como base constitucional para uma delegação de poder às agências, bem como de seus limites por força da sua responsabilidade pela solidariedade de meios e fins por atos normativos e reguladores. Afinal, o princípio da eficiência tem por característica disciplinar a atividade administrativa *nos seus resultados* e não apenas na sua consistência interna (legalidade estrita, moralidade, impessoalidade). Por assim dizer, é um princípio *para fora* e não *para dentro*. Não é um princípio *condição* mas um princípio *fim*, isto é, não impõe apenas *limites* (condição formal de competência) mas impõe *resultados* (condição material de atuação). Por seu intermédio, a atividade administrativa continua submetida à legalidade, muito mais, porém, à legalidade enquanto relação solidária entre meios e fins e pela qual se responsabiliza o administrador.

Entende-se, assim, a possibilidade de que uma delegação (instrumental) venha a inserir-se na competência do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, basicamente nas funções de fiscalização e incentivo, ambas em termos do princípio da eficiência. Ou seja, o princípio da eficiência exige que a Administração, em vista do mercado, seja dotada de competências reguladoras de natureza técnica e especializada sob pena de paralisia. Isto é, é impossível exigir-se *eficiência* da Administração sem dar-lhe competência para alocar fins específicos e encontrar meios correspondentes. A especialização técnica é exigência da eficiência.

Uma discussão sobre se é possível uma tal delegação instrumental, num sentido diferente do tradicional e conhecido problema da mera interpretação discricionária, principia por um entendimento, a começar, do próprio sentido da legalidade. Isto porque sua responsabilidade não está na escolha discricionária de meios, em face de fins definidos na lei, mas na eleição dos fins específicos, genericamente estabelecidos em lei, e da escolha dos correspondentes meios.

Como assinala Karl Loewenstein (Teoria de la Constitución, Barcelona, 1970, p. 165 s.) há uma importante diferença entre o processo de reforma constitucional conforme as regras previstas para o exercício do poder derivado e a chamada “*mutação constitucional*”, caso em que se produz uma transformação na real configuração do poder político, da estrutura social e do equilíbrio de interesses, sem que isto se reflita no texto da constituição que, de resto, permanece intacto. A consequência desta segunda hipótese é significativa, pois será possível dizer que, por força da “*mutação*

constitucional”, a norma textual ou se distancia da realidade (problema de sua eficácia) ou mesmo “é posta fora de vigor” (problema de validade).

Um exemplo típico desta segunda hipótese está contido na expressão constitucional “Estado Democrático de Direito”. Nela já se contém, de um lado, os tradicionais princípios do *estado de direito* (dentre eles, a proteção da liberdade conforme a lei no sentido negativo de não ser constrangido arbitrariamente e, em decorrência, uma certa *formalidade* hermenêutica, garantidora da certeza e segurança) e, de outro, as exigências do *estado social* (dentre elas, o reconhecimento de um conteúdo positivo da liberdade como participação e da lei como condição de acesso à cidadania, donde uma certa *desformalização* hermenêutica – cf. Ferraz Jr., Constituição Brasileira: modelo de Estado, Estado Democrático de Direito, objetivos e limites jurídicos, in O Brasil no limiar do século XXI, Frankfurt am Main, 1996, p. 63 ss.).

Ora, o problema de uma “mutação constitucional” aparece nesse quadro, dentre outras, na concepção do *princípio da legalidade*. Isto se percebe na medida em que aqueles princípios e essas exigências se entremeiam na realidade da prática social que, de uma parte, pede uma *situação de compromisso* entre os diferentes grupos sociais, de outra, *delimitações normativas* claras ao exercício do poder. A *situação de compromisso* é, nestes termos, um típico problema de *adequação entre meios e fins*. Já as *delimitações normativas*, um problema de *controle das condições*, independentemente dos fins a atingir. Seguem-se daí dois sentidos de *legalidade* a esclarecer.

Não me refiro à conhecida distinção entre *legalidade* e *legalidade estrita* (*poder fazer tudo que a lei não proíbe* e *poder fazer apenas o que a lei permite*), mas à distinção entre a lei como *estrutura condicional* e a lei como *estrutura finalística*.

Estrutura condicional e finalística são formas de validade normativa e têm a ver com a relação meio/fim (cf. Ferraz Jr. -Teoria da Norma Jurídica, São Paulo, 1999, p. 109 ss.). Trata-se de conceitos oriundos da cibernética que explicam a tomada de decisão e sua programação. Uma decisão pode, assim, ser programada condicionalmente quando *condições* (meios) são estabelecidas e tornadas vinculantes, independentemente de os *fins* condicionados serem ou não atingidos. Já uma programação finalística estabelece e torna vinculantes certos *fins*, de tal modo que os *meios* se tornam deles dependentes. Neste caso, quem assume os fins, assume também a responsabilidade pelo encontro dos meios. No outro caso, quem assume os

meios, não tem responsabilidade sobre os fins, só pelo fiel cumprimento das condições.

Aceitando-se que a validade das normas expressa uma relação entre normas, numa seqüência progressiva e regressiva (a norma constitucional valida a infraconstitucional, esta tem sua validade na norma anterior), é possível ver no processo de validação ora uma programação condicional, ora finalística (cf. Ferraz Jr. Teoria da Norma Jurídica, 1ª edição, São Paulo, 1978, 3ª edição 1999, p. 109 ss.).

Uma norma valida outra, condicionalmente, se preestabelece condições que devem ser respeitadas e nestas condições localiza a validade da norma subsequente, independentemente se os fins normativos são ou não atingidos. Por exemplo, uma norma constitucional que impõe uma vedação (proibição de instituir tributo que não seja uniforme) valida normas legais que estatuem tributações, se respeitada a vedação, independente de se os fins (provimento de recursos adequados às necessidades) estão ou não sendo alcançados.

Já uma norma valida outra, finalisticamente, se preestabelece fins que devam ser alcançados, devendo ser encontrados os meios adequados. Neste caso, a validade da norma subsequente localiza-se na solidariedade entre fins e meios, donde a questão da validade levantar problemas de proporcionalidade, razoabilidade, adequação etc. Por exemplo, é o caso de uma norma constitucional que preestabeleça o regime legal para concessões e permissões e nele o respeito aos direitos dos usuários, política tarifária e obrigação de manter serviço adequado. Neste caso a validade constitucional da norma legal exige respeito à solidariedade de meios e fins.

As duas formas de validação nem sempre estão radicalmente separadas na linguagem do legislador. Cabe ao intérprete percebê-las e dar-lhes a devida relevância. Elas afetam, nestes termos, o próprio sentido do princípio da legalidade, na medida em que a ofensa ao princípio gera desrespeito a um comando constitucional e invalidade (condicional e finalística). Em termos hermenêuticos é possível, pois, entender a legalidade sob uma perspectiva de bloqueio (legalidade condicional) ou de legitimação de objetivos (legalidade legitimadora). Na primeira, prevalece a validação condicional. Na segunda, a validação finalística.

O dispositivo constitucional “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CF art. 5º – II) tem, conforme a tradição e à primeira vista, um ostensivo sentido de bloqueio. No plano do Direito Administrativo, na melhor tradição da doutrina e jurisprudência francesa, a lei é encarada como *condição* essencial da atividade

administrativa e não apenas o seu limite (como na primitiva tradição alemã) – cf. Queiró, op. cit. p. 347. É também limite, porque apenas dentro dos quadros legais pode agir o administrador. Mas é sobretudo condição porque sem lei ele não pode agir. Neste sentido se fala em *legalidade estrita*.

O sentido de bloqueio da legalidade estrita está em que a atividade administrativa, quer interfira com os direitos dos administrados, quer tenha efeitos fora deste campo, só pode exercer-se com fundamento em lei. Em termos da relação meio/fim, a lei como condição (meio) da atividade administrativa (fim) dá ao administrador a equação completa da sua ação: ela concede ao agente competência, isto é, poder de praticar aqueles atos ou de produzir as condições para que tenham lugar aqueles efeitos jurídicos que forem postulados pelas necessidades do serviço considerado, necessidades que, porque previstas pelo legislador, são as únicas que podem determinar o agente. Neste quadro, a discricionariedade se reduz a um juízo de oportunidade. Não há distinção, por conseguinte, entre conceitos indeterminados e conceitos discricionários: quando a lei se expressa por conceitos indeterminados isto não abre ao agente a possibilidade de escolher entre um dos sentidos possíveis, mas exige que ele encontre o sentido querido pelo legislador. E a atividade regulamentadora da lei só pode ser para o seu fiel cumprimento.

Já o sentido de legitimação da legalidade vê na lei não tanto uma *condição* e um *limite*, mas, basicamente um *instrumento* de exercício da atividade administrativa. Como *instrumento*, seu princípio hermenêutico está na *solidariedade entre meios e fins*, donde a *razoabilidade* da atividade administrativa, submetida, então, a uma *avaliação de sua eficiência*. Nestes termos, o respeito à legalidade exige do intérprete uma distinção entre conceitos indeterminados e discricionários, bem como uma concepção da discricionariedade que não se limita a um juízo de oportunidade, mas alcança os juízos de realidade (avaliação de políticas de implementação de objetivos, de adequação dos meios escolhidos em face dos fins propostos).

Quanto à distinção entre conceitos indeterminados e discricionários, deve, então, o intérprete admitir que conceitos indeterminados não são *indetermináveis*, presumindo, assim, que deve haver um sentido nuclear que cabe à jurisprudência encontrar. Já os conceitos discricionários pressupõem uma pluralidade de sentidos que se determinam em cada caso por escolha, mas que, renovadamente, abrem um leque de opções conforme as circunstâncias. O conceito indeterminado tende a um fechamento, por via interpretativa. O discricionário não se fecha nunca. O regulador hermenêutico do primeiro é a certeza e a segurança. O do segundo, a eficiência e a adequação.

Contendo a lei conceitos discricionários, a discricionariedade, para além de um *juízo de oportunidade* (restrito à obediência formal à lei e à correta motivação), passa a um *juízo de realidade*. A discricionariedade admite, então, num campo de possibilidades fáticas, a escolha de objetivos e a exigência de meios correspondentes, pedindo-se comprovação da eficiência das medidas tomadas. Por presunção em termos de eficiência, a atividade administrativa é considerada livre, salvo quando vinculada estritamente (absoluta reserva de lei). Esta liberdade, porém, não é igual à liberdade privada, pois imputa ao administrador não o arbítrio, mas a razoabilidade das medidas tomadas (proporcionalidade, proibição de excessos, compatibilidade técnica e política). Trata-se de uma liberdade delegada por lei no sentido de solidariedade de meios e fins (legalidade por legitimação).

Neste quadro, a figura da delegação e sua legalidade adquire nuances que merecem ser explicitadas.

Condicionada à previsão legal (legalidade em sentido de legitimação), a correspondente delegação (direta ao órgão) não se confunde nem com as delegações de fiel cumprimento nem com a lei delegada. Trata-se, como visto, de uma forma de delegação com base no princípio da eficiência e por este introduzida no ordenamento constitucional. Afinal, no caso de atividade reguladora, sem ela ficaria vazio o princípio, tanto no sentido de sua eficácia quanto no sentido de controle constitucional. Ou seja, com base na eficiência, a delegação instrumental ganha contornos próprios que garantem à independência das agências reguladoras seu supedâneo. Mas eficiência confere a elas também limites próprios.

Ora, como entender estes *limites*, tendo em vista o sentido da *eficiência* como base da delegação instrumental?

4. OS LIMITES IMPOSTOS PELA EFICIÊNCIA.

Em primeiro lugar, em termos de eficiência, tratando-se de uma delegação para alocar meios e fins específicos, ela deve ser posta pelo Legislativo a serviço de uma decisão tomada entre várias alternativas políticas. É preciso ficar suficientemente claro que o Congresso tenha assumido uma diretriz quanto a uma política setorial, e que os objetivos dessa política tenham sido discutidos em face de alternativas plausíveis. Não basta que a delegação tenha por objetivo fins genéricos do tipo *interesse público* (ainda que setorial), mas é preciso que as finalidades sejam postas na forma de princípios finalísticos de ação. Não basta, no mesmo sentido, a fixação de

fins do tipo *interesse protegido do consumidor*, mas exige-se algum detalhamento desses interesses. Com isso, a competência instrumental delegada obriga-se a completar este detalhamento, estabelecendo *fins tecnicamente viáveis* e encontrando os *meios adequados*, responsabilizando-se, afinal, pela relação solidária de meios e fins (responsabilidade pelo êxito).

Para esclarecer esta responsabilidade é necessário ter em conta a chamada eficácia técnica das normas contidas na lei. Neste sentido, a eficácia tem a ver com a aplicabilidade em termos de uma aptidão (de extensão variável) para produzir os efeitos (a política finalística adotada). Para uma realização normativa, a norma contém *funções eficaciais* (cf. Ferraz Jr. Introdução ao Estudo do Direito, 1994, p. 199).

Em primeiro lugar, normas visam a impedir ou cercear a ocorrência de comportamentos. Esta função tem o sentido de bloqueio de condutas indesejáveis (função de bloqueio). Em segundo lugar, normas visam à consecução de um objetivo, que funciona como um *telos* programático (função programática). Por fim, normas visam a assegurar um comportamento (função de resguardo).

Em princípio, as normas contêm as três funções, mas com graus de intensidade e importância diferentes. Neste caso é preciso distinguir entre funções primárias e secundárias, com o fito de estabelecer-lhes a prioridade e a dependência. Por outro lado, quando as três funções estão explicitadas na norma, sua eficácia é plena. Quando a função primária é explicitada, mas não as secundárias, a eficácia é limitada (isto é, sem a explicitação destas, a eficácia da função primária não se realiza). Se as secundárias não são explicitadas, mas a eficácia primária tem condições de realizar-se sem um detalhamento preciso, a eficácia é contida.

A delegação instrumental tem a ver com os casos de eficácia limitada da lei, em que preponderam as funções programáticas e de resguardo. Trata-se de situações em que, por razões de complexidade setorial e de correspondente exigência de especialização técnica, a lei que atribui a delegação autoriza decisões de mérito, responsabilizando-se o órgão competente pela alocação de fins tecnicamente apropriados e pelo encontro do meio correto. Esta responsabilidade é avaliada pela *eficiência* da medida. A lei traça as políticas setoriais, decidindo sobre as macro-alternativas, indica os meios gerais (função de resguardo) e, para o detalhamento de fins e meios, exige a atividade delegada (função programática). A questão é saber como se dá, então, a função de bloqueio (limites legais de atuação da agência).

Na doutrina econômica norte-americana o assunto já é discutido há algum tempo. A teoria econômica da regulação, tendo por base a teoria do interesse público (implícita na literatura sobre falhas de mercado e regulação exigida pela especialização técnica), admitia que a regulação é dirigida ao mercado e é desenhada e operada primariamente para o seu benefício (Stigler 1971 - teoria da captura). Daí a prevalência genérica do interesse público. Mas a literatura posterior contestou o pressuposto.

O centro das discussões estava na impossibilidade de que políticas públicas pudessem ser reduzidas a uma explicação meramente econômica, seja baseada na premissa de comportamento racional/maximizador, seja na idéia normativa das falhas de mercado e dos objetivos de justiça e equidade, por parte do Estado. Os estudos mostram que as políticas econômicas de governo atendem a muitos e diferentes objetivos, inclusive os de barganha de votos, nitidamente políticos. Peltzman, (Toward a More General Theory of Regulation, em Journal of Law and Economics 19, nº 2, p. 211-40 - 1976, The Economic Theory of Regulation after a Decade of Regulation em Brooking Papers on Economic Activity-Microeconomics, 1989) resume as justificações econômicas, mostrando que a) grupos compactos e organizados tendem a se beneficiar mais da regulação que grupos amplos e difusos, b) a política regulatória tende a preservar uma distribuição de rendas politicamente ótima dentro de coalizões, c) na medida em que a recompensa política da regulação resulta da distribuição de riqueza, o processo regulatório é sensível a perdas.

Já a teoria das escolhas públicas (Buchanan, Liberty, Market and the State – Political Economy in the 1980s, 1983) insiste em que uma legislação é, desde sua origem, motivada pelos interesses privados que favorece, donde a possibilidade de que, de fato, os resultados de políticas sejam muito diversos, senão opostos, a suas motivações iniciais, por força de todos os outros elementos envolvidos.

Na Constituição brasileira, este tipo de preocupação esta presente, sem dúvida., no parágrafo 8º do art. 37, quando autoriza a celebração dos chamados *contratos de gestão*. Diz o preceito; “A *autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I – o prazo de duração do contrato; II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III – a remuneração do pessoal*”.

Ora, generalizando analogicamente tais preceitos para a discussão da delegação instrumental e da conseqüente responsabilidade pela solidariedade meio/fim da Administração por atos legalmente fundados, a noção de **eficiência**, aplicada às agências reguladoras, adquire alguns parâmetros que podem ser assim sintetizados. Tratando-se de princípio jurídico-constitucional (CF, art. 37 *caput*), algumas balizas normativas à lei que crie a delegação instrumental e ao conseqüente exercício desta podem ser, então, reconhecidas:

1. uma política regulatória eficiente deve procurar preservar uma distribuição de rendas politicamente ótima (ver, a propósito, o art. 170 – VII da CF: *redução das desigualdades regionais e sociais*);
2. políticas que reduzem a riqueza total disponível para a redistribuição devem, em princípio, ser evitadas na medida em que reduzem a recompensa política (interesse público) do ato regulatório (ver, neste sentido de orientação, o art. 170-VIII: *busca do pleno emprego*);
3. regras orientadoras das análises que conduzem a uma ação reguladora devem ser previamente conhecidas (exigência de *transparência* do poder público – art. 37 *caput*);
4. os atos regulatórios devem ser tomados por autoridade dotada de mandato (para minimizar a pressão de interesses: importante condição para tornar efetivo, por exemplo, o disposto no art. 175, parágrafo único, da CF);
5. por sua (tradicional) impermeabilidade institucional, o Poder Judiciário deve ser levado a decidir sobre o mérito das regulações (art. 5º – XXXV, tomado em sua plena extensão);
6. a eficiência é pressuposto tanto de atos vinculados quanto de discricionários, estando o agente da regulação obrigado a afinar suas decisões com os objetivos políticos setoriais prescritos em lei (legalidade em sentido de legitimação);
7. a participação do usuário de serviços e atividades regulados no controle das atividades de regulação deve estar prevista (CF art. 37, par. 3º).

Por fim, tenha-se presente que estas regras gerais para controle da eficiência não dão conta, obviamente, do detalhe, mormente quanto às questões de natureza técnica. Elas são antes regras para *políticas* reguladoras, que o implemento técnico deve observar e cuja disciplina é adstrita ao caso concreto.

5. A INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS E SEUS LIMITES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.

O Brasil não tem uma lei geral a disciplinar as agências. Via de regra, elas têm sido criadas por legislação esparsa, muitas por força dos processos de privatização, sendo que algumas delas têm sede constitucional. Por isso mesmo as diferentes formas de independência antes mencionadas não estão, uniformemente, presentes em todas elas. E, às vezes, sucede também o contrário: órgãos que gozam de algumas das importantes independências, mas que não são agência. É o caso do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), encarregado da fiscalização da livre concorrência no País, cujos conselheiros e procurador geral têm mandato, exerce funções judicantes, cujas decisões não se submetem a revisão hierárquica, mas que não foi instituído como agência: é uma simples autarquia, não uma autarquia especial. Há ademais caso de autarquia especial, criada antes do advento da figura *agência*, cujas atribuições decorrem diretamente da Constituição Federal e da lei complementar nela prevista, cujos dirigentes não têm mandato, mas que goza de outras formas de independência, sem, por isso, ser chamada de agência: o Banco Central.

Para verificar o efetivo funcionamento de uma agência e a efetividade dos instrumentos de controle, tomo, como exemplo, uma delas, mencionando um ou outro caso específico de sua atuação.

A ANP – Agência Nacional de Petróleo – é uma das agências previstas diretamente na Constituição Federal - art. 177, par. 2º, III (a outra é a ANATEL, art. 21,XI).

Dispõe o art. 177, par. 2º, III: “A lei a que se refere o par. 1º disporá sobre: ... III – a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União”.

Pela Lei nº 9.478/97, a ANP goza de *independência decisória*, garantida quer em face de eventuais pressões políticas (seus dirigentes são nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação do Senado Federal, para um *mandato* de quatro anos – art. Art. 11, par. 2º e 3º), quer em face de grupos de pressão (está previsto um regime de incompatibilidades para a nomeação, bem como um período de “quarentena” – 12 meses - após o exercício do mandato, válido tanto para empresas privadas quanto públicas (art. 13 e 14).

Dentre suas competências inclui-se a de *resolver pendências* entre os agentes econômicos e entre estes e consumidores e usuários de bens e serviços das

indústrias do setor (função judicante). As sessões deliberativas são públicas e tomadas na forma colegiada (art. 17). A lei prevê, na solução de conflitos, *ênfase* na conciliação e arbitramento, conforme vier a ser regulado em seu regimento interno (art. 20).

A *independência financeira* é garantida pela previsão de receitas próprias, enumeradas expressamente no art. 15 (I - dotações consignadas no orçamento da União, parcela das participações governamentais, II - recursos provenientes de convênios, acordos, contratos, III - doações, legados subvenções, IV – produto de emolumentos, taxas e multas, valores apurados em venda ou locação de bens próprios).

Conquanto sua função de órgão regulador esteja referido especificamente à indústria de petróleo (art. 7º), faz parte desta função a de fiscalizar o *adequado funcionamento* (observe-se a relação solidária de meios e fins) do sistema nacional de estoques bem como o cumprimento do plano anual de estoques estratégicos **de combustíveis em geral, regulando e autorizando as atividades com eles relacionadas** (art. 8º – XIII e XV). Neste sentido também, são transferidos para a agência o acervo técnico-patrimonial, as obrigações, os direitos e as receitas do antigo DNC (art. 9º e art. 78, parágrafo único).

No exercício de sua função reguladora, importante, pois, é verificar o alcance de sua competência normativa.

Veja-se, a título de exemplo, o disposto na Lei nº 9.847/99, que trata da **fiscalização** das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, este, objeto da supra mencionada Lei nº 9.478/97.

15/5/2000

