

A competência sancionadora das agências reguladoras no Direito brasileiro: breves comentários¹



Heraldo Garcia Vitta

Professor de Direito Administrativo. Mestre e Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP. Juiz Federal em Campo Grande/MS.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O sistema norte-americano e as agências reguladoras. 3. O regime jurídico brasileiro (legalidade). 4. A supremacia geral e a supremacia especial (do Estado). 5. As agências reguladoras no Brasil. 5-A. O “Direito Regulatório” e as agências reguladoras. 6. Conclusões a respeito das penalidades administrativas impostas por agências reguladoras. Bibliografia.

1. Introdução.

Este singelo artigo visa contribuir, de algum modo, com tema a respeito do qual os doutrinadores têm opiniões, ou estudos, divergentes: a competência sancionadora das agências reguladoras.

Para essa finalidade, aborda-se a temática numa perspectiva *global e unitária do Direito*, mas sem desbordar da Constituição brasileira. Portanto, analisam-se algumas questões sob o prisma da *interpretação sistêmica do Direito nacional*.

Logo, o foco do trabalho concerne à possibilidade, ou não, de aplicarem-se, ao

regime jurídico nacional, as linhas gerais do sistema norte-americano, local onde mais se difundiram as agências reguladoras.

Reconhece-se a distinção entre supremacia geral e supremacia especial do Estado, âmbitos de atuação das agências reguladoras. A diferença de regime jurídico permite consequências relevantes.

Conclui-se no sentido de que as agências reguladoras devem submeter-se ao regime determinado na Constituição Federal *brasileira* e nas leis do país.

Evidentemente, as eventuais críticas são destinadas ao *modelo jurídico*, e não aos servidores das agências reguladoras.

¹ Artigo extraído por ocasião da palestra proferida no dia 03 de agosto de 2012, no *I Congresso de Direito Administrativo Paulista*, realizado pelo Instituto de Direito Administrativo Paulista (IDAP) e pela Associação dos Advogados de São Paulo (AASP).

2. O sistema norte-americano e as agências reguladoras.

As agências reguladoras são difundidas no *sistema jurídico norte-americano*, por conta das peculiaridades culturais naquele país. De *maneira geral*, podem ser extraídas três proposições referentes ao Direito “regulatório” nos Estados Unidos: a) o texto da Constituição, praticamente, nada estabelece a respeito de órgãos governamentais; b) o Congresso tem amplo arbítrio para decidir sobre a criação de órgãos, sobre os poderes que lhes devem ser conferidos e a posição que devem ocupar na estrutura burocrática; c) como regra geral, os órgãos governamentais precisam de algum tipo de relacionamento com o Presidente da República; mas a Constituição não especifica, de modo exato e significativo, a forma pela qual isso ocorre. Então, essa matéria desenvolve-se mediante interpretação jurídica da própria Constituição.²

Assim, as agências reguladoras têm atribuições, competências, estruturas e independência, à medida da configuração adotada pelo Parlamento; o Congresso é o mentor das agências reguladoras nos Estados Unidos.

A rigor, no sistema norte-americano, elas detêm competências (a) normativa, (b) “de decisão”, e (c) jurisdicional.

Dessa maneira, (a) estabelecem normas, de observância obrigatória – *delegação legislativa* do Congresso; (b) decidem casos concretos, com a peculiaridade de que não podem ser contrastadas por autoridades estranhas ao órgão; e (c) resolvem os litígios de sua alçada, pouco restando ao Judiciário, quanto à análise dessas decisões tomadas – o juiz adstringe-se à verificação da *legalidade* das ações desses órgãos.

Evidentemente, deve-se constatar se o regime norte-americano tem *perfeita* sincronia com o regime brasileiro; e, para tanto, é preciso analisar o contexto *jurídico-nacional*, ou seja, o complexo de princípios e normas colhidos no sistema normativo.

A princípio, pode-se dizer o seguinte: no Direito norte-americano, a história intelectual, quanto à análise da Constituição, advém do *pragmatismo inglês*, em vez de uma teoria (continental). Peter L. Strauss afirma:

Não dispomos de nenhuma teoria abrangente a respeito de quando instituir cada tipo de órgão ou de quando lhe conferir os vários poderes possíveis. Em vez disso, contamos com mais de dois séculos de tentativas nesta ou naquela direção, normalmente empreendidas com motivos específicos em cada caso.³

Com efeito, no *direito anglo-saxão*, (a) há *diluição da noção de Estado*, não se vê nele entidade unitária e autônoma, ou centro de relações jurídicas, marcadas por “poderes especiais”; e (b) há *heterogeneidade de fontes normativas*, devido à descentralização de entidades, com meios jurídicos variados, aos quais “baqueia a distinção entre direito público e direito privado.”⁴

As consequências dessas afirmações parecem óbvias; como expõe Luis S. Cabral de Moncada:

A produção legislativa parlamentar é mais escassa e menos rica, com a consequência da ampla liberdade da Administração. A quem compete condicionar e limitar tal liberdade [da Administração] é, conseqüentemente, ao juiz, muito mais que ao legislador. O alcance da legalidade decorre assim das relações entre a Administração e o juiz,

2 STRAUSS, Peter L. Órgãos do sistema federal americano – sua responsabilidade e posicionamento. In: FIGUEIREDO, Marcelo (Org.). *Direito e regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 19. Explica, esse autor, que o relacionamento da Presidência da República é de *supervisão, e não de controle* (*Ibidem*, p. 28).

3 *Ibidem*, p. 21, destaques não originais.

4 CABRAL DE MONCADA, Luis S. *Rule of law*, procedimento normativo e legalidade: uma perspectiva comparada. In: *Estudos de Direito Público*. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 119-120, destaques não originais.

muito mais que das *relações entre a lei e Administração*.⁵

Realmente, ao “copiar-se” determinado instituto “alienígena”, é necessário observar *dois pontos cardiais*, necessariamente *imbricados*: o que estabelece a Constituição brasileira – notadamente, a *interpretação dela*; e o plexo de normas e princípios existentes *no sistema*, mediante a *interpretação sistemática*.⁶

Há muito tempo, a doutrina não ter-giversa a respeito das conclusões quanto à aplicação do *direito estrangeiro* (mediante a técnica da comparação – *método comparativo*). Como protótipo, palavras de F. Larnaude, emérito professor francês:

Se nós encontramos no Direito estrangeiro as mesmas regras que no nosso, o princípio assim consagrado aqui e lá adquirirá senão que um grau mais alto de *certeza e autoridade*. Mas este não é o resultado essencial que persegue o método de observação *comparativa*; *ele raramente chegará às identificações e às similitudes tão absolutas*. Bem mais frequentemente, ele nos fará descobrir, ao contrário, *tipos nacionais ou autóctones* de instituições, isto é, formas *propriamente nacionais*, procedimentos jurídicos ou legislativos *exclusivamente e propriamente nacionais* de atingir certos *fins* que, em outros países, seriam perseguidos *por outros meios*.⁷

Portanto, deve-se indagar: como se coloca o problema *das agências reguladoras* em face da *Constituição brasileira*?

3. O regime jurídico brasileiro (legalidade).⁸

Inicialmente, convém esclarecer, não se está a analisar o objeto de estudo mediante uma mera *interpretação retrospectiva*, na qual se analisaria o *texto novo* de forma a que ele, na verdade, nada inove; de acordo com esse método, tanto quanto possível, a nova legislação deveria ficar parecida com o *texto antigo*.

Absolutamente! A questão é simpli-císsima; não se pode descurar, olvidar, do regime *nacional*, do conjunto de *regras e princípios (normas) propriamente brasileiro*. Sob pena de rasgar-se o Texto Constitucional, infringir-se o *regime democrático de Direito*. Pois, a perquirição é considerada *retrospectiva* apenas num sentido: a novel legislação adstringe-se à ordenação normativa existente no sistema; logo, a nova lei encontra-se vinculada, enredada, ao conjunto sistemático de todas as normas, bem como aos valores subjacentes à Constituição.

Assim, seguindo a tradição continental europeia, o Direito brasileiro contém *princípios, regras e valores* consubstanciados no *Texto Constitucional*, que é, como se sabe, bastante minucioso, ao trazer pormenores em diversas matérias e pontos considerados fundamentais pelo Poder Constituinte. A Constituição do Brasil é prolixa, traça parâmetros normativos a todos os Poderes e órgãos, especialmente com as *normas programáticas*, as quais, quando menos, indicam *finalidades* a serem cumpridas pelo Estado.

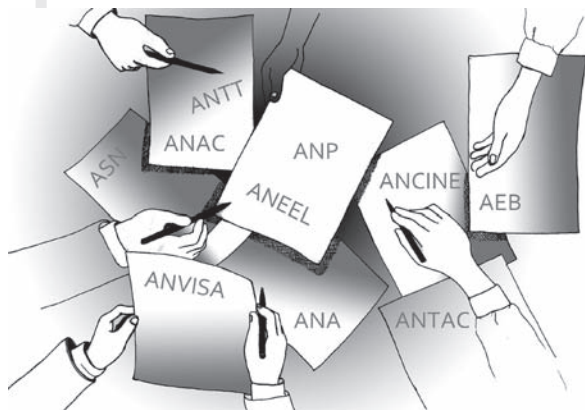
Além disso, o direito nacional [assim como ocorre na Europa], especialmente, o *Direito Público*, está sedimentado, cristalizado, em *teorias*, as quais são estudadas e

5 *Ibidem*, p. 137.

6 VITTA, Heraldo Garcia. *Aspectos da teoria geral no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 130.

7 COLLÈGE LIBRE DES SCIENCES SOCIALES – 1910. *Les méthodes juridiques*. Paris: V. Giard & E. Brière, 1911, p. 22, destaques não originais.

8 Abstráimos deste estudo o tema do *controle jurisdicional* de atos e fatos praticados pelas agências reguladoras. O artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, é categórico: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário *lesão ou ameaça a lesão*.” (destaques não originais). Trata-se de *direito fundamental*, que deve ter *máxima eficácia*.



analisadas, por *doutrinadores*, a partir do sistema jurídico.

É verdade, a *jurisprudência*, conhecida pelas *decisões reiteradas*, visa à resolução de *casos concretos*, portanto, os juízes levam em conta os elementos da vida, inerentes à *situação concreta*; mas recebem os influxos dos ensinamentos da *doutrina e da teorização* do Direito.

Como aos doutrinadores incumbe *teorizar* o sistema normativo, definindo e classificando os objetos, fácil concluir quanto à influência desses profissionais no dia a dia forense.

Então, no regime jurídico brasileiro, há um *sistema de regras e princípios*, aliás, muitos deles expressos, *teorizado*, para a aplicação no caso concreto. Assim, o raciocínio, entre nós, é *dedutivo*; parte-se do sistema jurídico, das normas, para a solução do caso concreto.⁹ Nesse sentido, as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

No Brasil, por exemplo, onde o Direito Administrativo não teve origem pretoriana [como no sistema inglês] e no qual o *Judiciário é que segue as lições da doutrina* – e não o inverso – não faria sentido o estudo do Direito a partir do

case method, pois não levaria a ensinar *praticamente nada de útil*. É que o obtido por tal meio não ambientaria o estudante com o espírito e a mentalidade do Direito que teria de penetrar, nem o instrumentaria com o conhecimento legislativo, com as técnicas de seu manejo e com o *hábito dedutivo* que teria de cultivar.¹⁰

Colocadas essas premissas, alinham-se as citações seguintes, relativas ao *princípio da legalidade*.

Se, (1) *de um lado*, o Direito brasileiro (a) não acolhe a denominada *reserva legal*, cunhada, inicialmente, na doutrina alemã, e expandida na Europa, na qual para determinadas matérias, expressamente delineadas na Constituição, sobretudo no tema dos direitos fundamentais, o Poder Público carece de lei para atuar;¹¹ e nem adota (b) a *teoria da essencialidade*, aceita pela jurisprudência alemã, segundo a qual para certos temas, considerados fundamentais, haveria necessidade de lei;¹² (2) *de outro*, o regime nacional exige, para *innovar na ordem jurídica*, a edição de lei, formal, pelo Poder Legislativo.¹³

Sob a égide do Texto Constitucional anterior, que, no ponto, não diverge do atual, expõe Geraldo Ataliba:

Assim, a Constituição consagra o princípio segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer [alguma coisa] a não ser em virtude de lei. Isto significa que, no Brasil, só lei obriga, e nenhuma norma, a não ser a legal, pode ter força inovadora obrigatória (nisso o nosso

9 Mesmo que o intérprete analise o caso concreto e a norma legal e vice-versa, num método, por assim dizer, circular, a conclusão [final] desse processo só pode advir da *dedução*, por conta do *raciocínio lógico utilizado para a compreensão do sistema jurídico*.

10 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 43, rodapé 23, destaques não originais.

11 MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Trad. Horácio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982, t. I, p. 98 e ss.

12 MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p. 64.

13 Extraímos o tema das *medidas provisórias*, que têm eficácia de lei, sob condições e termos (cf. art. 62 da CF, alterada pelo EC nº 32, de 11/09/2001).

regime é peculiar e mais estrito que a maioria do direito comparado).¹⁴

Cuida-se de critério *dogmático*, portanto, extraído do Texto Constitucional: “justificação legal” (*jure constituto*).

Para a verificação do acerto dessa proposição doutrinária, basta simples leitura dos artigos 5º, II; e 37, *caput*; e 84, IV, do Texto Constitucional; quanto aos Ministros de Estado, o artigo 87, parágrafo único, da Constituição Federal; e o artigo 25 *do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*, o qual *revogou* os dispositivos legais que atribuíam ou delegavam a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente quanto à ação normativa.¹⁵

Já, sob o *prisma prático* (*jure constituendo*), nos países do continente europeu, cujos traços o Brasil adota, a *função administrativa é subordinada à função legislativa* de dois modos, de acordo com Federico Cammeo: esta determina os *fins* do Estado e estabelece os *meios* para atingi-los, bem como os *limites* aos quais a ação concreta do Estado está *subordinada*.¹⁶ Ou, nas palavras de Re-

nato Alessi, numa apertada síntese, a função administrativa é *complementar* à função legislativa, além de estar *subordinada* a ela.¹⁷

Essas ideias, ou noções, fundamentais decorrem da *teoria da divisão das funções estatais* (historicamente: dentre outros, Aristóteles e Montesquieu); a qual tem guarida no Texto Constitucional (art. 2º).

Consta, nesse artigo, a *tripartição* de “Poderes” (órgãos do Estado, que realizam funções estatais); assim, nenhum deles pode imiscuir-se na seara do outro, salvo nos casos expressamente permitidos pela *própria Constituição*.

Há, pois, *coordenação* das funções desses órgãos, porém, demarcada, plenamente, *exaustivamente, na Constituição*. Isso garante a autonomia política dos “Poderes” Executivo, Legislativo e Judiciário, estrutura inarredável no *regime democrático de Direito*.

Dessa maneira, os *regulamentos*, “veiculados”, na maior parte das vezes, por *decretos*,¹⁸ cabem apenas em certas hipóteses, plenamente *justificadas*, perante o ordenamento: além de não inovarem na ordem jurídica, *dependem* de lei [prévia] para serem expedidos – trata-se de regulamentos de *execução de leis* (art. 84, IV, da CF).

Assim, *após a edição da lei*, os regulamentos, *sem inovar* na ordem do Direito, podem referir: (a) questões *técnicas* (relativas à *temática da legislação*), em face de expressões “latas” (conceitos amplos), *contidas na lei*, a qual defere, expressa ou implicitamente,

belecem os *fins*, os *limites* e, às vezes, os próprios *meios* da *ação administrativa*.

14 ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. atual. por Rosoléa Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 125.

15 Apesar disso, o artigo 84, VI, letra “b”, *com redação da Emenda Constitucional nº 32, de 11/09/2001*, permite ao Presidente da República *extinguir funções ou cargos públicos, quando vagos*. Essa norma nos parece inconstitucional, eis que funções e cargos são criados por leis (art. 61 da CF); não poderiam ser extintos por decretos; não se atende à *uniformidade das formas* (*grosso modo*, algo criado, instituído, por dada espécie de ato jurídico, só poderia ser extinto pela mesma forma, ou por ato jurídico superior), o qual decorre do sistema jurídico, como *princípio geral de Direito*: ato administrativo, inferior, não pode modificar algo referido em lei (ato jurídico superior). Ademais, haveria ofensa à *separação das funções estatais*, estatuída no artigo 2º da CF. O Executivo invade atribuição do Congresso, a de legislar. A *Emenda Constitucional nº 32*, no ponto, é inconstitucional, ante o teor do artigo 60, § 4º, III, da Constituição Federal.

16 CAMMEO, Federico. *Corso di diritto amministrativo*. Pádua: Casa Editrice Dott. Antonio Milani/CEDAM, 1960, p. 13. Pode-se acrescer aos ensinamentos desse competente autor as normas do *Texto Constitucional* que, dentre outros fatores, delimitam a *ação legislativa*, bem como esta-

17 ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milão: Giuffrè, 1953, p. 5. Nesse sentido, com citações desse renomado autor italiano: VITTA, Herald Garcia. *Aspectos da teoria geral no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 70.

18 Decretos, *de regra*, são abstratos, impositivos, gerais – mas não inovam na ordem jurídica; são expedidos, *como regra*, pelo *Chefe do Executivo*, para *operacionalizar a aplicação das leis* aos administrados. Autoridades subalternas podem expedir outros *atos administrativos normativos* abstratos como instruções e outros do gênero.

ao *regulamento*, a possibilidade de operacionalizá-la,¹⁹ visando aplicá-la, *atualizá-la*, no ângulo da *técnica*, devido ao *avanço tecnológico*, hipótese de uso de aparelhos de segurança nas indústrias, nos veículos; ou (b) questões que demandem *discricionariedade* da autoridade administrativa, portanto, nos casos de *conveniência e oportunidade*, “conferidas” pela lei – na qual a Administração tem margem de atuação – , visando, justamente, dar “aplicação prática” à lei, devido aos imperativos da *segurança jurídica* e da *igualdade* (aplicação da lei, pelos órgãos administrativos, de forma “igualitária”).

Nos casos de *averiguação e operacionalização técnica*, expõe Ricardo Marcondes Martins, a regulamentação pode ser feita *diretamente pelo respectivo órgão técnico*, devido à rápida mudança das situações fáticas. Segundo o autor, o arrolamento de substâncias que causem dependência física ou psíquica pode ser efetuado *por portaria da Secretaria da Saúde*.²⁰

A aplicação do princípio da legalidade não possui a mesma “consistência” em todas as situações jurídicas; pois, em dados casos, é possível “certa mitigação” dele, *em prol do interesse público*. Nesse sentido, deve-se fazer o *discrime* entre *supremacia especial*, ou *sujeição especial* [do Estado], e *supremacia geral* [do Estado].

4. A supremacia geral e a supremacia especial (do Estado).

Um dos pilares do Direito Administrativo, conforme expõe Celso Antônio Bandeira de Mello, é a *supremacia do interesse público sobre o do particular*.²¹ Assim, o Estado-

Administração detém certas *prerrogativas*, conferidas por leis, ou decorrentes do sistema normativo, com as quais maneja o interesse público, *sem prejuízo* dos direitos, sobretudo fundamentais, dos particulares.

Essa supremacia estatal pode ser *geral e especial*.²² Na primeira hipótese, a Administração, por meio de lei (princípio da legalidade), “exerce” a *atividade administrativa* (edita atos e realiza fatos; fiscaliza, impõe penalidades), com alcance, ou extensão, *geral*: a supremacia geral *atina à generalidade das pessoas*.²³

Um dos casos de supremacia geral é a *Polícia Administrativa*, pela qual, agentes públicos, nos termos das leis, “contendem” a “ação” dos particulares; isto é, a Administração *delimita a liberdade e propriedade* das pessoas em geral, em benefício do *interesse público*.²⁴

Basta verificar o sistema de rodízio de veículos nos grandes centros urbanos, os parâmetros da propriedade privada, a proteção ao ambiente pelos órgãos respectivos etc.

Já, na supremacia *especial*, a Administração extrai da *relação jurídica*, travada com particulares, os *confins* e os *limites* de ação. Nesse tipo de expressão do Estado, embora o

público e a indisponibilidade do interesse público (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 99 e ss).

22 A respeito da *origem e distinção* entre supremacia geral e especial do Estado: VITTA, Heraldo Garcia. *Soberania do Estado e poder de polícia*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 61 e ss. O *discrime* teve origem na Alemanha e alastrou-se em alguns países da Europa, como Espanha e Itália. No Brasil, Celso Antônio Bandeira de Mello difundiu o tema, alinhando *limites positivos e negativos à supremacia especial* (*Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 843 e ss).

23 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 841.

24 No Poder de Polícia, há apenas determinação dos *confins jurídicos da propriedade e liberdade* dos indivíduos; não há propriamente *limitação*, corte, desses “bens”. Por isso, preferimos a expressão “delimitação”. (VITTA, Heraldo Garcia. *Poder de polícia*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 77 e ss).

19 O termo “*possibilidade*”, usado no texto, está no sentido de exercício de *competência do Chefe do Poder Executivo* para regulamentar as leis. Aliás, a competência é *face de um dever*.

20 MARCONDES MARTINS, Ricardo. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 109.

21 Esse autor destaca dois pilares: a *supremacia do interesse*

fundamento último *seja a lei* (ao menos, os órgãos públicos devem deter competências expressas ou decorrentes do sistema), a base fundamental é o *próprio liame* travado com o particular.

Segundo Renato Alessi, a supremacia especial do Estado ocorre nas hipóteses em que o particular ingressa (a) na *esfera jurídica* do Estado (concessionários [e permissionários] de serviços públicos); ou (b) na esfera *jurídica e material* (gozo de determinados serviços públicos pelos particulares).²⁵

Nessa condição, a Administração pode (*conteúdo* da supremacia especial): (a) editar *atos normativos*, destinados a regular a *relação jurídica* (normas internas, regulamentos do serviço); (b) dar *ordens individuais* aos particulares; (c) *vigiar* as condutas deles, quanto ao cumprimento das normas internas; (d) *impor sanções* administrativas, se o comportamento for danoso aos serviços públicos.²⁶

A respeito, afirma o citado autor italiano:

Tal conteúdo é, essencialmente, complexo e múltiplo, em relação também à complexidade dos *meios necessários* para atingir a *finalidade da disciplina* do comportamento pessoal dos indivíduos que *estejam em contato com a esfera da Administração*.²⁷

25 ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1974, v. I, p. 279-280.

26 *Ibidem*, p. 281. Acrescentamos a possibilidade de *imposição de medidas acatelasórias da Administração*: “Não podemos confundir a sanção administrativa com certas medidas cautelares tomadas pela administração para manter a ordem pública em casos de *extrema urgência*. Essas medidas cautelares são providências administrativas, enquanto se efetua o procedimento pertinente para a apuração da infração. Finalizado, aplicar-se-á a sanção, se verificado o ilícito; caso contrário, a medida será levantada, sem prejuízo da responsabilidade civil.” [se for, o caso]. (VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22, destaques originais).

27 ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1974, v. I, p. 281.



São exemplos de supremacia especial do Estado, dentre outros: concessionários e permissionários, o gozo de certos serviços públicos, admitidos aos particulares (bibliotecas públicas, hospitais públicos, escolas públicas), servidores públicos (“poder” disciplinar), os presos, os membros das profissões tuteladas etc.

De acordo com as lições do citado autor italiano, na supremacia especial, há *dependência acentuada* do particular, ao aparato administrativo, uma relação *pessoal e direta* com a Administração, com certo caráter de *permanência e continuidade*, não sendo suficiente, pois, a relação ou supremacia geral.²⁸

Justifica-se o reconhecimento dela, como expõe o autor espanhol Mariano López Benítez, devido “*la necesidad de operatividad y eficacia* que precisa la máquina administrativa en determinados ámbitos.”²⁹

Entretanto, ao contrário do que se entendia, por ocasião do *surgimento* da noção de supremacia especial (que ocorreu na

28 *Ibidem*, p. 279-280.

29 BENÍTEZ, Mariano López. *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*. Madri: Civitas, 1994, p. 40, destaques não originais.

Alemanha,³⁰ na qual havia *atuação ilimitada* do Estado), os autores, atualmente, destacam vários *limites jurídicos* dessa forma de atuação administrativa.

Não se cuida, portanto, de função absoluta, sem limites; trata-se de *função jurídica*, logo, baseada no Direito. Há lindes *jurídicos*, dentre outros, as atribuições dos órgãos devem estar plasmados em leis, ou serem decorrentes do sistema (implicitamente); a exigência de que a Administração atenda aos princípios do *instituto* jurídico correspondente, à proporcionalidade, à razoabilidade etc., em vista da *finalidade específica da relação jurídica* travada.³¹

Com essas considerações gerais do sistema jurídico, ver-se-ão, a seguir, em breves palavras, as *características básicas* das agências reguladoras no *Direito brasileiro*.

5. As agências reguladoras no Brasil.

No Direito brasileiro, agências reguladoras, de regra, são *autarquias*, isto é, *pessoas jurídicas* de direito público (*administrativas*, e não políticas: União, Estados e Municípios), criadas por *lei específica* (art. 37, XIX, da CF, com redação da EC nº 19, de 4/6/1998), com nuances e prerrogativas da entidade política que as criou (prazo prescricional, controle financeiro pelos Tribunais de Contas; atos e contratos administrativos etc.); detêm autonomia financeira e administrativa; patrimônio próprio; *em princípio, não têm subordinação hierárquica* com a entidade criadora (Administração Central); e, de acordo com Maria Sylvania Zanella Di Pietro, estão sujeitas ao *princípio da especialidade*, segundo o qual cada uma delas “exerce e é especializada na

matéria que lhe foi atribuída por lei.”³²

Devido à importância de suas atividades, de interesse e finalidade públicos, os servidores das autarquias têm vínculo jurídico sob o regime *estatutário* (estabelecido, dessa forma, por meio de leis, que lhes supedita os respectivos direitos e deveres).

Especificamente no caso das *agências reguladoras*, o artigo 1º da Lei nº 9.986, de 18/7/2000 (dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras), *determinava regime de emprego* (CLT) aos servidores; mas, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a impossibilidade da adoção dele (ADin nº 2.310-1/DF, Relator Ministro Marco Aurélio).³³

Na verdade, a característica marcante das agências reguladoras talvez seja o *mandato fixo dos seus dirigentes*³⁴ (decorrente da indicação pelo Presidente da República, com aprovação do Senado, cf. art. 52, f, III, da CF), por força dos artigos 5º e 6º da Lei nº 9.986/2000.

Dessa forma, os Conselheiros e Diretores *somente perdem o mandato* em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado, ou de processo administrativo disciplinar, dentre outras condições, a serem estabelecidas em cada lei de criação da Agência (art. 9º e parágrafo único).

Essas “garantias” dos dirigentes, enunciadas na lei, permitem atuação *técnica* das agências, com *menor ingerência política* por parte da entidade criadora (Administração Central).³⁵

30 VITTA, Heraldo Garcia. *Soberania do Estado e poder de polícia*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 68 e ss.

31 Para essas e outras considerações da supremacia especial: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 841-842; VITTA, Heraldo Garcia. *Soberania do Estado e poder de polícia*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 85 e ss.

32 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 525

33 Essa ação de natureza constitucional perdeu objeto, pois o artigo 1º da lei combatida (Lei nº 9.986/2000) foi revogado pela Lei nº 10.871, de 20/5/2004. Assim, não há mais determinação legal para adoção do regime de emprego aos servidores das agências reguladoras.

34 Nesse sentido: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 178.

35 Ingerências políticas sempre haverá. Primeiro, pelo sistema de escolha dos dirigentes das agências reguladoras: no âmbito federal, indicação do Presidente da República, com

Agências reguladoras sempre existiram no Direito nacional; com outro nome, ou expressão. Assim, há o Banco Central do Brasil, o Conselho Monetário Nacional, a Comissão de Valores Mobiliários; outrora, o Instituto do Açúcar e do Alcool, o Instituto do Mate etc.

Contudo, desde as “privatizações” dos serviços públicos, a partir da década de 90, devido ao trespassse de atividades públicas (outrora realizadas pelo Estado) para pessoas jurídicas de *Direito Privado* não integrantes da Administração, houve a criação de entidades públicas (*agências reguladoras = autarquias*), com a finalidade de acompanhar e fiscalizar o desenvolvimento desses misteres (serviços públicos *concedidos* aos particulares; *concessão e permissão* de serviços públicos aos particulares).

Apesar disso, as agências reguladoras não estão adstritas à “fiscalização” e suposta regulação de *serviços públicos trespassadas aos particulares*; pois, algumas delas atuam em áreas ou segmentos diversos. Numa apertada síntese, seriam as seguintes searas de atuação (sem pretensão de enumerar as espécies de agências reguladoras):

a) *no setor privado*: 1) *Agência Nacional do Petróleo* (ANP: Lei nº 9.478, de 6/8/1997), relativa à *atividade econômica do monopólio estatal* de exploração e produção de petróleo (art. 177, I e IV, da CF, com redação da EC nº 09, de 9/11/1995); 2) *Agência Nacional de Vigilância Sanitária* (ANVISA: Lei nº 9.782, de 26/1/1999), ao atuar como *Polícia Administrativa*,³⁶ no *controle sanitário* (saú-

de) de produtos e serviços, quanto à produção e comercialização, ambientes e controle nos portos, aeroportos e fronteiras (art. 6º da Lei); 3) *Agência Nacional de Saúde Suplementar* (ANS: Lei nº 9.961, de 28/1/2000), também como *Polícia Administrativa*, quanto aos serviços de saúde, desempenhados por particulares (art. 199, *caput*, da CF); 4) *Agência Nacional do Cinema* (ANCINE: MP nº 2.281-1, de 6/9/2001), que atua no *fomento* da atividade cultural, proporcionada por particulares;

b) no setor de *serviços públicos*: dentre outras: *Agência Nacional de Energia Elétrica* (ANEEL: Lei nº 9.427, de 26/12/1996), *Agência Nacional de Telecomunicações* (ANATEL: Lei nº 9.472, de 16/7/1997);

c) no setor de *uso de bem público*: *Agência Nacional de Águas* (ANA: Lei nº 9.984, de 17/7/2000).

Ora, caso fosse adotado o entendimento de que agências reguladoras têm competência para editar *atos normativos*, com eficácia de *leis*, certamente pouco restaria ao Legislativo (*função legislativa*); e, por tabela, à Administração Pública Direta (*função administrativa*) – esta ficaria “submetida” às normas das agências reguladoras, pois não poderiam “controlá-las”, supervisioná-las.

Imagine-se, ainda, se os atos delas não pudessem ser contrastados no Judiciário ... Quase tudo ficaria sob a batuta de agências reguladoras!!!

Pois bem. O artigo 21, XI, da Constituição, com redação da Emenda Constitucional nº 8, de 15/8/1995, estabelece, *nos serviços de telecomunicações*, prestados mediante *autorização, concessão ou permissão*, a previsão legal da criação de um órgão regulador; no caso, a *ANATEL*.

O mesmo ocorre quanto ao monopólio

aprovação do Senado. Depois, essas entidades *integram a Administração Pública Indireta*, portanto, submetem-se aos ditames (*metas, finalidades, meios*) estabelecidos nas *leis*; e *nos atos administrativos superiores* da Administração Pública (Presidência da República e Ministérios, no âmbito federal).

36 Seguindo os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 835 e ss), escrevemos: “Com efeito (a) a princípio, *leis*, elaboradas pelo Poder *Legislativo*, na função *legislativa*, estabelecem *contornos jurídicos* da propriedade e liberdade dos administrados. (...). Noutros casos, contudo, (b) o legislador atribui à Administração averiguar, *nos termos legais*, perante o caso concreto, a

esfera ou fisionomia jurídica da propriedade e liberdade dos particulares. Nesse âmbito, a Administração elabora atos e pratica comportamentos; estar-se-á diante da *Polícia Administrativa*. (*Poder de polícia*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 23, destaques originais).

da União de *petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos*, cujo artigo 177, § 2º, III, do Texto Constitucional, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 9, de 9/11/1995: previu, mediante lei, a criação de órgão regulador; a ANP.

Ora, a singela previsão constitucional de órgãos reguladores, nesses dois casos, não tem o condão de “destruir”, obliterar, todo o sistema jurídico *constitucional*. O que o dispositivo da Constituição determina é a criação, instituição, de “órgãos reguladores”. É só!!! A norma busca “maior” *especialidade* dessas searas; almeja conferir a tomada de decisões *técnicas* nesses âmbitos. Transfere-se, da Administração Direta (órgãos públicos) para a Administração Indireta (autarquias), a “fiscalização” de algumas atividades de “interesse [ou relevância] público”.

Mas não significa a encampação, no Brasil, da argamassa jurídica (escassa, como visto) do regime norte-americano. Aliás, não tem sentido a interpretação, desejada por parte da doutrina, de que a instituição de agências reguladoras visaria conferir segurança jurídica (credibilidade) aos investidores [logicamente, *internacionais* ...!!!], por conta das características [“*americanizadas*”] delas.

Ora, tanto a *especialidade das agências reguladoras* quanto a *tecnicidade das decisões* tomadas por elas, já *conferem segurança jurídica*. (Sem falar nos *mandatos fixos dos dirigentes*, por força de leis). É o *quanto basta*, em face do *Direito brasileiro*.

5-A. O “Direito Regulatório” e as agências reguladoras.

Para “justificar” a pretendida “extensão” das competências das agências reguladoras, a doutrina tem destacado algumas *características do regime jurídico “regulatório”*: flexibilidade, consensualidade, setorização, atuação especializada e autonomia na relação com o Executivo.

a) A respeito da *flexibilidade*, não há novidade; o Direito Administrativo tem, como *características essenciais*, que o distingue de outras disciplinas jurídicas, a *extrema diversidade* de seu objeto, a *mobilidade de suas disposições* e a *falta de codificação*. Afirmção do professor francês H. Berthélemy (em 1.910!!!!).³⁷

Ademais, essa flexibilidade só pode ser concebida num aspecto, ou sentido, *relativo*; pois, diz Ruy Cirne Lima,³⁸ a *finalidade*, no Direito Público, é *cogente*; a *relação de administração é imperativa*, imposta pela lei; o *dever e a finalidade* predominam – ao contrário do Direito Privado, no qual prevalece a *autonomia da vontade*.³⁹

Depois, os *meios* devem ser fixados em *leis*, pois são importantes “instrumentos” pelos quais a Administração obtém resultados *práticos* na sua atividade administrativa [pretendidos na *lei* que lhes outorga competências].

Assim, deixar os meios ao alvedrio das agências reguladoras – como deseja parte da doutrina –, seria o mesmo que conceder, utilizando expressão de Caio Tácito (quanto às competências), um “cheque em branco”.

Nos dias atuais, devido ao *regime democrático de Direito*, os *meios* devem ser “controlados”, juridicamente, adstritos a parâmetros *prévios, normativos*, pois são

37 “Méthode applicable a l’étude du droit administratif”, in: COLLÈGE LIBRE DES SCIENCES SOCIALES – 1910. *Les méthodes juridiques*. Paris: V. Giard & E. Brière, 1911, p. 64. Ao rol do autor, acrescentamos, inúmeras *leis esparsas*.

38 Segundo o autor, a *finalidade* domina e governa a atividade administrativa (LIMA, Ruy Cirne. *Sistema de direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Santa Maria, 1953, p. 26). Afirmava o eminente doutrinador gaúcho: “Chama-se-lhe relação de administração, segundo o mesmo critério, pelo qual os atos de administração se opõem aos atos de propriedade. Na administração, o dever e a finalidade são predominantes; no domínio, a vontade.” (LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 2).

39 Mesmo no Direito Privado, a autonomia da vontade circunscreve-se às normas da ordenação, como aquelas pertinentes à função social do contrato, à função social da propriedade etc.

*instrumentos, ou formas, de “ação” da “potestade do Estado”.*⁴⁰

Nem o *princípio da eficiência* (art. 37, *caput*, da CF, com redação da EC nº 19/1998) seria suficiente para justificar os “poderes” amplos das agências reguladoras. É que esse princípio deve “conviver” com os demais princípios do ordenamento; não pode ser visto fora do mundo jurídico, como se fosse algo isolado do contexto normativo. E, dentre os princípios referidos na Constituição, o da *legalidade* impõe obediência à *lei* por todos os agentes públicos, “sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado”, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro.⁴¹

Ser *eficiente* é cumprir as *determinações legais*, atender à *Constituição Federal*, com *eficácia* (social); nas palavras de Hely Lopes Meirelles, com produtividade e rendimento funcional.⁴²

Na verdade, o princípio da eficiência é o *dever de boa administração* [há muito estudado na doutrina italiana], inerente ao regime *democrático de Direito*.⁴³

b) Com fundamento na *consensualidade*, a agência realizaria acordos, num sentido amplo, com o particular.

Mas, para serem *válidos*, pressupõem *lei autorizadora*; ou seja, “acordos”, enlaces, *sem perder de vista o interesse público*, devem ocorrer à *medida e nos termos da lei*, devido ao princípio da *indisponibilidade do*

interesse público, pilar do Direito Administrativo.

Essa característica (consensualidade), igualmente, não inova, porque, no *Direito Público*, sempre se entendeu possível as “relações consensuais”, quando *previstas nas leis*. Há, dessa forma, termos de ajustamento de conduta, suspensão de processos disciplinares, de penas de multas, e outras. Repita-se, *demandam lei*.

Pode ter havido *incremento desses instrumentos jurídicos*, devido ao avanço do regime *democrático de Direito*. Por isso, a Administração, *em vez de impor penalidades administrativas*, realiza “certas transações” com o particular.

Com efeito, *sanções administrativas* não visam apenar ao infrator; impor-lhe *castigo*; tem finalidade de “desestimular as pessoas a descumprirem as normas do ordenamento normativo.” O caráter é *preventivo*; o castigo é *consequência* do descumprimento da norma e da imposição da pena.⁴⁴

Logo, o *legislador* pode buscar melhores opções, em vez de, simplesmente, determinar a imposição de penalidade administrativa ao administrado.

Veja-se: mesmo no âmbito da *Polícia Administrativa* (na qual a doutrina cita a *imperatividade* como um dos atributos), a *coação* é *ultima ratio*; e esta *não é mais* considerada característica daquela atividade.⁴⁵

Dessa forma, a autoridade administrativa só pode realizar “acordos”, mediante *autorização legal*, eis que *não dispõe* do interesse público; afirma Carnelutti:

A potestas que, portanto, se define como potência de comandar para *tutela de um interesse alheio*, é, em certo aspecto, a figura mais elevada do poder, uma vez

40 Quanto ao meio: no caso de *discricionariedade administrativa*, compete à autoridade proceder à escolha do *melhor meio* para atingir a *finalidade legal*. Contudo, critérios, ou princípios, devem moldar a *escolha da lei*, ao conferir a discricionariedade (razoabilidade, proporcionalidade da lei); os quais igualmente devem ser *fundamento da Administração*, ao proceder com a “opção concreta”. Ela deverá, também, observar o princípio da *segurança jurídica*.

41 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 84.

42 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 90.

43 VITTA, Heraldo Garcia. *Aspectos da teoria geral no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 94.

44 VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 66.

45 VITTA, Heraldo Garcia. *Poder de polícia*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 32 e ss.

que quem comanda está em posição superior não só ao interesse sacrificado, como mesmo também ao interesse tutelado pelo comando; melhor se diria, talvez, que está colocado fora desses interesses, *já que deles não é participante*, pelos menos diretamente.⁴⁶

Por isso, penalidade administrativa *deve ser (dever) imposta* pela autoridade competente [se acaso apurada a infração, no bojo de um *processo administrativo*], pois o Estado *não detém disponibilidade* a respeito dela. Cuida-se, por assim dizer, de *potestade* [disciplinar], no qual subjazem a ideia de *dever* e a ideia de *poder*; sendo esta [meramente] *instrumental* para o *cumprimento* [efetivo] daquela.⁴⁷



Portanto, apenas nos *termos e condições fixados em leis*, a Administração Pública firma “acordos” com o administrado. Atos subalternos, inclusive decretos, portarias, instruções etc. não podem conceder essa

competência à autoridade administrativa.

Esse entendimento abrange, inclusive, atos praticados *na supremacia especial do Estado*, na qual – assim como ocorre na supremacia geral – a autoridade *não dispõe do interesse público*.

c) Quanto à *setorização*,⁴⁸ outra nota do “regime regulatório”, devem ser feitas algu-

mas anotações. Todo “regime jurídico menor” (*subsistemas*) deve obedecer aos *comandos superiores do Direito*, aos valores e princípios constitucionais e às leis.

Pois, o *sistema nuclear*, principal, traz a base, a sustentação, o fundamento, dos [aqui considerados] subsistemas, na medida em que estes estão *subordinados* àquele (*hierarquia normativa*).

Essa forma de raciocínio é realizada, necessariamente, na análise das várias normas que concebem os *ramos e as disciplinas jurídicos*. Nesse sentido, certas *unidades temáticas* do Direito Administrativo, caso do Direito Tributário, do Financeiro, do Urbanístico, do Ambiental, do Consumidor etc. têm *fundamento e base de sustentação naquela*.⁴⁹ O *Direito Administrativo* fornece-lhes o *fundamento jurídico*; engloba-lhes, dá-lhes *sentido e concatenação lógica*.

Além disso, mesmo os “direitos menores”, cujas normas não são editadas pelo Estado, estão *interligados às normas advindas deste*; expõe Waline:

Ao contrário, toda sociedade organizada tem seu Direito; ele não é privilégio exclusivo do Estado. Cada grupamento de homens, seja uma associação, um sindicato, uma federação, edita para seus membros regras de conduta, por exemplo, por um regulamento interno, pelas quais prevê sanções. (...). Essas diferentes ordens jurídicas são ligadas entre si por liames de coordenação, para sua interação comum numa *ordem jurídica superior*. Por exemplo, os direitos das associações, dos sindicatos, são integrados no *direito superior do Estado que os domina e os engloba*.⁵⁰

46 CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999, p. 272, destaques não originais.

47 VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 64.

48 Por esse entendimento, as agências atuariam em *setores específicos, subsistemas*, do Direito; isso justificaria atuação ampla, com “menores exigências normativas”, notadamente quanto à legalidade. Na prática, atuariam por atos administrativos, com “força de leis”.

49 A respeito das *unidades temáticas* dependentes, subordinadas, à *disciplina jurídica*, o *Direito Administrativo*: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 37-38; VITTA, Heraldo Garcia, *Responsabilidade civil e administrativa por dano ambiental*, p. 123-124; e *Poder de polícia*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 48 e ss.

50 WALINE, Marcel. *Manuel élémentaire de droit admiis-*

A doutrina sempre contendeu no sentido de que há *pluralidade de ordenamentos jurídicos*, concatenados a princípios, ou dogmas, *superiores*, aos quais *aderem*. A respeito, expõe Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

Existe, pois, na verdade, *pluralidade de ordenamentos jurídicos*, ou seja, de fontes formais de sua exteriorização, de modo que se passa de *ordenamento superior*, ou melhor, supremo, a constituição, que dá estrutura do Estado-poder, aos ordenamentos inferiores, ou, melhor, submetidos, uns consistindo em execução do outro.⁵¹

Os vários *subsistemas* aderem, cedem às normas mais “abrangentes” [do Estado], pois o ordenamento normativo é complexo, ordenado, *hierarquizado*.

Ressalvados (alguns) aspectos referentes à *supremacia especial do Estado*, já enfatizados, cujo *fundamento* é diverso do da *supremacia geral*; mesmo assim, há *lindes jurídicos*.⁵²

d) O tema da *atuação especializada* das agências reguladoras é “solucionado” pelo uso da *técnica*; isto é, resolvem-se as diversas questões mediante pareceres, informes técnicos, inclusive por meio da denominada

discricionariedade técnica – quando ela, efetivamente, ocorrer –, campo do qual, há anos, os cultores do Direito Administrativo se debruçam.⁵³

Os problemas do avanço tecnológico e da aplicação do Direito Administrativo não são recentes; e têm sido analisados à luz dos *conceitos operacionais dessa seara jurídica*, que traz elementos para soluções do campo da técnica.

Como diz Alf Ross, uma das atividades da *política jurídica* (realizada pelos juristas), é a “atividade de *pesar considerações e decidir* como árbitro dos especialistas [de outras áreas]”.⁵⁴

De toda forma, as autarquias, de maneira geral, são criadas para atividades *específicas*, “motivo” de sua criação. *Todas elas* têm atuação *especializada*, variando apenas o grau, ou intensidade, de cada uma delas.

e) Assim, resta a *independência funcional* “mais acentuada” das agências, devido ao *mandato fixo dos dirigentes*, nos termos das leis.

O *mandato fixo*, para os titulares de certos cargos, *decorre* da própria Constituição Federal, cujo artigo 52, III, estabelece a competência do Senado Federal para aprovar, previamente, por voto secreto, após arguição pública, “f) titulares de outros cargos que a lei determinar”. E, sabe-se, os dirigentes das agências reguladoras têm fixidez (“temporária”) nos cargos, por conta das leis que as regem.

Ressalvada a hipótese em que há “*novas*” eleições para os cargos de Chefia do

tratif. 4. ed. Paris: Sirey, 1946, p. 2, destaques não originais.

51 BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. I, p. 248, destaques não originais.

52 De acordo com Renato Alessi, a *diversidade de regime jurídico* (supremacia geral x supremacia especial) deriva de uma “independência” dos dois “poderes”, da qual descendem importantes consequências: o exercício cumulativo dos dois “poderes” não viola o princípio *ne bis in idem*; nem todos os princípios fundamentais do poder punitivo geral valem também para a aplicação do poder disciplinar; no caso de responsabilidade disciplinar, não se aplica a regra do direito penal *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Para recorrer aos princípios de direito penal, para colmatar a ausência de normas, no direito disciplinar – por meio da analogia –, deve o intérprete verificar quais os princípios e institutos que são próprios de cada poder punitivo e que podem encontrar acolhimento, também, no direito disciplinar. (*Principi di diritto amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1974, v. I, p. 281).

53 A discricionariedade técnica ocorre quando, a par da apreciação de aspectos técnicos, a lei “abre alternativa ou alternativas para o comportamento da Administração, o que é, exatamente, a essência da discricionariedade: possibilidade que dimana da lei para a eleição de uma entre duas ou mais condutas em vista de realizar, do modo mais satisfatório possível, o interesse público no caso concreto.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 442).

54 ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, p. 379, destaques não originais.

Executivo; os eleitos pelo povo poderão, a qualquer momento, expungir os dirigentes das agências, *mesmo se estes estiverem no exercício dos mandatos*. O eleito deve ter condições, meios, para conduzir os rumos da nação, sob o perfil ideológico e político *escolhido pelo povo* nas eleições.

Trata-se de conclusão extraída do conceito de *República*, cujo regime possui, dentre os atributos, a *eletividade* e a *soberania popular*.

Segundo a doutrina, a Administração Central detém *supervisão*, ou *controle*, sobre as autarquias, nos *termos e limites legais*, na medida em que, como se sabe, não há *hierarquia* entre entidade criadora (Administração Central) e criatura (no caso, autarquias).

O emérito professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello refere a distinção de autarquias e “entes autônomos”; explica esse saudoso e culto doutrinador:

O ente autônomo não se confunde com o ente autárquico. O ente autárquico, administrativo, consiste em pessoa jurídica com capacidade jurídica específica de direito público, em matéria executiva ou administrativa *strictu sensu*; já o ente autônomo desfruta de capacidade jurídica normativa específica de direito público, para ordenar ele próprio determinadas matérias, em *caráter exclusivo*, na conformidade com o seu peculiar interesse, e, prover, *livremente*, os seus órgãos governamentais.⁵⁵

E expõe o necessário *controle* que o ente autônomo detém *sobre a autarquia*, nesses termos:

Já os autárquicos, embora com competência específica para gerir, isto é, *executar*, as atividades que constituíram

a sua razão de ser, estão sujeitos no exercício da sua competência, administrativa *strictu sensu* ao controle do ente autônomo, territorial, que os criou, ou mesmo, da autarquia de serviço maior que, por autorização daquele os criou.⁵⁶

Esse *controle*, ou *tutela*, denominada *ordinária*, da Administração Centralizada sobre as respectivas criaturas, a qual sempre carece de *lei*, recai também nas *agências reguladoras* (pois são *autarquias*).

De outra parte, nas hipóteses de *desalibros administrativos*, a Administração Central poderá intervir nos negócios da agência reguladora, mediante a *tutela ou supervisão extraordinária*, a qual, mesmo na *falta de lei*, permite à entidade criadora interferir, excepcionalmente, na criatura, para dar fim aos *desmandos administrativos*, como no caso de *corrupção* deslavada.

Por exemplo, se acaso o ato da *agência* tiver sido proferido com *desvio de finalidade*, ou *incompetência [absoluta]*, ou outros vícios que possam levar à *nulidade absoluta* [do ato], ou à sua *inexistência*, nada impede a intervenção “*extraordinária*” da Administração Centralizada na agência reguladora (*tutela extraordinária*).

Numa síntese, expõe Celso Antônio Bandeira de Mello:

O caráter público da autarquia, sua inserção no âmbito do Poder Executivo e a natureza estatal de sua atividade podem, em *momentos extremos*, reclamar ação de tutela, mesmo que *não prevista expressamente*.⁵⁷

A doutrina refere, ainda, o *recurso administrativo impróprio* (aquele interposto perante *outra pessoa jurídica*), desde que

55 BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. II, p. 189, destaques originais.

56 *Ibidem*, p. 191, destaques originais.

57 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 443, destaques não originais.

haja lei que o preveja. Assim, as demandas decididas pelas agências podem constituir objeto de recurso administrativo, interposto à Administração Centralizada (ao Ministério – federal – ou à Secretaria – estadual ou municipal –), se houver *previsão legal*.⁵⁸

Especificamente no âmbito federal (DL nº 200/1967 e alterações posteriores), Alexandre Mazza cita dois pareceres da Advocacia-Geral da União, os quais reconheceram: (a) a possibilidade de interposição de *recurso administrativo impróprio*, dirigido ao Ministro da pasta, contra decisões das agências que não observam políticas públicas adotadas pela Presidência e pelos Ministros; (b) a *avocação*, pela Presidência da República, de competências regulatórias das agências.⁵⁹

Em face dessas considerações, pode-se referir a conclusão do tema proposto.

6. Conclusões a respeito das penalidades administrativas impostas por agências reguladoras.⁶⁰

O resultado dessas anotações é de fácil manejo, pois advém da aplicação *sistemática* do Direito, numa *visão global*, “conjunta”, isto é, à medida das normas e valores do *regime brasileiro*.

As agências reguladoras exercem função administrativa; *submetem-se ao princípio*

da legalidade, conforme determina o *Texto Constitucional*. Não há entidades jurídicas acima do próprio Estado (do Legislativo, do Judiciário e do próprio Executivo).

Tanto as *infrações* quanto as respectivas *penalidades* [administrativas] devem estar suficientemente plasmadas em leis. Na *supremacia geral do Estado*, umas e outras constam em *leis*,⁶¹ por isso, agências reguladoras que atuam na *Polícia Administrativa*, portanto, sob fundamento da *supremacia geral*, *não podem estabelecer*, por atos administrativos, *infrações* e *penalidades* administrativas.

Contudo, reconhece-se, as normas de Direito Administrativo, muitas vezes, *carecem de precisão terminológica*. No exemplo de Susana Lorenzo, quando as normas municipais proíbem a venda em determinadas zonas da cidade, não estará se referindo, propriamente, ao contrato de compra e venda; mesmo que o vendedor não efetue o negócio, há *infração* administrativa.⁶²

De todo modo, *como regra*, a *lei* deve estipular a *conduta específica* da qual poderá originar a *específica penalidade* (*tipicidade das infrações e das penas*). Pois, a nota ou característica, “tipicidade” das “infrações” e das “penalidades administrativas” é corolário da “legalidade”.⁶³

Já, no caso de agências reguladoras que

58 Mesmo na ausência de lei (prevendo o “recurso impróprio”), nada impede o particular de dirigir-se, diretamente, à Administração Central, contra decisões das agências reguladoras, nas hipóteses estabelecidas, ou permitidas, pela Constituição; o “*direito de petição*” assegura-lhe essa possibilidade (art. 5º, XXXIV, “a”: *defesa de direitos [violados], ilegalidade ou abuso de poder*).

59 MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 149.

60 Sanção administrativa é “a consequência repressiva, estipulada pela ordem jurídica e imposta por autoridade administrativa, no exercício da função administrativa, desfavorável ao sujeito (infrator ou responsável), com a finalidade de desestimular as pessoas a descumprirem as normas do ordenamento normativo, em virtude de conduta (comissiva ou omissiva) praticada em ofensa ao mandamento da norma jurídica.” (Vitta, Heraldo Garcia, *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 66).

61 VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 84 e ss; *Poder de polícia*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 70 e ss.

62 LORENZO, Susana. *Sanciones administrativas*. Montevideo: Julio César Faira, 1996, p. 72. De acordo com a autora, nesses casos, o intérprete deve guiar-se por critérios de obviedade e recorrer a fontes não formais, como o costume, para complementar o déficit técnico da norma. (*ibidem*, mesma página). Logo, a *tipicidade*, no Direito Administrativo, não precisa ser, necessariamente, cerrada, fechada, como ocorre no Direito Penal. O intérprete tem manejo de interpretação, para a análise dos termos contidos na lei. Porém, dentre outros critérios, ou princípios, o da razoabilidade e o da proporcionalidade devem ser observados.

63 CASSAGNE, Juan Carlos. *Estudios de derecho público*. Buenos Aires: Depalma, 1995, p. 85. Não refutamos a edição de *regulamentos executivos*, nos casos assinados no item 3) *Regime jurídico brasileiro (legalidade)*.

têm relação íntima, doméstica, com dados particulares, numa sujeição especial (*relação especial do Estado*), a situação é outra.

Nessa seara, haverá certamente, campo amplo de atuação das agências: elas podem estipular *infrações e penalidades*, por meio de *atos administrativos*, porém, baseados nas *leis*; e disciplinar, de maneira *específica*, ou seja, por ato administrativo, os comportamentos exigíveis dos particulares, quando o *legislador* (lei) tiver se expressado, ao fixar *infrações*, mediante *conceitos indeterminados*, ou, conforme acentua a doutrina, *standars* deontológicos de conduta (palavras plurissignificativas: ordem pública, moral e outras).

Assim, algumas agências (*concedentes*) firmam *contratos de concessão* de serviços e obras públicos com particulares (*concessionários*). O artigo 29, II, da Lei nº 8.987, de 13/2/1995 (essa legislação trata da concessão e permissão de serviços e obras públicos), estabelece a competência do “poder concedente” para “aplicar as penalidades *regulamentares e contratuais*”.

Conforme explica o nunca assaz citado Celso Antônio Bandeira de Mello, as penalidades podem ser fixadas em *regulamento* anterior à concessão ou no edital da licitação, “pois, em tal caso, quem se candidate a disputá-lo terá antecipado conhecimento das sanções a que eventualmente estará exposto.”⁶⁴

Já, quanto à previsão das penalidades nos contratos de concessão, assinala esse competente professor e jurista:

Quanto ao contrato, entendemos que não poderá inovar na matéria, mas tão só reproduzir o que já esteja previsto, seja no *edital* ou seus *anexos*, seja em *regulamento anterior*. Logo, o que dele conste a respeito será despiendo, pois nada agregará validamente ao que terá de preexistir.⁶⁵

64 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 749.

65 *Ibidem*, p. 749, destaques não originais.

Assiste razão ao eminente doutrinador, porque a *segurança jurídica* exige conhecimento *antecipado* do destinatário da norma tanto das infrações quanto das penalidades administrativas.⁶⁶

Quando se estuda o regime jurídico das agências reguladoras, é necessário lembrar o provérbio alemão: “*Confiar* é bom, *controlar*, melhor!”

Os atos praticados pelas agências reguladoras submetem-se aos ditames normativos “comuns” das autarquias (em geral), com exceção da fixidez (“temporária”) no cargo dos dirigentes daquelas.

Entretanto, se houver eleições, os *novos mandatários* poderão indicar dirigentes para as agências reguladoras. Pois, a *República*, segundo Geraldo Ataliba:

(...) traduz-se num conjunto de instituições cujo *funcionamento harmônico* visa a assegurar, da melhor maneira possível, a eficácia de seu *princípio básico*, consistente na *soberania popular*.⁶⁷

Ora, a *soberania popular* somente estará *assegurada* se o mandatário, escolhido pela “nação”, puder escolher, ou, nos termos da Constituição, indicar, os [novos] dirigentes dos cargos públicos *dirigentes* do próprio *Executivo*.

Caso contrário, as leis – que estabelecem mandatos fixos dos dirigentes das agências – estariam sobrepujando o texto Constitucional, numa inversão de valores inconcebível no regime democrático de Direito.⁶⁸

66 VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 92; *Poder de polícia*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 185.

67 ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. atual. por Rosoléa Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 89. E uma das características fundamentais da República é a *eletividade*, para a garantia da renovação (ou não) do poder.

68 A respeito, com argumentos convincentes, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 179-180.

Bibliografia.

- ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1974. v. I.
- _____. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milão: Giuffrè, 1953.
- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. atual. por Rosoléa Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. I.
- _____. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. II.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- _____. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- BENÍTEZ, Mariano López. *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*. Madri: Civitas, 1994.
- CABRAL DE MONCADA, Luís S. *Rule of law, procedimento normativo e legalidade: uma perspectiva comparada*. In: *Estudos de Direito Público*. Coimbra: Coimbra, 2001.
- CAMMEO, Federico. *Corso di diritto amministrativo*. Pádua: Casa Editrice Dott. Antonio Milani/CEDAM, 1960.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Estudios de derecho público*. Buenos Aires: Depalma, 1995.
- COLLÈGE LIBRE DES SCIENCES SOCIALES – 1910. *Les méthodes juridiques*. Paris: V. Giard & E. Brière, 1911.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FIGUEIREDO, Marcelo (Org.). *Direito e regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. *Sistema de direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Santa Maria, 1953.
- LORENZO, Susana. *Sanciones administrativas*. Montevideo: Julio César Faira, 1996.
- MARCONDES MARTINS, Ricardo. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.
- MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Trad. Horácio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.
- MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2007.
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.
- VITTA, Heraldo Garcia. *Soberania do Estado e poder de polícia*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. *Poder de polícia*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Aspectos da teoria geral no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- WALINE, Marcel. *Manuel élémentaire de droit administratif*. 4. ed. Paris: Sirey, 1946.

