

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Luiz Paulo Ferreira Segundo

Os elementos políticos da função normativa das agências reguladoras federais

Mestrado em Direito

São Paulo
2024

Luiz Paulo Ferreira Segundo

Os elementos políticos da função normativa das agências reguladoras federais

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Administrativo, sob a orientação do prof. Dr. Maurício Palhares Zockun

São Paulo

2024

Sistemas de Bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -
Ficha Catalográfica com dados fornecidos pelo autor

F383 Ferreira Segundo, Luiz Paulo
Os elementos políticos da função normativa das agências
reguladoras federais. / Luiz Paulo Ferreira Segundo. -- São
Paulo: [s.n.], 2024.
156p. ; 15 cm.

Orientador: Maurício Garcia Palhares Zockun.
Dissertação (Mestrado)-- Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito.

1. Direito administrativo. 2. Agências reguladoras. 3.
Regulação econômica. I. Zockun, Maurício Garcia Palhares. II.
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de
Estudos Pós-Graduados em Direito. III. Título.

CDD 341.378

Banca Examinadora

À Liane.

*Obrigado pelas manhãs sorridentes, pelas
tardes ensolaradas e pelas noites preguiçosas.*

*Obrigado pelo apoio constante, pelas
conversas difíceis e pela companhia
acolhedora. Obrigado pelos chocolates.
Obrigado por construir uma família comigo.
Obrigado.*

AGRADECIMENTOS

Um artistazinho metido a besta disse que somos todos sozinhos. Que nascemos sozinhos, vivemos sozinhos e morremos sozinhos.

Besteira!

Sou filho da Deusa e do Luiz. Dizem que tenho os olhos dela e a gargalhada dele. Não sei. Pode ser que sim. Espero que sim. O que sei é que aprendi com ela o amor à família, a ter milhares e variados hobbies, e que até posso tentar dominar o mundo, mas desde que me lembre de parar e aproveitar as pequenas alegrias da vida. Também sei que com ele aprendi a lutar pelos meus sonhos e a confiar em mim mesmo, ainda que esteja varado de medo, pois na vida é preciso ter calma e sempre arrumar tempo para tomar um cafezinho com quem amamos.

Eles e a sorte me fizeram irmão da Victória. E sou mais feliz por isso. Crescer tendo alguém sempre ao seu lado é um enorme privilégio. Ver essa mesma pessoa se tornar alguém que você admira, é uma das maiores alegrias da vida.

Sou neto de dois Antônio: Antônio Miranda e Antônio Justo (*in memoriam*). Batalhadores, conversadores, e com um incrível dom para tornar eventos rotineiros em sagas homéricas. Acredito que por isso eu seja apaixonado por boas histórias. A Maria Dapaz e a Euda Ximenes (*in memoriam*) são minhas avós. Acolhedoras, teimosas, e capazes de desafiar o mundo para protegerem aqueles que amam.

Tenho a alegria de ser marido da Liane. Espero que haja um paraíso para recompensá-la por ter escolhido namorar o rapazote de cabelos desgrehados e dentes aparelhados; por enquanto, eu vou aproveitando o paraíso que é a minha vida ao lado dela.

Também fiz amigos que tornaram a caminhada mais leve e os dias mais felizes. Posso ligar para o Arthur, o Hector, o João, o Matheus ou o Raphael caso precise conversar sobre algo difícil, planejar alguma aventura ou enterrar um corpo de madrugada na encosta de uma rodovia. Ou se for uma quarta-feira. Eu prefiro as quartas-feiras.

Muitas das amizades surgiram durante o percurso acadêmico e possibilitaram concretizar novas ideias. A Anelise Schuler, o Pedro Chambô e eu fundamos o Grupo de Pesquisa Estrutura e Dinâmica do Estado Federal, posteriormente institucionalizado na Universidade de São Paulo sob a coordenação do professor Roger Stiefelmann Leal.

E a PUC/SP é um ambiente propício à formação de amizades. Foi lá que conheci pessoas fantásticas, como o Fernando, a Joana e a Thassiane. Isso sem falar no Alexandre Cammarosano, que topa praticamente todas as minhas ideias, iniciativas e o que mais aparecer para nos dar muito trabalho.

O apoio dos docentes da faculdade foi essencial para concretizar essas iniciativas. A própria dissertação de mestrado não existiria sem a orientação do professor Maurício Zockun. Os apontamentos e sugestões ajudaram a corrigir rotas e refinar argumentos. Certamente o trabalho teria menos falhas se eu tivesse implementado todos os comentários dele. O tema dessa dissertação, inclusive, seria outro se não fossem as conversas e sugestões do professor José Roberto Pimenta. Ainda publicamos juntos um breve artigo e tenho a honra de integrar o IDASAN, criado por ele.

E sem o apoio do professor Jacintho Arruda Câmara muitos – para não dizer todos - projetos não teriam saído do papel. Foi ele que topou coordenar um projeto embrionário e caótico, sem objeto claro, mas que, sob a liderança dele, veio a se tornar o Observatório de Desestatizações. E ele não só concordou com a ideia, como participou ativamente da organização, divulgação e proferiu a palestra de abertura do curso sobre Concessões de Serviços Públicos para os alunos de graduação.

Felizmente não tenho uma família no trabalho. Tenho bons amigos. O Eduardo Carvalhaes, a Beatriz Ghosn, a Karen Coutinho, a Mariana Antunes, o Gabriel Prétola, a Letícia Aguiar, a Mariana Stillner e a Thalita Muniz formam um time incrível com quem tenho a sorte de dividir os meus dias.

A morte? Bem, um dia ela há de vir. É a vida. Mas ela não me encontrará sozinho. Ela pode até chegar em um momento que eu esteja desacompanhado, tendo ao meu lado apenas um café que a brisa gélida de uma janela entreaberta já tratou de esfriar. Ainda assim, eu não estarei sozinho. É impossível que eu esteja sozinho. Eu estarei com a memória afetiva do cheiro de café passado na casa dos meus pais; eu estarei com lembrança feliz de uma janela para o mar em Angra dos Reis; eu estarei com a recordação alegre do vento glacial batendo no rosto da Liane ao atravessarmos o estreito de Beagle. Então pode vir. Terei boas histórias para contar.

O técnico assume o poder não em função da vontade do povo, expressa através do voto, mas em nome de sua competência técnica e organizacional. Suas decisões, uma vez no governo, não são tomadas em função da consulta ao povo, mas em função de sua pretendida racionalidade. Os critérios de racionalidade são, naturalmente, definidos pela própria (...) [tecnocracia], na medida em que apenas os técnicos se consideram com capacidade para isso. A população em geral é considerada, por definição, incapaz de tomar decisões de natureza técnica. Ora, em um mundo em que tudo foi reduzido à técnica, o governo dos povos é também um problema técnico, é um problema a ser decidido por economistas, administradores profissionais e militares tecnicamente capazes. (BRESSER-PEREIRA)

RESUMO

FERREIRA SEGUNDO, Luiz Paulo. **Os elementos políticos da função normativa das agências reguladoras federais**

O presente trabalho tem como objetivo analisar o exercício de poder político pelas agências reguladoras federais no Brasil, especialmente no que se refere à sua função normativa. Partindo de um conceito de poder político como a capacidade de determinar os fins de interesse público e os meios para a sua realização, o trabalho busca demonstrar que as agências reguladoras federais tomam decisões políticas ao definirem os objetivos das políticas setoriais e os instrumentos regulatórios para implementá-las. Essas decisões políticas, que envolvem escolhas valorativas, não se confundem com a mera aplicação técnica do direito ou com a discricionariedade administrativa tradicional. Por isso, o trabalho defende que essas decisões políticas devem ser controladas politicamente pelos órgãos constitucionalmente investidos de competência política, como o Presidente da República e o Congresso Nacional. Para tanto, o trabalho analisa os argumentos teóricos e as práticas institucionais relacionadas à função normativa das agências reguladoras federais, bem como os instrumentos jurídicos disponíveis para o controle político dessa atuação.

Palavras-chave: direito administrativo; agências reguladoras; poder político; regulação.

ABSTRACT

FERREIRA SEGUNDO, Luiz Paulo. Os elementos políticos da função normativa das agências reguladoras federais

This work aims to analyze the exercise of political power by the federal regulatory agencies in Brazil, especially regarding their normative function. Based on a concept of political power as the ability to determine the public interest goals and the means to achieve them, the work seeks to demonstrate that the federal regulatory agencies make political decisions when they define the objectives of the sectoral policies and the regulatory instruments to implement them. These political decisions, which involve value choices, are not confused with the mere technical application of the law or with the traditional administrative discretion. Therefore, the work argues that these political decisions should be politically controlled by the bodies constitutionally vested with political competence, such as the President of the Republic and the National Congress. To this end, the work analyzes the theoretical arguments and the institutional practices related to the normative function of the federal regulatory agencies, as well as the legal instruments available for the political control of this performance.

Keywords: administrative law; regulatory agencies; political power; regulation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AGERGS	Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul
AIR	Análise de Impacto Regulatório
ANA	Agência Nacional de Águas
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE	Agência Nacional do Cinema
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANM	Agência Nacional de Mineração
ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANSN	Autoridade Nacional de Segurança Nuclear
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
BID	Banco Interamericano de Desenvolvimento
CFM	Conselho Federal de Medicina
DNOCS	Departamento Nacional de Obras Contra a Seca
FESPSP	Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
LGT	Lei Geral de Telecomunicações
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro
MARE	Ministério da Administração e Reforma do Estado
MP	Medida Provisória
PAC	Programa de Aceleração do Crescimento
SRU	Serviços de manejo de Resíduos sólidos Urbanos
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 DIREITO, TÉCNICA E POLÍTICA: A DISPUTA TEÓRICA E PRÁTICA SOBRE DEMOCRACIA	29
1.1 A disputa teórica pela definição de Política	30
1.1.1 A Política como o governo da sociedade civil.....	30
1.1.2 A relação entre Direito e Política.....	32
1.1.3 As perspectivas sistêmicas.....	41
1.2 A política pela perspectiva do Direito Administrativo	43
1.2.1 A dualidade Governo e Administração Pública.....	43
1.2.2 A relação de administração em Rui Cirne Lima.....	45
1.2.3 A fundamentação jurídica do dever-poder em Celso Antônio Bandeira de Mello.....	47
1.3 A Política pela perspectiva do Direito Positivo	51
1.3.1 A política como qualificação	51
1.3.2 A política como denominação	56
1.4 Síntese conclusiva	60
2 AS DECISÕES POLÍTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO NORMATIVA.....	63
2.1 O paradigma atual da função normativa das agências reguladoras federais	63
2.1.1 A especialização técnica como justificativa da competência normativa	64
2.1.2 A neutralidade política como traço da moderna regulação	69
2.1.3 A independência política como característica essencial das agências reguladoras.....	73
2.2 O dever de concretizar as políticas setoriais	75
2.2.1 A função de planejamento econômico.....	76
2.2.2 As políticas nos setores regulados por agências reguladoras federais.....	81
2.2.3 A análise de impacto regulatório	84
2.3 Os elementos políticos da atuação normativa das agências reguladoras.....	87
2.3.1 As normas técnicas e a necessidade de definição dos fins	88
2.3.2 Estão falando da discricionariedade administrativa?.....	95
2.3.3 Exemplos da distinção proposta	100
2.4 Síntese conclusiva	107

3	O CONTROLE POLÍTICO DA FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	109
3.1	Os fundamentos do controle político pelo Presidente da República.....	109
3.1.1	O controle e a relação hierárquica	109
3.1.2	A competência de direção superior.....	115
3.2	Os instrumentos de controle abstrato	122
3.2.1	A Medida Provisória.....	123
3.2.2	A edição de lei em sentido estrito.....	125
3.2.3	Os regulamentos editados pelo Chefe do Poder Executivo	128
3.3	Os instrumentos de controle concreto.....	131
3.3.1	O recurso hierárquico impróprio	131
3.3.2	A sustação por meio de Decreto Legislativo	137
	CONCLUSÃO.....	140
	BIBLIOGRAFIA	142

INTRODUÇÃO

“Para as decisões políticas uma sala de parlamento tem hoje a mesma importância que uma sala de museu”¹. Estas palavras, proferidas em 28 de setembro de 1935, representam fielmente a visão tecnocrata responsável por várias das propostas de reforma do sistema jurídico nacional. Francisco Campos, por exemplo, escreveu tais palavras ao criticar a Constituição de 1934. Não por acaso, retomou o tema em novembro de 1937² para estabelecer os fundamentos filosóficos do Estado Novo, bem como defender a nova Constituição outorgada por Getúlio Vargas. Elaborada pelo próprio Francisco Campos, a Constituição de 1937 refletia o seu entendimento quanto à incapacidade de o Parlamento exercer adequadamente a função legislativa³. Identifica duas razões para isso⁴. Aponta inicialmente que o desenvolvimento de instrumentos de comunicação em massa diminuiria a importância do Parlamento enquanto fórum próprio para a manifestação da opinião pública. Além disso, identifica uma mudança nas funções governamentais causada pela transformação no papel exercido pelo Estado, do qual esperava-se, anteriormente, a mínima intervenção possível.

O novo papel do Estado demandava a edição de normas com propósitos distintos daquelas criadas, até então, pelo Parlamento. Enquanto órgão político, o Parlamento editava leis sobre questões gerais ou principiológicas, no exercício da função política de impor limites ao governo. A expectativa de uma atuação estatal positiva mudou o cenário. Enquanto em épocas anteriores o Estado era “o guarda-noturno, cuja única função era velar sobre o sono dos particulares”, o novo momento requeria que assumisse “funções de criação e de controle em todos os domínios da atividade humana”⁵. A legislação sofreu os impactos da mudança. Já não bastava definir os direitos individuais, pois também deveria tratar de diversos outros temas nos quais as novas funções do Estado exigissem “a intervenção do Governo ou a sua ação direta”⁶. Assim, caberia à legislação tratar de assuntos tão diversos quanto saúde pública, serviços públicos, comércio, educação, técnicas de comunicação e novas técnicas industriais.

¹ CAMPOS, Francisco, A Política e o Nosso Tempo, in: **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**, Brasília: Senado Federal, 2001, p. 34.

² CAMPOS, Francisco, Diretrizes do Estado Nacional, in: **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**, Brasília: Senado Federal, 2001, p. 39–70.

³ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes, Francisco campos e a ilusão da técnica do Estado Totalitário a serviço da democracia. A constituição de 1937 e o Estado Novo, **Revista da AGU**, v. 18, n. 2, p. 19–34, 2019, p. 29–30.

⁴ CAMPOS, Diretrizes do Estado Nacional, p. 54–56.

⁵ CAMPOS, Francisco, Problemas do Brasil e soluções do regime, in: **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**, Brasília: Senado Federal, 2001, p. 89.

⁶ *Ibid.*

Francisco Campos argumentava pelo fortalecimento do Executivo, tendo em vista o “caráter eminentemente técnico”⁷ da legislação relacionada às novas funções governamentais. As formas de organização, de atuação e de recrutamento do Parlamento o afastavam do conhecimento técnico. Enquanto isso, o contato direto com a realidade fornecia ao Executivo um conhecimento direto da matéria. Por isso, caberia ao Parlamento traçar as linhas gerais a serem complementadas pelo Executivo. Haveria uma divisão entre política legislativa e técnica legislativa. A primeira seria a “competência natural do Parlamento” para definição da “política ou a orientação geral a ser seguida nessa regulamentação”⁸, posteriormente elaborada pelo Executivo, no exercício da técnica legislativa. Separa-se, portanto, a política e a técnica.

A crença na separação entre temas políticos e técnicos ainda é forte na cultura jurídica nacional. Apesar da reconhecida competência normativa das agências reguladoras brasileiras, a sua atuação é frequentemente vista como meramente técnica. Alega-se que as agências reguladoras possuem expertise técnica que as capacita a implementar os objetivos previamente estabelecidos de forma democrática pelo Parlamento⁹. Questões políticas não influenciariam a análise. Assim, criam-se instituições para garantir a independência política das agências reguladoras, pois essa característica é considerada a principal garantia de uma atuação exclusivamente técnica.

Esta dissertação tem como objetivo analisar como as agências reguladoras federais exercem o poder político por meio da competência normativa. Busca-se demonstrar que as agências reguladoras federais não se limitam a aplicar tecnicamente as normas definidas pelo Parlamento¹⁰, mas também participam da escolha dos fins de interesse público e dos meios legítimos para alcançá-los¹¹.

Integrantes da estrutura administrativa de quase todos os Estados modernos, as agências reguladoras se difundiram amplamente. Um estudo de 2011¹², que analisou os países com mais

⁷ CAMPOS, Diretrizes do Estado Nacional, p. 54.

⁸ CAMPOS, Problemas do Brasil e soluções do regime, p. 90.

⁹ “Pela regulação se permite o exercício da capacidade técnica das entidades descentralizadas - tecnicismo - para dispor com maior densidade sobre as matérias que lhe competem, por força de lei, para equilibrar o subsistema regulado, diversamente das leis que, editadas pelo Poder Legislativo, assumem caráter genérico e sem concretude.”, In: GUERRA, Sérgio, **Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas**, 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 238–239.

¹⁰ “Pela regulação se permite o exercício da capacidade técnica das entidades descentralizadas - tecnicismo - para dispor com maior densidade sobre as matérias que lhe competem, por força de lei, para equilibrar o subsistema regulado, diversamente das leis que, editadas pelo Poder Legislativo, assumem caráter genérico e sem concretude.”, In: *Ibid.*

¹¹ Cf. o capítulo **Erro! Fonte de referência não encontrada.**, especialmente o tópico **Erro! Fonte de referência não encontrada.**, para uma discussão sobre a proposta de definição do termo “poder político” e “Política”.

¹² JORDANA, Jacint; FERNÁNDEZ-I-MARÍN, Xavier; BIANCULLI, Andrea C., Agency proliferation and the globalization of the regulatory state: Introducing a data set on the institutional features of regulatory agencies, **Regulation & Governance**, v. 12, n. 4, p. 524–540, 2018, p. 528.

de 10 milhões de habitantes e/ou Produto Interno Bruto superior a US\$ 100 bilhões, constatou que todos os 115 países selecionados possuíam agências reguladoras. Além disso, identificou 799 agências com competência sobre 17 setores. O Brasil acompanhou essa tendência. Desde a década de 1990, foram estabelecidas agências reguladoras com competência sobre diversos setores econômicos e sociais. Em 1996, criou-se a Agência Nacional de Energia Elétrica (“ANEEL”) e, no ano seguinte, surgiram a Agência Nacional de Petróleo (“ANP”) e a Agência Nacional de Telecomunicações (“ANATEL”). Essas três agências federais receberam, em 1999, a companhia da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (“ANVISA”). Atualmente, existem, no âmbito federal, 11 agências reguladoras¹³.

O modelo institucional de agências reguladoras difundiu-se de forma diversa, tanto geográfica quanto temporalmente. Originárias dos Estados Unidos da América no século XIX, elas se disseminaram pelos países europeus e latino-americanos ao longo do século XX¹⁴. Nos EUA, a *Interstate Commerce Commission* foi estabelecida em 1887 pelo *Interstate Commerce Act*¹⁵, com autoridade sobre tarifas, rotas e condições dos serviços ferroviários¹⁶. Em contraste, na Europa e América Latina, esse modelo só foi adotado durante as reformas liberalizantes e privatizantes do século XX¹⁷, refletindo processos distintos nas duas regiões.

Os países europeus moldaram seus sistemas regulatórios em contextos diferentes dos países latino-americanos, relacionando a regulação¹⁸ a mudanças estruturais e institucionais na

¹³ Além das já citadas, são elas: Agência Nacional de Saúde Suplementar (“ANS”), Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (“ANA”), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (“ANTAQ”), Agência Nacional de Transportes Terrestres (“ANTT”), Agência Nacional do Cinema (“ANCINE”), Agência Nacional de Aviação Civil (“ANAC”) e Agência Nacional de Mineração (“ANM”). A Agência Nacional de Proteção de Dados (“ANPD”) não é considerada, para os fins desse trabalho, uma agência reguladora. BRASIL, Lei Federal nº 13.848/2019, art. 2º.

¹⁴ LEVI-FAUR, David, The politics of liberalisation: Privatisation and regulation-for-competition in Europe’s and Latin America’s telecoms and electricity industries, **European Journal of Political Research - EUR J POLIT RES**, v. 42, p. 705–740, 2003, p. 706–707.

¹⁵ De acordo com Sérgio Guerra, as agências independentes já existiam em nível estadual antes da sua criação em nível federal. Nesse sentido, o autor cita agências criadas nos estados de Connecticut, Rhode Island, New Hampshire, New York e Vermont entre os anos de 1832 e 1855. Cf. GUERRA, Sérgio, Separação de Poderes, Executivo Unitário e Estado Administrativo no Brasil, **REI - Revista Estudos Institucionais**, v. 3, n. 1, p. 123–152, 2017, p. 130–131.

¹⁶ MAJONE, Giandomenico, The rise of the regulatory state in Europe, **West European Politics**, v. 17, n. 3, p. 77–101, 1994, p. 92.

¹⁷ COUTINHO, Diogo Rosenthal, **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 39.

¹⁸ O foco do presente trabalho é a função normativa das agências reguladoras. Por isso, utilizaremos o termo “regulação” como referência ao conteúdo das normas jurídicas editadas por agências reguladoras federais. Fazemos, portanto, um recorte do conceito proposto por Maurício Zockun e Carolina Zockun, segundo os quais “Pela ótica constitucional, regulação é o conteúdo de norma jurídica produzida pelo Estado voltada a pretender disciplinar o comportamento humano (distinguindo-se, portanto, do processo de produção dessas normas e dos veículos utilizados para introduzi-las no direito positivo)”, In: ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner, A regulação administrativa e o princípio da legalidade, in: ZOCKUN, Maurício (Org.), **Aspectos gerais da lei de liberdade econômica**, Curitiba: Íthala, 2022, p. 13.

relação Estado-mercado. Na Europa, a privatização e liberalização de serviços ocorreram quando a infraestrutura estava quase completa, enquanto na América Latina, essas ações representavam uma chance de atrair investimentos para expansão infraestrutural¹⁹. Por exemplo, na Inglaterra, a British Telecommunications foi privatizada em 1984, quando mais de 80% do território estava coberto pelas redes de telefonia fixa. No Brasil, a Telebrás foi privatizada em 1998, quando apenas 13,6 de cada 100 habitantes tinham acesso à rede de telefonia fixa. Além disso, os países europeus possuíam recursos para aprimorar sua infraestrutura antes da desestatização²⁰. A França, por exemplo, tinha 8,2 linhas telefônicas para cada 100 habitantes em 1970, enquanto a Inglaterra tinha 16,6. No entanto, o governo francês investiu pesadamente nos anos seguintes e, em 1984, esse índice já era de 39,2, superando os 37 da Inglaterra. Assim, os processos de liberalização e privatização na Europa e América Latina ocorreram em contextos significativamente diferentes.

A estruturação de agências reguladoras deve ser responsiva ao contexto, não existindo uma fórmula pronta a ser seguida por todos os países em todos os setores. O Banco Mundial reconhece esse fato há décadas. Em relatório publicado em 1994²¹, a instituição teceu recomendações para os países em desenvolvimento promoverem o acesso e a qualidade da infraestrutura nacional. As recomendações não são homogêneas. De acordo com o Banco Mundial, alguns setores possuem uma maior capacidade mercadológica e podem ser adequadamente supridos por provedores privados. É o caso das telecomunicações. No entanto, outros setores são mais conectados a questões ambientais e sociais, dificultando um atendimento adequado por provedores privados. É o caso do saneamento básico. Essa diversidade deve ser considerada no momento de estruturação da agência reguladora. Nos setores do primeiro grupo, o regulador deveria ter independência política para atuar de maneira equidistante entre os operadores privados e públicos. Porém, para o segundo grupo, o Poder Público deveria buscar garantir o acesso a um serviço adequado, principalmente nos países mais pobres.

As discrepâncias na configuração das agências reguladoras evidenciam a insuficiência de uma análise up-to-bottom que atribua a implementação do modelo institucional a uma imposição internacional. É frequente a consideração de que a criação de agências reguladoras,

¹⁹ COUTINHO, *Direito e economia política na regulação de serviços públicos*, p. 66–67.

²⁰ ALMEIDA, Márcio Wohlers de, *Reestruturação, Internacionalização e Mudanças Institucionais nas Telecomunicações: Lições das Experiências Internacionais para o caso Brasileiro*, Tese (Doutorado), Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Economia, Campinas, 1994, p. 187–191.

²¹ WORLD BANK, *World Development Report 1994: Infrastructure for Development*, Washington, DC: World Bank, 1994, p. 114–118.

nos países em desenvolvimento, decorre de demandas do FMI ou de uma mera consequência da adoção do Consenso de Washington²². Alegam que a criação das agências reguladoras se justifica pela necessidade de aumentar a credibilidade. Segundo essa linha argumentativa, o Brasil tinha um histórico de intervenções econômicas baseadas em mero oportunismo político, o que comprometia a credibilidade do país e dificultava a captação de investimentos externos. Por isso, o Estado brasileiro teria criado as agências reguladoras para sinalizar uma limitação da sua discricionariedade e, assim, melhorar a sua credibilidade internacional²³. Contudo, essas explicações são insuficientes, pois (i) não encontram respaldo nos países da América Latina e (ii) não esclarecem as variações existentes no mesmo país entre as diferentes agências nacionais.

A análise das agências reguladoras latino-americanas não comprova o critério de credibilidade como um fator determinante para o grau de independência das agências reguladoras²⁴. Segundo a teoria da credibilidade, quanto maior a quantidade de poderes de veto existentes em determinado país, menor a necessidade de independência política das agências. Tal hipótese foi comprovada nos países europeus, tendo sido identificada uma causalidade negativa entre os dois fatores. Porém, ele não se repete nos países latino-americanos. Na região, há uma correlação positiva entre a quantidade de atores com poderes de veto e o grau de independência política das agências reguladoras. Desse modo, os países latino-americanos utilizam os dois institutos (poderes de veto e independência das agências reguladoras) como instrumentos de promoção de sua credibilidade.

Além disso, o estabelecimento do modelo baseado em agências reguladoras na América Latina foi um processo marcado por uma difusão horizontal de ideias e instituições, mais do que o resultado de uma coerção vertical na esfera internacional²⁵. A pressão internacional pode existir de diferentes modos, sendo o grau de vulnerabilidade de determinado país a tal força avaliado com base na sua dependência a doações internacionais e na sua capacidade de financiamento do débito nacional. Na América Latina, os estudos não identificaram uma relação causal entre o nível de vulnerabilidade e a propensão à criação de agências reguladoras. No entanto, a criação de uma agência reguladora em determinado país aumenta a probabilidade de

²² COUTINHO, *Direito e economia política na regulação de serviços públicos*, p. 61–67.

²³ MUELLER, Bernardo; PEREIRA, Carlos, Credibility and the design of regulatory agencies in Brazil, *Brazilian Journal of Political Economy*, v. 22, p. 449–472, 2002, p. 451–452.

²⁴ PAVÓN MEDIANO, Andrés; GONZÁLEZ, Camilo Ignacio, Independent regulatory agencies in Latin America, in: MAGGETTI, Martino; MASCI, Fabrizio Di; NATALINI, Alessandro (Orgs.), *Handbook of Regulatory Authorities*, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2022, p. 43–59.

²⁵ JORDANA, Jacint; LEVI-FAUR, David, The Diffusion of Regulatory Capitalism in Latin America: Sectoral and National Channels in the Making of A New Order, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 598, p. 102–124, 2005, p. 107–120.

outro país estabelecer uma agência reguladora no mesmo setor. Essa influência também ocorre entre diferentes setores no mesmo país, ainda que em menor grau. Portanto, o processo de difusão foi majoritariamente horizontal e intra-setorial.

A difusão horizontal desse modelo institucional revela a importância de analisar os processos de comunicação entre os órgãos internacionais, enfatizando o papel da burocracia nessas estruturas comunicacionais e na configuração das agências reguladoras. Além disso, a influência da burocracia na definição do grau de independência das agências reguladoras brasileiras evidencia a relevância de examinar como se dá o processo de estruturação desses entes. Mariana Mota Prado²⁶ propõe analisar esse processo como um fenômeno duplo. Os atores políticos decidem criar uma agência reguladora dotada de independência e, posteriormente, outros atores ficam responsáveis por implementar essa decisão. Desse modo, a ideologia política de tais atores interfere no nível de independência. No Brasil, a autora sustenta que a burocracia foi responsável pela configuração das agências reguladoras, sendo que havia entre os burocratas uma maior resistência às reformas liberalizantes no setor de energia elétrica do que no setor de telecomunicações. Explica, assim, por que foram estabelecidas maiores garantias institucionais de independência política para o regulador do setor de telecomunicações.

Esse é o contexto que instigou o desenvolvimento da presente dissertação, focada no estudo dos elementos políticos da atuação normativa das agências reguladoras federais e na possibilidade de seu controle político. O interesse no tema surge da constatação de que, ao negar a existência de decisões políticas tomadas pelas agências reguladoras federais²⁷, também se está impedindo o controle efetivo de tais decisões. De fato, apesar do avanço recente²⁸, o tema ainda

²⁶ PRADO, Mariana Mota, Implementing independent regulatory agencies in Brazil: The contrasting experiences in the electricity and telecommunications sectors, **Regulation & Governance**, v. 6, n. 3, p. 300–326, 2012, p. 323.

²⁷ “Quando a agência estabelece um rol de objetivos a atingir, realiza uma seleção de prioridades de cunho não técnico. As diferentes alternativas técnicas, comportadas no desempenho das atividades sujeitas à competência regulatória da agência, também são avaliadas sob o enfoque de conveniências políticas. As próprias decisões adotadas pelos administradores das agências apresentam diferentes graus de autonomia em face da influência derivada de fatores externos. É muito problemático imaginar que os administradores das agências estariam absolutamente imunes a orientações oriundas dos setores de mais elevada hierarquia governamental ou derivadas dos interesses de poderes grupos políticos e econômicos”, In: JUSTEN FILHO, Marçal, **O direito das agências reguladoras independentes**, São Paulo: Dialética, 2002, p. 377.

²⁸ Destacamos alguns trabalhos voltados à análise do controle político da atividade normativa do poder executivo em geral e das agências reguladoras em particular. WALD, Arnaldo, O controle político sobre as agências reguladoras no direito brasileiro e comparado, **Revista dos Tribunais**, v. 834, p. 84–98, 2005; GUERRA, Sérgio; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia, Controle político da atividade normativa das agências reguladoras no Brasil, **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, v. 9, n. 3, p. 402–430, 2018; SOUZA, Alexis Sales De Paula e; MENEGUIN, Fernando Boarato, O decreto legislativo e o controle da atividade normativa do poder executivo, **REGEN Revista de Gestão, Economia e Negócios**, v. 1, n. 1, 2021; ROMERO, Felipe Lima Araujo, **Avocação legislativa da escolha regulatória: teoria e prática da interação entre agências reguladoras e Poder Legislativo na construção da política regulatória**, Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022; JORDÃO, Eduardo Ferreira *et al*, *Sustação de normas de agências*

não recebeu a devida atenção teórica e prática, com a maioria dos trabalhos acadêmicos preocupando-se em analisar os contornos jurídicos e o controle jurisdicional dessa competência normativa²⁹.

Questionar a atuação política de entes ou integrantes da Administração Pública não é um objeto de pesquisa inovador. A literatura jurídica nacional comprova a preocupação histórica com o tema³⁰. Neste sentido, autores como Francisco Campos e Roberto Campos argumentavam pela separação entre técnica e política, de modo a afastar determinados temas da apreciação do Parlamento. Somando-se a outros elementos políticos, sociais e econômicos, tais argumentos contribuíram para mudanças institucionais relevantes, as quais fortaleceram o poder político exercido por um corpo de burocratas tecnicamente capacitados. Para além disso, trabalhos de direito constitucional e administrativo há muito tratam do tema. Visconde do Uruguai, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles, Ruy Cirne Lima e Celso Antônio Bandeira de Mello são apenas alguns dos autores que analisaram a questão e propuseram, por diferentes perspectivas, chaves para distinguir a atuação burocrática e a política³¹.

Diversos trabalhos acadêmicos analisam a atuação política das agências reguladoras³². É o caso, por exemplo, da pesquisa elaborada por Marver H. Bernstein, segundo o qual “o processo regulatório é inevitavelmente político”³³, cabendo às agências reguladoras definirem

reguladoras pelo Congresso Nacional: pesquisa empírica sobre a prática do art. 49, V, da CRFB, **Revista Direito GV**, v. 19, p. e2315, 2023.

²⁹ ZOCKUN, Maurício, As competências normativas da agência nacional de águas e saneamento básico (ANA) em razão do advento da Lei Federal 14.026, de 2020, modificativa do “marco legal” do saneamento, *in*: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (Orgs.), **O direito administrativo do pós-crise [recurso eletrônico]**, Curitiba: Íthala, 2021, p. 351–366; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade, *in*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.), **Direito regulatório: temas polêmicos**, 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 19–50; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**, Belo Horizonte: Fórum, 2005; SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda, Da regulação política à regulação técnica: o efeito da liberdade empresarial nos serviços públicos, **Revista de Direito Público da Economia**, 2009; SUNDFELD, Carlos Ari, Introdução às Agências Reguladoras, *in*: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.), **Direito Administrativo Econômico**, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 17–38; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira, **O controle jurisdicional da função normativa das agências reguladoras**, São Paulo: Contracorrente, 2021; MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado, O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF—mutação constitucional do princípio da legalidade?, **Revista de Direito Público da Economia**, v. 43, n. ano 11, p. 35–57, 2013; JUSTEN FILHO, **O direito das agências reguladoras independentes**, p. 584–593; PIRES, Luis Manuel Fonseca, **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**, 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020; JORDÃO, Eduardo, **Controle judicial de administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**, São Paulo: Malheiros, 2016; GUERRA, Sérgio, **Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede**, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

³⁰ Cf. tópico **Erro! Fonte de referência não encontrada**.

³¹ Cf. tópico **Erro! Fonte de referência não encontrada**.

³² Para uma revisão da literatura nacional sobre o tema, cf. tópico 2.1.

³³ Tradução livre de “*The process of regulation is unavoidably political*”, *In*: BERNSTEIN, Marver H., **Regulating Business by Independent Commission**, Reprint. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2015, p. 258.

o interesse público e criarem políticas regulatórias³⁴. Em contraposição à ideia de busca do interesse público pelo regulador, George J. Stigler³⁵, em 1971, propôs a teoria da captura do regulador, segundo a qual, em regra, a regulação é obtida pela indústria e opera em seu benefício. Já Giandomenico Majone³⁶, analisando o surgimento de um Estado Regulador na Europa ocidental, qualifica os administradores da Comissão Europeia como “empreendedores políticos”. Bruce Ackerman³⁷, por sua vez, argumenta que, quando comparados aos europeus, os burocratas estadunidenses são mais propensos a igualarem a sua atuação com a função atribuída aos políticos. Por outra perspectiva, Guaschino³⁸ analisou o papel das agências reguladoras na definição dos problemas considerados politicamente relevantes, possibilitando que assumam posição fundamental no processo de criação de políticas públicas.

Justifica-se a presente pesquisa diante do déficit democrático das agências reguladoras, o qual constitui uma barreira à legitimação democrática das decisões decorrentes do exercício de poder político por tais entes. Há mais de 20 anos, Leila Cuéllar já havia identificado esse déficit democrático, porém, argumentava que a legitimidade das normas editadas pelas agências reguladoras decorreria “da importância das atribuições exercidas pelas agências, mas também em virtude da maneira como são desenvolvidas suas tarefas (de forma técnica, especializada e imparcial)”³⁹.

Esse problema é reforçado no âmbito da União Europeia em virtude da estrutura regulatória supranacional. Deffains e Perroud⁴⁰ problematizam a referida estrutura pois, segundo eles, entes da Administração Indireta da União Europeia delegam, para entes da

³⁴ “Because of the complexity of regulation and the reluctance or inability of Congress to clarify regulatory goals, a regulatory agency must play the creative role of formulating major regulatory policies. It must define the content of the public interest and seek to develop it in the cases that come before it. If regulation is to avoid capitulation to affected groups, the task of defining and aggressively pursuing the public interest cannot be abjured. The agency's approach to the public interest should be neither neutral nor passive.” *Ibid.*, p. 262.

³⁵ STIGLER, George, The theory of economic regulation, **Bell Journal of Economics**, v. 2, n. 1, p. 3–21, 1971.

³⁶ “The offices of the [European Community] Commission responsible for a particular policy area form the central node in a vast 'issue network' that includes not only experts from the national administrations, but independent experts (also from non-EU countries), academics, public-interest advocates like environmentalists and leaders of consumer movements, representatives of economic and professional organizations and of regional bodies. Commission officials listen to everybody - both in advisory committees, which they normally chair, and in informal consultations - but are free to choose whose ideas and proposals to adopt. They operate less as technical experts alongside other technical experts, than as policy entrepreneurs, that is, as 'advocates who are willing to invest their resources- time, energy, reputation, money - to promote a position in return for anticipated future gain in the form of material, purposive, or solidary benefits’”, In: MAJONE, The rise of the regulatory state in Europe, p. 90.

³⁷ ACKERMAN, Bruce, **A nova separação dos poderes**, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 82–90.

³⁸ GUASCHINO, Edoardo, The Role of Regulatory Agencies in Framing Public Problems: An Empirical Analysis, **European Policy Analysis**, v. 5, n. 2, p. 285–316, 2019.

³⁹ CUÉLLAR, Leila, **O poder normativo das agências reguladoras brasileiras**, Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2000, p. 206.

⁴⁰ DEFFAINS, Bruno; PERROUD, Thomas, La régulation, in: RACINE, Jean-Baptiste (Org.), **Le droit économique au XXI^e siècle**, Paris: LGDJ, 2020, p. 611–630.

Administração Indireta nacional, a implementação da regulação supranacional, de modo que as agências nacionais não são responsáveis perante o Parlamento Europeu ou perante os parlamentos nacionais. Disso decorreria uma neutralização da política, pois decisões conflituosas sobre temas econômicos e sociais são delegadas para entes supostamente imparciais e tecnicamente especializados⁴¹.

Reconhecendo a delegação de decisões políticas às agências reguladoras, Majone⁴² argumenta pelo fortalecimento da independência política e das estruturas de *accountability*⁴³. Julia Black⁴⁴ aponta como a procedimentalização da atividade regulatória é a resposta usual às críticas sobre a falta de legitimidade democrática. Entendimento semelhante foi desenvolvido por Dinorá Grotti⁴⁵ ao argumentar pela submissão dos processos administrativos, não punitivos e punitivos, à norma constitucional do devido processo legal⁴⁶. Juliana Palma⁴⁷ desenvolveu importante trabalho sobre a temática em sua tese de doutorado, datada de 2014, na qual analisou o processo administrativo normativo.

Definir o conceito de regulação é uma das dificuldades enfrentadas nas pesquisas sobre o tema. De acordo com Levi-Faur⁴⁸, essa dificuldade advém da natureza política do conceito, o qual significa coisas diferentes a depender das perspectivas e interesses de quem o está utilizando. Julia Black⁴⁹ analisou essa variedade e identificou três tipos de definições de

⁴¹ DE LISI, Gaspare, **La crisi della rappresentanza politica e le prospettive della e-democracy**, Tese (Doutorado em Direito), Università di Bologna, Bologna, 2019, p. 115–119.

⁴² MAJONE, Giandomenico, The regulatory state and its legitimacy problems, **West European Politics**, v. 22, n. 1, p. 1–24, 1999.

⁴³ O termo *accountability* é usado no presente trabalho para referir-se à prestação de contas e à responsabilização, conforme definição do Tribunal de Contas da União. Neste sentido, “**accountability (prestação de contas e responsabilidade)**: diz respeito à obrigação que têm as pessoas ou entidades às quais se tenham confiado recursos, incluídas as empresas e corporações públicas, de assumir as responsabilidades de ordem fiscal, gerencial e programática que lhes foram conferidas, e de informar o cumprimento dessas a quem lhes delegou essas responsabilidades (BRASIL, 2011). Espera-se que os agentes públicos prestem contas de sua atuação espontaneamente, de forma clara e tempestiva, assumindo integralmente as consequências de seus atos e omissões (IBGC, 2015). O Banco Mundial (2017) esclarece que a prestação de contas efetiva está ligada a um conjunto amplo de incentivos e mecanismos institucionais, como os de garantia de responsabilização, de participação social e de parcerias entre atores estatais e não estatais. A OCDE (2018) aborda diferentes tipos de prestação de contas, como a administrativa, a financeira e orçamentária, a social e a referente a resultados de políticas públicas;”, In: BRASIL, Tribunal de Contas da União, **Referencial básico de governança aplicável a organizações públicas e outros entes jurisdicionados ao TCU / Tribunal de Contas da União**, 3. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Externo da Administração do Estado - SecexAdministração, 2020, p. 46–47.

⁴⁴ BLACK, J., Proceduralizing Regulation: Part I, **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 20, n. 4, p. 597–614, 2000; BLACK, J., Proceduralizing Regulation: Part II, **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 21, n. 1, p. 33–58, 2001.

⁴⁵ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, As agências reguladoras, **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 46, p. 74–106, 2004, p. 8–10.

⁴⁶ BRASIL, Constituição Federal, art. 5º, LIV e LV.

⁴⁷ PALMA, Juliana Banacorsi de, **Atividade normativa da Administração Pública. Estudo do processo administrativo normativo**, Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

⁴⁸ LEVI-FAUR, David, Regulation & Regulatory Governance, in: LEVI-FAUR, David (Org.), **Handbook on the Politics of Regulation**, Jerusalem: The Hebrew University of Jerusalem, 2011, p. 4–9.

⁴⁹ BLACK, Julia, Critical reflections on regulation, **Australasian Journal of Legal Philosophy**, v. 27, n. 2002, p. 1–46, 2002, p. 16–19.

regulação: funcionalista, essencialista e convencionalista. A definição funcionalista baseia-se na função que a regulação desempenha na sociedade, ou seja, o que ela faz (por exemplo, minimização de riscos e controle econômico). Já para a definição essencialista, a regulação é algo que possui elementos invariantes e necessários, como a existência de normas institucionalizadas e mecanismos de aplicação. Por fim, uma definição convencionalista foca na forma como o termo é usado na prática por diferentes atores e interesses. Isto torna a regulação um conceito contestado e gera debates sobre seus fundamentos teóricos, empíricos e normativos.

Esses debates são perceptíveis na literatura jurídica nacional sobre regulação. Maurício Zockun e Carolina Zockun⁵⁰, por exemplo, conceituam a regulação como o comando normativo contido em norma jurídica. Segundo eles, a Constituição Federal diferencia a função estatal de regular, que consiste na elaboração de normas jurídicas, dos produtos dessa função, que são a regulação e a regulamentação. Esses produtos correspondem aos tipos de comandos normativos que resultam da função regulatória. Portanto, regulação e regulamentação não se referem ao processo de criação normativa, mas ao seu conteúdo.

Contudo, os referidos autores⁵¹ esclarecem que há uma distinção entre regulação e regulamentação. A regulação é o tipo de comando normativo que se expressa em lei, enquanto a regulamentação é o tipo de comando normativo que visa dar fiel execução a lei. Dessa forma, a regulação pode ser classificada em dois níveis. A regulação normativa primária é aquela que corresponde ao comando normativo contido na lei. A regulação normativa secundária é aquela que se destina a dar fiel execução à lei, coincidindo com a competência regulamentar. Por isso, o termo “regulação” é usado tecnicamente para designar apenas os comandos normativos relacionados à regulação normativa primária. Diante disso, entendem⁵² que a regulação existe em todos os campos do direito.

Em linha diversa, Ricardo Marcondes Martins⁵³ argumenta que a regulação administrativa se limita à edição de normas concretas pela Administração Pública, sendo, portanto, uma função distinta da função regulamentar. Além disso, o referido autor⁵⁴ define a regulação administrativa como a intervenção estatal no domínio econômico privado, por meio

⁵⁰ ZOCKUN; ZOCKUN, A regulação administrativa e o princípio da legalidade, p. 12–14.

⁵¹ ZOCKUN, As competências normativas da agência nacional de águas e saneamento básico (ANA) em razão do advento da Lei Federal 14.026, de 2020, modificativa do “marco legal” do saneamento, p. 355–357; ZOCKUN; ZOCKUN, A regulação administrativa e o princípio da legalidade, p. 12–14.

⁵² ZOCKUN; ZOCKUN, A regulação administrativa e o princípio da legalidade, p. 15–19.

⁵³ MARTINS, Ricardo Marcondes, **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**, 1. ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2011, p. 104–114.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 135–136.

da edição de normas concretas, para dirigir, fomentar ou participar na atividade econômica. Sendo assim, em seu entendimento, a regulação administrativa é um gênero do qual a assunção direta da atividade econômica é uma espécie.

Uma outra parcela de autores nacionais conceitua regulação como uma atuação estatal distinta da assunção direta da atividade econômica. Porém, alguns entendem que a regulação estatal se restringe ao campo econômico, enquanto outros argumentam pela existência de uma regulação social. Nesse sentido, o primeiro grupo define regulação como uma intervenção indireta no domínio econômico, por meio da qual o Estado conforma a atuação dos particulares⁵⁵. Já, para o segundo grupo, a regulação abrange tanto as atividades econômicas públicas e privadas (regulação econômica) quanto as atividades sociais exclusivas e não exclusivas do Estado. Nesse sentido, entendem que a regulação econômica visa salvaguardar o equilíbrio do mercado, enquanto a regulação social objetiva proteger o interesse público⁵⁶. No entanto, os dois grupos incluem, dentre as competências das agências reguladoras, a edição de normas.

O atual paradigma dessa função normativa tem, como um de seus fundamentos, a independência política do regulador. Os paradigmas científicos fornecem as premissas fundamentais e os conceitos estruturantes que guiam o pesquisador dentro de um determinado quadro teórico⁵⁷. Afirmar que um paradigma é dominante implica defender a existência de um consenso mínimo sobre o significado de determinados conceitos. Nesse sentido, entendo que atualmente prevalece um consenso na literatura jurídica nacional sobre as agências reguladoras. Esse consenso representa um paradigma. Além disso, ele adota, como um de seus conceitos básicos, a necessidade de uma independência política da agência reguladora.

Um dos elementos desse paradigma é a teoria da neutralidade política⁵⁸, que pressupõe a possibilidade de situar as agências reguladoras em uma posição equidistante de todos os interesses envolvidos no setor. Para os que defendem essa posição⁵⁹, a “moderna regulação estatal” tem pressupostos que a diferenciam da intervenção estatal direta. O modelo de intervenção direta na atividade econômica estava pautado no interesse público, o qual era

⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal, O Direito Regulatório, **Interesse Público -IP (versão digital)**, v. 43, n. 9, 2007, p. 5–7; SALOMÃO FILHO, Calixto, **Regulação da Atividade Econômica; Princípios e Fundamentos Jurídicos**, 3ª. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 19–21; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal, **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, v. 1, p. 69–93, 2003, p. 70–71.

⁵⁶ DI PIETRO, Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade, p. 22.

⁵⁷ PEABODY, Gerald E., Scientific Paradigms and Economics: an Introduction, **Review of Radical Political Economics**, v. 3, n. 2, p. 1–16, 1971, p. 1–2.

⁵⁸ Cf. tópico **Erro! Fonte de referência não encontrada.**

⁵⁹ MARQUES NETO, **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**, p. 25–32.

identificado com o interesse do Estado-Nação. Proporcionava, com isso, uma maior eficácia para a “vontade política”. A moderna regulação estatal possui um maior caráter de mediação de interesses dos atores envolvidos (reguladoras, operadores econômicos, usuários e o próprio interesse estatal no setor regulado). Há uma diminuição do caráter impositivo de sua própria vontade. Desse modo, o regulador assumiria uma função de árbitro de interesses e de tutela de hipossuficiência.

Acontece que, como se pretende testar no âmbito da presente pesquisa, *tal concepção não corresponde ao sistema institucional brasileiro*, entendido este como um sistema público de normas definidoras de cargos e de funções, bem como dos respectivos direitos e obrigações⁶⁰.

As normas jurídicas criam e qualificam as instituições estatais, atribuindo-lhes finalidades e competências. Estabelecem, portanto, poderes para que os órgãos estatais atuem em determinadas matérias de sua competência⁶¹. São normas atribuidoras de competência. Tendo em vista o seu caráter funcional, esse poder só pode ser empregado para a realização dos fins próprios ao sistema jurídico em que a instituição está inserida. Enquanto entes estatais, as agências reguladoras são criadas para concretizar as políticas setoriais. Nesse sentido, a legislação criadora estabelece parâmetros a serem seguidos pelo regulador, sob pena de violação ao princípio da legalidade⁶². Portanto, as agências reguladoras podem ser vistas como uma instituição dotada de objetivos próprios que devem ser realizados por meio da utilização dos poderes-deveres que a legislação lhe atribui.

O interesse do Estado no setor regulado deve ser a realização das políticas públicas relacionadas ao setor. Isso implica a necessidade de ponderar princípios e políticas instituídos no ordenamento, mas não possibilita arbitrariedades. Essa ponderação precisa considerar os interesses e os direitos dos particulares, tendo em vista a sua normatização pelo sistema jurídico⁶³. Além disso, o interesse estatal no setor não se confunde com os interesses do governante. Esses interesses podem coincidir, mas são distintos na medida em que apenas o primeiro é legitimamente incorporado pelo sistema jurídico. Logo, o interesse do Estado só pode ser aquele veiculado por meio de atos jurídicos e de normas jurídicas tidos como legítimos pelo ordenamento.

⁶⁰ RAWLS, John, **Uma teoria da justiça**, 4ª ed. rev. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 66.

⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 505–506.

⁶² ARAGÃO, Alexandre Santos de, A concepção pós-positivista do princípio da legalidade, **Revista de Direito Administrativo**, v. 236, p. 51–64, 2004, p. 58.

⁶³ BRASIL, Lei Federal nº 13.848/2019, artigo 6º.

Assim, defende-se no presente trabalho a seguinte tese: *o sistema jurídico brasileiro impõe o exercício de poder político pelas agências reguladoras federais.*

Argumenta-se que *as normas atribuidoras de competência normativa delegam para as agências reguladoras federais decisões políticas relacionadas à definição dos objetivos de interesse público.* Por um lado, a edição de atos normativos gerais e abstratos raramente decorre de uma análise somente técnica, pois demanda a definição dos objetivos de interesse público a serem atingidos, o que requer uma avaliação dos princípios e políticas previstos no ordenamento jurídico. Porém, essa avaliação não é um processo mecânico de descoberta dos fins previamente determinados pelo legislador infraconstitucional⁶⁴. Na realidade, é um ato volitivo, mas não arbitrário, de escolha de quais fins serão considerados como de interesse público. Surge, daí, a *importância de mecanismos de accountability e de legitimação das decisões regulatórias*⁶⁵.

No que pese a possibilidade de inferir a tese proposta por meio de um exercício de interpretação jurídica, a sua sustentação teórica exige uma pesquisa que alcance a realidade administrativa. Somente assim é possível abarcar os debates teóricos e as práticas institucionais relacionadas à atuação normativa das agências reguladoras federais e, conseqüentemente, às suas decisões políticas. Por isso, o presente trabalho foi estruturado de modo a responder às seguintes perguntas:

- (i) O que são decisões políticas?
- (ii) Quais são as características da função normativa das agências reguladoras?
- (iii) Como as agências reguladoras federais exercem poder político?
- (iv) Como controlar politicamente essa atuação política das agências reguladoras federais?

Para atingir os objetivos propostos, o trabalho está organizado em 3 capítulos. Propusemos, no capítulo 1, um conceito de poder político. Neste sentido, demonstraremos como a política é um conceito disputado, explorando a sua relação com o direito, principalmente com o direito administrativo. Depois, veremos qual o seu significado no ordenamento jurídico brasileiro, tomando como referência a utilização do termo “política” na Constituição Federal.

⁶⁴ *Ibid.*, art. 15. A agência reguladora deverá elaborar relatório anual circunstanciado de suas atividades, no qual destacará o cumprimento da política do setor, definida pelos Poderes Legislativo e Executivo, e o cumprimento dos seguintes planos:

⁶⁵ BLACK, Julia, Constructing and contesting legitimacy and accountability in polycentric regulatory regimes, **Regulation & Governance**, v. 2, n. 2, p. 137–164, 2008; PINHEIRO, Alexandre Pereira, **Estado pós-regulador: contribuições teóricas para a regulação estatal**, Tese (Doutorado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021, tópico 2.5.

proporemos conceituar poder político como a capacidade de determinar os fins de interesse público e estabelecer os meios legitimamente empregáveis para a sua concretização. Sendo assim, o objetivo do capítulo é estabelecer o conceito chave que será utilizado para avaliar se determinadas decisões das agências reguladoras caracterizam, ou não, o exercício de poder político.

Partindo disso, analisaremos no capítulo 2 as decisões políticas tomadas pelas agências reguladoras ao exercerem a sua competência normativa. Faremos isso da seguinte forma. Primeiramente, procuraremos identificar os argumentos teóricos apresentados pela literatura jurídica nacional para justificar atribuir-se competência normativa às agências reguladoras. Denominaremos as três principais justificativas como “o atual paradigma da função normativa das agências reguladoras”. Em seguida, relacionaremos tal competência normativa com o dever legalmente atribuído às agências reguladoras de implementarem as políticas setoriais, sendo a Análise de Impacto Regulatório (“AIR”) um importante instrumento para isso. Depois, trataremos dos elementos especificamente políticos da atuação normativa das agências reguladoras, buscando diferenciá-los da figura tradicional da discricionariedade administrativa.

Diante disso, voltamo-nos no capítulo 3 à questão do controle das decisões políticas tomadas por agências reguladoras federais. Aqui, a preocupação é com o controle político⁶⁶ dessas decisões, entendido este como o controle da norma editada pela agência reguladora federal em razão da avaliação, realizada pelos órgãos constitucionalmente dotados de competência política, quanto à desejabilidade da escolha política feita pelo regulador. Analisaremos se o sistema jurídico nacional atribui ao Presidente da República competência para exercer o controle político. Apresentaremos as principais objeções ao exercício dessa

⁶⁶ Para uma análise das diferentes classificações de controle da administração pública desenvolvidas pela literatura jurídica nacional, conferir o trabalho monográfico de Gabriela Carvalho. Em sua pesquisa, a autora elenca, dentre as formas de controle, o controle parlamento político, o qual “visa assegurar a convivência harmônica entre os Poderes do Estado, representado pelo sistema de freios e contrapesos, e tem fundamento constitucional por ser diretamente ligado ao sistema tripartite trazido na Carta Maior”. Posteriormente, aponta o caráter político da declaração de nulidade de contrato administrativo em razão da necessária avaliação dos efeitos da decisão: “O dispositivo claramente reforça a dimensão política da decisão de declaração de nulidade do contrato ao ordenar a contraposição entre a necessidade de correção da ilegalidade com aspectos como os impactos em postos de trabalhos, a motivação social do contrato, riscos sociais decorrentes do atraso na fruição do benefício que seria proporcionado pela execução contratual”. Por isso, argumenta que “Não se deve confundir a avaliação de questões políticas relacionadas à contratação com seu confronto com o parâmetro de controle da legitimidade. A primeira cabe apenas àquele que exercer função administrativa e a segunda pode ser realizada pelo controlador. (...) a legitimidade que o TCU se lança a avaliar dicará se o ato ou alternativa escolhida está em direção à finalidade pública enunciada pela lei e não se a escolha foi a melhor dentre as disponíveis ao administrados frente às consequências e ganhos de cada ou se aderente ao que ele, controlador, julga ser do interesse público.”, In: CARVALHO, Gabriela Duque Poggi de, **O Controle dos Contratos Administrativos pelo Tribunal de Contas da União**, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021, p. 25–29; 89–90. Assim, concordamos com a autora para definir, como controle político, aquele voltado a avaliar se a escolha administrativa foi a melhor e se adere à definição de interesse público do controlador.

função controladora, quais sejam: a ausência de subordinação hierárquica e a autonomia decisória⁶⁷. Confrontando-as com as demais normas de direito positivo, avaliaremos a sua força normativa. Por fim, verificaremos os instrumentos legitimamente utilizáveis para controlar politicamente os atos normativos editados por agências reguladoras federais.

⁶⁷ Lei Federal nº 13.848/2019, art. 3º A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.

1 DIREITO, TÉCNICA E POLÍTICA: A DISPUTA TEÓRICA E PRÁTICA SOBRE DEMOCRACIA

O leito hospitalar é um espelho da fragilidade humana. Aflito, exausto, moribundo, o paciente se submete à equipe hospitalar na esperança de que ela consiga operar o que, naquele momento de desespero, parece fruto da intervenção divina. Mas isto é mera aparência. Em verdade, tal resultado decorre do conhecimento técnico detido pelos integrantes da equipe hospitalar e que lhes permite escolher o tratamento mais adequado em vista dos sintomas apresentados pelo paciente. Não é coincidência, não é mágica, não é milagre – é conhecimento técnico e científico. Decepcionante, por isso, quando o corpo clínico frustra a confiança que nele deposita o doente. Embora não possuam o dom de curar todas as enfermidades, espera-se que os profissionais de saúde empreguem sua expertise técnica no cuidado dos necessitados.

No auge da pandemia de COVID-19, a desconfiança contaminou a relação entre médicos e pacientes. A prescrição de medicamentos e terapias sem embasamento técnico marcou a postura de alguns profissionais e empresas⁶⁸. Para piorar, o Conselho Federal de Medicina (“CFM”), a quem cabe promover o desempenho técnico da medicina, afastou a ocorrência de infração ética pela prescrição de fármacos que, além de não serem recomendados por estudos científicos, poderiam prejudicar o paciente⁶⁹. Para os críticos, o CFM agiu com “motivação política”⁷⁰.

⁶⁸ “Foram identificadas condutas relacionadas à prescrição institucional do chamado kit-covid, experimento científico não autorizado, alterações de informações em prontuários médicos, omissão de notificação de doença, oposição ao uso de máscaras de proteção pelos médicos e colocação de pacientes em tratamento paliativo exclusivo (mistanásia, na verdade) sem autorização dos respectivos familiares.”, in: BRASIL, Senado Federal, Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Pandemia - CPI da Pandemia, p. 982.

⁶⁹ “A administração de um medicamento que não tem efeito comprovado, como alternativa para o tratamento de pacientes com maior gravidade, assume, muitas vezes de forma equivocada que o benefício será maior que o prejuízo. Entretanto, frequentemente não é possível saber se um medicamento não testado para determinada doença terá maior benefício ou maior prejuízo se não houver um grupo controle. Dois medicamentos que têm sido muito utilizados para o tratamento da COVID-19 são a cloroquina e a hidroxicloroquina, isoladamente ou associados a antibióticos. Apesar de haver justificativas para a utilização desses medicamentos, como suas ações comprovadamente anti-inflamatórias e contra outros agentes infecciosos, seu baixo custo e o perfil de efeitos colaterais ser bem conhecido, não existem até o momento estudos clínicos de boa qualidade que comprovem sua eficácia em pacientes com COVID-19. (...). As reações colaterais mais comuns são relacionadas ao trato gastrointestinal, como desconforto abdominal, náuseas, vômitos e diarreia, porém também podem ocorrer toxicidade ocular, cardíaca, neurológica e cutânea. (...)”, in: CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, Parecer CFM nº 4/2020, p. 4–7.

⁷⁰ “A motivação política e a ausência de rigor científico aparecem claramente em reunião virtual de 7 de maio de 2020, perante o Conselho Regional de Medicina de Goiás, quando o presidente do CFM reconhece que as drogas liberadas não têm qualquer evidência científica que comprove a sua eficácia e que a liberação foi “completamente fora das normas do Conselho. (...). Não é autonomia médica que se quer, senão o incentivo ao erro médico, por razões de política interna do CFM e de seu presidente.”, in: COMISSÃO ARNS, **O Conselho Federal de Medicina e a saúde pública no Brasil**, disponível em: <<https://comissaoarns.org/pt-br/blog/o-conselho-federal-de-medicina-e-a-sa%C3%BAde-p%C3%BAblica-no-brasil/>>. acesso em: 19 jul. 2024.

A Constituição Federal utiliza expressão semelhante ao dispor sobre a anistia, estabelecendo critérios para sua concessão. Anistia é concedida, conforme o texto constitucional, àqueles afetados por atos de exceção decorrentes de “motivação exclusivamente política”⁷¹. Adicionalmente, a Constituição permite o reconhecimento de direitos e vantagens aos indivíduos que sofreram cassação ou suspensão de direitos políticos, contanto que os motivos sejam “exclusivamente jurídicos”⁷². Essas previsões constitucionais baseiam-se na premissa de que é possível identificar, na motivação dos atos praticados por agentes públicos, os elementos exclusivamente políticos. Caso contrário, as referidas normas não teriam aplicabilidade.

1.1 A disputa teórica pela definição de Política

Mas o que é política? Essa é uma pergunta que pode ter muitas respostas, dependendo do contexto em que é feita. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁷³ reconhecia essa dificuldade moderna na delimitação do significado do termo “Política”. Neste sentido, afirmava que a palavra “Política” pode ser empregada com diferentes significações, porém, sempre se referindo ao Estado. Com base nisto, apontava que o termo pode ser utilizado como adjetivo para qualificar o conjunto de ciências do Estado. É assim que temos a economia política, a sociológica política etc. Além disso, também identificava o emprego da palavra “Política” como substantivo em dois contextos. No primeiro significaria filosofia do Estado. Esta é o ramo da filosofia focada nos primeiros princípios do Estado. Já no segundo contexto, indicaria a ciência do governo da sociedade civil.

1.1.1 A Política como o governo da sociedade civil

Apesar desses diferentes usos, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁷⁴ apontava que o termo “Política” é usualmente utilizado para denominar o governo da sociedade civil. Neste

⁷¹ Constituição Federal. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Art. 8º. É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos

⁷² *Ibid.* ADCT. Art. 9º.

⁷³ BANDEIRA DE MELLO, **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, p. 100–120.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 109–110.

sentido, a Política é o exercício de um poder de criação volitiva da ordem jurídica, por uma autoridade, visando a realização do bem comum. O entendimento do autor está ancorado no seguinte raciocínio. A sociedade política é uma unidade composta por uma multiplicidade de interesses individuais e coletivos. No entanto, uma multiplicidade só vira uma unidade mediante o estabelecimento de uma ordem. Essa ordem pode ser natural (quando decorrente de uma exigência da natureza) ou volitiva (quando dependente da criação humana). No caso da sociedade civil, essa ordem é a própria ordem jurídica, a qual é criada volitivamente por uma autoridade. Tal ato de criação é realizado mediante a coordenação dos interesses divergentes e na busca da concretização do bem-comum, ou seja, da justiça. Portanto, a Política “é a afirmação de um poder visando à melhor utilidade social através do direito”⁷⁵.

Em linha com isso, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁷⁶ tinha o poder político como um dos componentes do Poder Público, tido por ele como uno. Nesse sentido, afirmava que o Poder Público é uno apesar de se valer de duas faculdades distintas. A primeira delas é a função administrativa, a qual seria tradicionalmente denominada de poder político. A outra é a função jurisdicional, a qual corresponderia ao poder jurídico. Portanto, para o referido autor, o poder político compõe, ao lado do poder jurídico, o Poder Público.

Com base nessa classificação, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁷⁷ propôs uma divisão binária das atividades do Estado-poder, tendo como critério diferenciador a ordenação dada aos órgãos estatais quanto ao desempenho das atividades em vista do respectivo objeto. Neste sentido, o autor argumentava que o Estado-poder desempenha duas funções fundamentais: a administrativa e a jurisdicional. A função administrativa englobaria as ações legislativas e executivas do Estado-poder visando o interesse futuro da sociedade. Assim, a deliberação normativa (criação de normas jurídicas) e a sua execução (prática de atos jurídicos) seriam dois momentos distintos da mesma função de realização ou integração da ordem social. Com isto, a função administrativa cria novas utilidades públicas e melhora as já existentes. Já a função jurisdicional abarcaria as ações judiciais, por meio das quais o Estado-poder procura manter a ordem jurídica em vigor. Portanto, nas ações judiciais há uma atuação no presente que é voltada para o passado, pois visa amparar a ordem jurídica preexistente.

O Estado-poder se relaciona de diferentes maneiras com o direito ao exercer as funções administrativa e jurisdicional, segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. Isto decorre da forma de realização do bem-comum em cada uma delas. De fato, o autor apontava que, nas

⁷⁵ *Ibid.*, p. 110.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 52–53.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 49–53.

ações da função administrativa, o Estado-poder atua em atenção direta e imediata à utilidade pública, conforme a sua definição anteriormente exposta de poder político. Deste modo, o direito seria um instrumento para criação da utilidade pública, ou seja, uma simples forma necessária. Já na função jurisdicional, o direito é o próprio objeto material da atividade cognitiva.

O entendimento do referido jurista adotava como premissas algumas conclusões desenvolvidas por São Tomás de Aquino⁷⁸ em seus escritos políticos e teológicos. Isto obscurece a fundamentação e a justificação de determinados elementos do argumento de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. De fato, este autor não fundamenta a origem do poder detido pela autoridade criadora da ordem jurídica estatal. Afinal, como a sociedade política somente existe, enquanto unidade, após o estabelecimento da ordem jurídica, o poder detido pela autoridade seria, necessariamente, pré-jurídico. Portanto, é necessário identificar o elemento fundamentador dessa capacidade detida pelo agente tido como uma autoridade. Além disso, também cabe justificar porque a ação dessa autoridade está voltada para o bem-comum e não para a satisfação do seu próprio interesse individual.

1.1.2 A relação entre Direito e Política

Essa forma de fundamentação do poder de criação da ordem jurídica, com base em elementos alheios ao próprio Direito positivo, é denominada por Hans Kelsen⁷⁹ de “milagre jurídico”. Essa analogia baseia-se na concepção teológica da autolimitação divina e da obrigação autoimposta. Neste sentido, Kelsen reconstrói a doutrina católica de um Deus onipotente e transcendental que se transmuta na sua própria representação, ou seja, em um ser humano. Com isto, a natureza divina é dividida em dois sujeitos distintos. Um deles é o Deus-Pai todo poderoso, criador do céu e da Terra, e dotado de onipotência. Porém, o segundo sujeito é o Deus-Filho, o qual está sujeito às limitações naturais e éticas impostas a todos os humanos, tais como o dever de obediência ao Deus-Pai. Portanto, por meio dessa divisão, Deus autolimita os seus poderes e impõe, a si mesmo, uma obrigação de obediência aos preceitos éticos e

⁷⁸ A doutrina tomista influenciou autores clássicos do direito administrativo brasileiro, dentre eles, o próprio Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. O referido autor utiliza uma metodologia marcadamente teleológica, como se percebe da sua definição de Direito Administrativo com base no fim que a atividade administrativa visa concretizar. Além disso, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello parece adotar concepção (neo)tomista da relação entre o direito natural e o direito positivo. *Ibid.*, p. 149–150; 226–228.

⁷⁹ KELSEN, Hans, God and the state, in: WEINBERGER, Ota (Org.), **Essays in legal and moral philosophy**, Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1973, p. 61–82.

naturais. Para Kelsen, os juristas reproduzem essa visão ao proporem uma visão dualista do Estado e do Direito.

A referida crítica comprova a forma depreciativa como Kelsen qualifica as concepções que distinguem o Estado e o Direito⁸⁰, as quais apontam uma unidade sociológica do Estado. As suas críticas partem da suposta inexistência de um elemento agregador capaz de transformar a pluralidade de indivíduos ou de ações em uma unidade. Afinal, as teorias deveriam indicar qual elemento, distinto da ordem jurídica, constitui a comunidade social denominada Estado.

O autor identifica quatro linhas teóricas representativas dessa visão⁸¹. A primeira delas tem a unidade social como constituída por interação. No entanto, Kelsen argumenta que não é possível afirmar que os indivíduos de um Estado interajam mais fortemente entre si, tendo em vista os elementos religiosos, sociais e econômicos que ultrapassam os limites territoriais, bem como os constantes avanços tecnológicos nas ferramentas de comunicação. A segunda teoria apontaria a vontade ou o interesse comum como elemento constituidor da unidade social. Porém, os indivíduos não possuem as mesmas vontades, interesses ou sentimentos. Além disso, o Estado não possui uma vontade coletiva superior e distinta da vontade dos indivíduos. Por isso, Kelsen afirma tratar-se de uma mera hipostatização, ou seja, da transformação de algo abstrato (relação normativa entre os indivíduos) em algo concreto (atribuir caráter substancial ou pessoal). Outra teoria teria o Estado como organismo, visando, para Kelsen, resguardar o valor do Estado como instituição, confirmar a autoridade dos órgãos estatais e aumentar a obediência, não tendo qualquer valor científico. Por fim, a quarta linha teórica caracterizaria o Estado como uma relação em que alguns comandam (governam) e outros obedecem (são governados). No entanto, tal concepção pressupõe uma ordem jurídica nacional válida que, ao atribuir função aos governantes, possibilita distinguir os comandos estatais de comandos emitidos em outras espécies de relações.

Diante disso, Kelsen⁸² caracteriza o Estado como a comunidade criada por uma ordem jurídica nacional. Deste modo, o termo “Estado” denota (i) a pessoa jurídica que personifica a comunidade ou (ii) a ordem jurídica nacional que constitui a comunidade. Ademais, em seu entender, não existem dois objetos (“ordem jurídica nacional” e “comunidade”), como defende a visão dualistas. Isto porque uma pluralidade de indivíduos ou ações só se transforma em uma comunidade quando suas relações recíprocas são reguladas por uma ordem normativa. No caso

⁸⁰ BAUME, Sandrine, On political theology: A controversy between Hans Kelsen and Carl Schmitt, **History of European Ideas**, v. 35, n. 3, p. 369–381, 2009, p. 372.

⁸¹ KELSEN, Hans, **Teoria geral do direito e do Estado**, 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 264–271.

⁸² *Ibid.*, p. 261–264.

do Estado, tal ordem normativa é o Direito positivo nacional. Por isso, a teoria do Estado integra a teoria do Direito.

Além disso, de acordo com Kelsen⁸³, o caráter político do Estado decorre do fato de a ordem jurídica ser dotada de coercitividade. O seu argumento é o seguinte. A sociedade denominada Estado é uma comunidade constituída pela ordem jurídica nacional, a qual lhe confere unidade. Essa ordem jurídica nacional regula e monopoliza o uso da força. Como o Estado corresponde à ordem jurídica nacional (ou seja, ao Direito positivo), é possível dizer que o Estado possui o monopólio do uso legítimo da força. Por isso o Estado, enquanto comunidade, é uma sociedade politicamente organizada. Assim, Kelsen tem a política como a capacidade de utilizar, legítima e exclusivamente, a força. Logo, para o referido autor, política é poder.

Ocorre que, no pensamento kelseniano⁸⁴, o poder político não prescinde da ordem jurídica. Para ele, poder é a capacidade de um indivíduo induzir em outro um comportamento que deseja. Isto implica autoridade uma relação de superior para inferior. Portanto, há a necessidade de uma ordem normativa que invista um indivíduo de poder e obrigue outrem a obedecer. Sendo assim, “[o] poder do Estado é o poder organizado pelo Direito positivo – é o poder do Direito, ou seja, a eficácia do Direito positivo”⁸⁵. Como o poder do Estado é o poder político, este nada mais é, na sistemática da teoria pura do direito, a eficácia da ordem jurídica nacional. Desse modo, alguns autores entendem que a busca por uma pureza metodológica no estudo do Direito positivo acaba por apagar a política ao hipertrofiar o ordenamento jurídico⁸⁶.

Porém, Kelsen não nega a existência da Política, propondo apenas delimitar um campo próprio para a análise jurídica. Isto fica claro ao analisarmos a criação das normas jurídicas. Segundo Kelsen, as normas jurídicas são criadas por atos jurídicos, os quais são determinados por normas do próprio ordenamento jurídico⁸⁷. Essa determinação é de dois tipos. Pelo viés material ou substantivo, a norma superior determina o conteúdo do ato jurídico; enquanto pelo viés formal ou adjetivo, estabelece o órgão competente e o processo para a prática do ato jurídico⁸⁸. Neste sentido, quando a norma superior determina poucos ou nenhum aspecto material da norma jurídica inferior, o seu conteúdo resultará da vontade do órgão competente

⁸³ *Ibid.*, p. 273–274.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 274–275.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 274.

⁸⁶ ABIGNENTE, Angelo, Il contributo di Rudolf Smend ed Hermann Heller al dibattito weimariano su diritto e stato, **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, v. 21, n. 1, p. 213–257, 1992, p. 248–249.

⁸⁷ KELSEN, **Teoria geral do direito e do Estado**, p. 54–55.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 187–189.

para a prática do ato jurídico⁸⁹. Diante disso, Kelsen exclui do âmbito da ciência do Direito análises sobre qual *deveria ser* o conteúdo da norma jurídica resultante da vontade do órgão, pois afirma tratar-se de um problema político sobre valores conflitantes⁹⁰.

Surge, então, o problema do processo de formação da vontade do órgão competente para a criação da norma jurídica. Como já adiantado, Kelsen atribui ao próprio sistema jurídico a capacidade de definir o processo de criação de novas normas jurídicas. Propõe, então, uma classificação baseada na ideia de liberdade política, entendendo essa como a participação do indivíduo na criação da ordem jurídica à qual está sujeito⁹¹. Autocráticos são os Estados nos quais os sujeitos não atuam na formação da ordem jurídica, de modo que “a harmonia entre a ordem e as suas vontades não é garantida de modo algum”⁹². Diversamente, são democráticos os Estados nos quais os indivíduos participam da criação e aplicação das normas jurídicas. Portanto, a democracia é tida, por Kelsen, como um “processo, um método específico de criar e aplicar a ordem social que constitui a comunidade, que é o critério do sistema político apropriadamente chamado democracia”⁹³.

Tanto a autocracia quanto a democracia, entendidas como processos de criação da ordem jurídica, são consideradas por Kelsen como compatíveis com uma teoria pura do direito. Isto levou alguns autores a criticarem o positivismo kelseniano em virtude de uma suposta complacência com decisões arbitrárias que serviria, por exemplo, para exonerar a

⁸⁹ “A norma superior é “aplicada” na criação da norma inferior mesmo que a norma superior determine apenas o órgão, isto é, o indivíduo pelo qual a norma inferior tem de ser criada, e isso, novamente, quer dizer que ela autoriza esse órgão a determinar, de acordo com a sua própria vontade, o processo de criação da norma inferior e o conteúdo dessa norma.”, In: *Ibid.*, p. 194.

⁹⁰ “Quando esta doutrina é chamada “teoria pura do Direito”, pretende-se dizer com isso que ela está sendo conservada livre de elementos estranhos ao método específico de uma ciência cujo único propósito é a cognição do Direito, e não a sua formação. *Uma ciência que precisa descrever o seu objeto tal como ele efetivamente é, e não prescrever como ele deveria ser do ponto de vista de alguns julgamentos de valor específicos. Este último é um problema da política, e, como tal, diz respeito à arte do governo, uma atividade voltada para valores, não um objeto da ciência, voltada para a realidade.*”, In: *Ibid.*, p. XXVIII.

⁹¹ *Ibid.*, p. 406–407.

⁹² *Ibid.*

⁹³ KELSEN, Hans, Fundamentos da democracia, in: **A democracia**, 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, p. 142–143.

responsabilidade dos agentes nazistas⁹⁴. Esta visão já foi contestada por diversos estudos⁹⁵, no entanto, serve para reforçar a importância de analisarmos a teoria política elaborada por Hans Kelsen. Defensor do relativismo político, o referido autor relacionava a autocracia ao absolutismo político⁹⁶. Neste sentido, os Estados autocráticos se caracterizariam pela existência de normas jurídicas que pouco determinam o conteúdo material dos atos jurídicos, de modo a não limitar a vontade criadora do autocrata, conferindo-lhe ampla discricionariedade. Já nas democracias haveria uma racionalização legislativa dos atos estatais, na qual a legalidade assume o critério definidor da legitimidade dos atos jurídicos praticados pelos órgãos competentes. Impõe-se, assim, a obrigação de seguir um processo específico de criação da vontade do órgão competente, no qual há uma igual consideração das opiniões políticas de cada um dos indivíduos sujeitos ao ordenamento jurídico⁹⁷.

Percebe-se a relação entre as críticas elaboradas por Hans Kelsen aos regimes autocráticos e às teorias dualistas, pois defender a existência de um Estado enquanto algo distinto do Direito, serviria como justificativa dos atos praticados pelos líderes autocráticos⁹⁸⁹⁹. Afinal, mesmo ordens jurídicas autocráticas não são concebidas para atender apenas os

⁹⁴ “A premissa fundamental da teoria pura é a subjetividade de toda valoração, vale dizer, toda valoração é um fato do pluralismo, depende, sempre, da opinião de cada um. Caso se perguntasse a Kelsen a razão de uma imputação normativa, a resposta certamente seria: porque o agente competente assim quis. A teoria pura, do ponto de vista jurídico, admite, sem problemas, a arbitrariedade da imputação normativa. Com o fim do Nazismo, essa concepção teórica entrou em grave crise, motivada pela defesa dos nazistas. Um bom exemplo é apresentado na obra de Hannah Arendt sobre o julgamento de Eichmann. Este se defendeu de modo similar a todos os nazistas levados a julgamento: afirmou que havia cumprido a lei. Estava certo, pois, conforme informa com bastante proficiência François Rigaux, as leis raciais do Estado nazista foram aprovadas pelo Parlamento, consideradas válidas por boa parte da doutrina da época e, pior do que isso, consideradas válidas pela jurisprudência, até mesmo pelo Tribunal Constitucional Alemão.”, In: MARTINS, Ricardo Marcondes, Teoria do ato administrativo nos trinta anos da Constituição de 1988: o que mudou?, **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 6, p. 449–477, 2020, p. 457.

⁹⁵ Especificamente sobre a tese da exoneração da responsabilidade: “Indeed, the exoneration thesis has been substantially discredited. Jurists who championed the cause of the “National Socialist Revolution” contended at the time that the rules of the statute book had been largely supplanted by “völkisches thinking”. If the judge’s sole obligation earlier had been to the law, what was needed now, as Nazi apologist Carl Schmitt wrote in 1933, was an obligation that was “more dependable, more vigorous, and more profound than the treacherous obligation to the slippery letter of thousands of statutory provisions.” This was a far cry from the statutory legal positivism of the German tradition, and Schmitt made the most of it, defending the perspective of the new regime against both decisionism and positivism. Without the legal positivist underpinnings, the exoneration thesis collapses straightaway.”, In: PAULSON, Stanley L., Lon L. Fuller, Gustav Radbruch, and the “Positivist” Theses, **Law and Philosophy**, v. 13, n. 3, p. 313–359, 1994, p. 315. Para uma análise mais ampla, cf. VALADÃO, Rodrigo Borges, **Positivismo Jurídico e Nazismo: Formação, Refutação e Superação da Lenda do Positivismo**, 1ª edição. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

⁹⁶ KELSEN, Fundamentos da democracia, p. 185.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 202.

⁹⁸ KELSEN, God and the state, p. 75–77.

⁹⁹ “For anyone who relies only on earthly wisdom, and allows only human knowledge to ordain social goals, has scarcely any other way of justifying the coercion still inevitably required for their realization, save by the consent of at least a majority of those whom the coercive order is intended to benefit. And this coercive order must itself be so arranged that even the minority, since it is not absolutely wrong, not absolutely outlawed, can itself become the majority at any time.”, In: KELSEN, Hans, State-form and World-outlook, in: WEINBERGER, Ota (Org.), **Essays in legal and moral philosophy**, Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1973, p. 112.

interesses do governante e de seus seguidores, havendo sempre um grau de compromisso entre os interesses conflitantes. No entanto, as teorias dualistas consideram atos estatais mesmo aqueles não abarcados pela ordem jurídica, sob a justificativa de terem sido praticados no interesse do Estado. Com isso, razões exclusivamente políticas afastariam as normas positivadas em clara violação à legalidade. Resta evidente, portanto, como Kelsen relaciona os regimes democráticos e a sua teoria monista.

Também fica evidente como o citado autor vincula a Teoria Pura do Direito às suas propostas no campo da teoria política. Enquanto responsáveis pela criação do ordenamento jurídico, as autoridades políticas realizam, para Kelsen, julgamentos sobre o bem comum da comunidade. Porém, tais julgamentos políticos são puramente subjetivos, tendo em vista o já citado relativismo filosófico quanto às decisões sobre valores¹⁰⁰. Por isso a necessidade de um processo, baseado no princípio majoritário, e minimizador do descasamento entre a vontade individual e a ordem jurídica, qual seja: o procedimento democrático¹⁰¹. Ademais, o procedimento democrático precisa atender critérios não apenas formais, mas, também, materiais.

Lars Vinx¹⁰² identifica dois critérios materiais elaborados por Kelsen para uma democracia funcional. Requer-se, primeiramente, uma comunidade não dividida em grupos fundamentalmente distintos e baseados nas suas próprias identidades políticas permanentes ao ponto de impossibilitar, aos indivíduos, mudanças de um grupo para o outro, tampouco que membros de grupos diferentes se considerem integrantes de uma mesma comunidade voltada ao bem comum. Além disso, a comunidade deve respeitar os direitos individuais e políticos dos integrantes da comunidade, restringindo-se o alcance das decisões políticas obtíveis com base no princípio majoritário.

Portanto, para Hans Kelsen, a impossibilidade de decisões racionais sobre valores justifica adotar-se um procedimento democrático para formar a vontade do órgão competente para criar ou modificar o ordenamento jurídico. Distingue-se, assim, entre a Política e a ciência, pois esta tem a pretensão de descrever verdadeiramente um determinado fenômeno¹⁰³. A ciência

¹⁰⁰ KELSEN, *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 11–12.

¹⁰¹ “Um julgamento de valor é a afirmação pela qual algo é declarado como um fim, um fim último que, em si, não é um meio para um fim posterior. Tal julgamento é sempre determinado por fatores emocionais. (...). Caso a asserção de tais fins últimos surja na forma de postulados ou normas de justiça, eles sempre repousam sobre julgamentos de valor puramente subjetivos e, portanto, relativos.”, In: KELSEN, Hans, *Essência e valor da democracia*, in: *A democracia*, 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, p. 32.

¹⁰² VINX, Lars, *Hans Kelsen's pure theory of law: legality and legitimacy*, Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 119–124.

¹⁰³ KELSEN, Hans, Science and Politics, *American Political Science Review*, v. 45, n. 3, p. 641–661, 1951, p. 641–646.

do Direito, por exemplo, pretenderia descrever as normas de determinado ordenamento jurídico¹⁰⁴. Enquanto isso, a Política tem uma pretensão de justiça nas escolhas sobre os fins últimos da comunidade. Até por isso, pode-se analisar teleologicamente as normas de um ordenamento jurídico, sem negar o seu caráter jurídico, pois relacionam-se com os fins definidos pela comunidade¹⁰⁵.

Restringir legalmente a competência das autoridades públicas e propor parâmetros adjetivos e substantivos ao processo democrático, é uma atitude condizente com o momento histórico vivido por Hans Kelsen. Removido da Corte Constitucional austríaca em razão de controvérsia envolvendo decisão sobre dispensa administrativa da obrigação de uma pessoa permanecer casada¹⁰⁶, Kelsen mudou-se para a Alemanha em 1930 para trabalhar na Universidade de Colônia. Perseguido pelos nazistas pela sua ascendência judaica, saiu da referida universidade em 1933 após o Reich Alemão editar uma norma transferindo para a inatividade os servidores sem ascendência ariana¹⁰⁷. Trabalhou brevemente na Universidade de Praga e no Instituto Universitário de Altos Estudos Internacionais em Genebra¹⁰⁸ até mudar-se para os Estados Unidos da América. Durante este período, serviu no *Judge Advocate General's office*, órgão do governo americano responsável por questões envolvendo crimes de guerra. Lá produziu apenas oito memorandos, mas ao menos um deles afetou o conteúdo da Carta do Tribunal Militar Internacional, também conhecida como Carta de Nuremberg¹⁰⁹.

Carl Schmitt antecipara as consequências da mudança¹¹⁰ proposta por seu nêmesis, Hans Kelsen, enquanto trabalhava para os nazistas. Elaborou, então, argumentos contrários à tese sustentada por Hans Kelsen, colocando, mais uma vez, ambos em posições antagônicas no contexto teórico e histórico. Sobre a mencionada norma do Reich Alemão sobre servidores não-arianos, por exemplo, Schmitt comentou que estavam novamente apreendendo a discriminar,

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 648–652.

¹⁰⁵ “*The political purpose by no means deprives the instrument of its legal character. There is no legal instrument which has not an extra-legal purpose, for the law, seen from a teleological point of view, is always a means and not an end.*”, In: *Ibid.*, p. 659–660.

¹⁰⁶ DZIADZIO, Andrzej, The Academic Portrait of the Creator of the Pure Theory of Law. Several Facts from Thomas Olechowski's Book Entitled Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers. Tübingen: Mohr Siebeck, 2020 (1027 pp.), *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa*, v. 14, n. 3, p. 383–395, 2021, p. 390–391.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 393.

¹⁰⁸ Tradução livre de “Institut universi taire de hautes études internationals in Geneva”.

¹⁰⁹ HATHAWAY, Oona A.; SHAPIRO, Scott J., **The internationalists: how a radical plan to outlaw war remade the world**, New York: Simon & Schuster, 2017, p. 268–271.

¹¹⁰ A mudança proposta por Hans Kelsen possibilitou responsabilizar agentes públicos pelos crimes de guerra cometidos pelo Estado, superando o paradigma anterior da responsabilidade coletiva dos cidadãos daquele Estado. Com isso, o Código de Nuremberg. Com isso, o artigo 6 do Código recebeu o seguinte conteúdo: “(...) The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility”. Sobre o tema, cf. *Ibid.*, cap. 4.

principalmente, entre amigos e inimigos¹¹¹. Fazia, com isso, uma conexão com a sua proposta conceitual de política, a qual é por ele definida em termos da distinção entre amigos e inimigos¹¹². Qualifica a noção de inimigo ao diferenciá-lo de um competidor, adversário ou demais participantes de um conflito qualquer. Inimigo existe para Schmitt, ainda que potencialmente, apenas quando uma coletividade de pessoas enfrenta uma coletividade semelhante¹¹³. Assim, a distinção propriamente política não se confunde com outras distinções efetivadas no campo econômico, moral, estético etc., sendo autônoma em relação a elas.

Destacam-se dois elementos dessa proposta teórica. O primeiro deles é a essencialidade do enfrentamento na concepção de Schmitt, para quem o conflito, ainda que potencial, é a característica marcante da política¹¹⁴. Defende identificarmos a política pela possibilidade real de o conflito resolver-se na violência física, sendo a guerra entre nações um exemplo extremo. No âmbito interno, a guerra civil representaria a mesma consequência extrema do dualismo entre amigos e inimigos. Porém, isso não significa igualar a política aos referidos casos limítrofes. Implica, sim, que as ações políticas são influenciadas pela sempre presente possibilidade de as partes ultrapassarem o limite após o qual ocorrerá um conflito. Essa razão pode modificar os comportamentos em diferentes sentidos, sendo a assunção de uma posição de neutralidade uma atitude possível no campo político, mas que pressupõe, para Schmitt, uma distinção entre amigos e inimigos¹¹⁵.

Além disso, esse enfrentamento é sempre entre coletividades, de modo que a qualificação como inimigo é, necessariamente, como inimigo público. Argumenta que qualquer agrupamento, independente da sua caracterização inicial como econômico, religioso, ético ou afins, transforma-se em político a partir do momento que é forte o suficiente para diferenciar os grupos de pessoas entre amigos e inimigos¹¹⁶. Essa divisão pode basear-se em motivos de natureza econômica ou religiosa, por exemplo, mas o direcionamento do agrupamento pela possibilidade real de conflito é que o caracteriza como político¹¹⁷. As ações políticas, portanto,

¹¹¹ “We are once again learning to discriminate. Above all, we are learning to discriminate between friend and foe.”, In: *Ibid.*, p. 234.

¹¹² SCHMITT, Carl, **The concept of the political**, Chicago: University of Chicago Press, 2007, p. 26.

¹¹³ *Ibid.*, p. 28.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 32–33.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 34–35.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 37–38.

¹¹⁷ “A religious community which wages wars against members of other religious communities or engages in other wars is already more than a religious community; it is a political entity. It is a political entity when it possesses, even if only negatively, the capacity of promoting that decisive step, when it is in the position of forbidding its members to participate in wars, i.e., of decisively denying the enemy quality of a certain adversary.”, in: *Ibid.*, p. 37.

recebem os influxos de diferentes campos sociais, no entanto, é a possibilidade de conflito que as caracterizam como tais.

Essas duas características fundamentam o entendimento de Schmitt quanto à caracterização do Estado como uma entidade política. Entidades políticas são aquelas capazes de decidir os casos extremos, ou seja, sobre entrar ou não em um conflito. Entendido esse conflito como a consequência de uma distinção entre amigos e inimigos, compreende-se o argumento de Schmitt quanto à existência de apenas uma entidade política em cada comunidade política. Afinal, para ele, a intensidade dessa relação transcende as formas usuais de associação e forma uma unidade qualificada como comunidade política. Com isso, o Estado, entendido como uma entidade real, assume o poder supremo de decidir sobre a vida das pessoas daquela comunidade política¹¹⁸.

Conceituado por Carl Schmitt como a própria unidade política, o Estado é uma entidade cuja existência real precede o Direito. Estabelecer uma Constituição é um ato praticado pela unidade política, de modo que o Estado não passa a existir concomitantemente à criação do sistema jurídico¹¹⁹. Tampouco poderia submeter-se às normas legais, pois estas são compreendidas como comandos emitidos por um soberano¹²⁰. Sendo assim, o termo Estado de Direito capturaria apenas parcialmente os predicados de tal entidade, já que não incluiria os elementos políticos intrínsecos ao Estado¹²¹.

Reside aqui a principal diferença, para este trabalho, entre as propostas teóricas de Hans Kelsen e de Carl Schmitt. Como visto, apesar de estabelecer requisitos formais e materiais para uma democracia funcional, Kelsen vincula a legitimidade das decisões políticas à observação dos critérios normativos inscritos no sistema jurídico. Parte, portanto, de dentro do sistema jurídico para, a partir dele, avaliar as decisões políticas. Schmitt adota uma postura oposta. Para ele, a legitimidade das decisões políticas não estaria condicionada à observação de parâmetros formais ou materiais previstos no ordenamento jurídico, pois entende que o sistema jurídico é

¹¹⁸ “O estado como entidade política decisiva possui um poder enorme: a possibilidade de travar guerras e, assim, dispor publicamente das vidas dos homens.”, in: *Ibid.*, p. 46. Tradução livre de: “*The state as the decisive political entity possesses an enormous power: the possibility of waging war and thereby publicly disposing of the lives of men.*”

¹¹⁹ SCHMITT, Carl, **Constitutional theory**, Durham: Duke University Press, 2008, p. 75–76.

¹²⁰ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto, O decisionismo jurídico de Carl Schmitt, **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, v. 32, p. 201–215, 1994.

¹²¹ “‘O elemento político não pode ser separado do Estado, da unidade política de um povo. E tornar o direito público não político significaria nada mais do que privar o direito público de sua conexão com o Estado. O aspecto do Estado de Direito, mais precisamente, é apenas uma parte de qualquer constituição moderna.’. Tradução livre de: “*The political element cannot be separated from the state, from the political unity of a people. And to render public law nonpolitical would mean nothing other than to deprive public law of its connection with the state. The Rechtsstaat aspect, more precisely, is only one part of any modern constitution.*”, in: SCHMITT, **Constitutional theory**, p. 169.

legitimado pelo poder político¹²². Insere-se, assim, no interior do sistema político para, a partir dele, avaliar os atos jurídicos.¹²³

1.1.3 As perspectivas sistêmicas

Os apontamentos anteriores demonstram a importância de perspectivas que considerem a existência simultânea do sistema jurídico e do sistema político. Nesse sentido, as perspectivas sistêmicas, desenvolvidas por autores como Pontes de Miranda, Norberto Bobbio e Niklas Luhmann, proporcionam diferentes visões da relação entre a Política e o Direito.

No Brasil, Pontes de Miranda¹²⁴ foi um dos principais autores a adotar uma perspectiva sistêmica, caracterizando a política como um dos processos sociais de adaptação. O autor identifica sete principais processos de adaptação social, os quais provocam mudanças na sociedade. A Política é um desses processos. Neste sentido, a Política é um processo por meio do qual impõe-se, a uma parcela ou à totalidade da comunidade, a vontade daquele a quem se deve obediência. Ademais, esse dever de obediência pode decorrer somente da política ou sofrer limitações de outros processos sociais, tais como o Direito e a Moral. Portanto, Pontes de Miranda identificava uma limitação do poder político pelo Direito.

Essa perspectiva sistêmica também foi desenvolvida por Niklas Luhmann¹²⁵, para quem o sistema político é o espaço para a tomada de decisões vinculantes para a comunidade. Tais decisões se dão no campo do politicamente possível. Neste sentido, o sistema político possibilita o condensamento de opiniões divergentes, as quais são organizadas conforme o código diferenciador entre governo e oposição. Ademais, Luhmann¹²⁶ tem o “Estado de Direito” como uma fórmula que condensa duas perspectivas opostas sobre a relação entre o sistema político e o sistema jurídico. Em seu entender, o sistema político define a si mesmo como Estado. Por este ângulo, para o sistema jurídico o Estado de Direito significa a limitação jurídica das decisões do sistema político, ou seja, do Estado. Com isso, o poder de impor

¹²² POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian, *Demystifying Schmitt*, **Public Law and Legal Theory Working Papers**, n. 333, 2011, p. 4.

¹²³ “Nos dois extremos estão Carl Schmitt e Hans Kelsen. Para Schmitt, a determinação pré-institucional do “povo” – político, existencial – é o que rompe a ligação dupla, ao entender o coletivo como formação independente e anterior à atribuição. Enquanto, para Kelsen, a atribuição retorna até, hipoteticamente, a posicionar aqueles que efetivamente exercem o poder constituinte como legisladores – ao que Schmitt notoriamente interpõe: mas como Kelsen pode *começar* com uma norma?”, in: CHRISTODOULIDIS, Emílios, **Constitucionalismo político e a ameaça do “mercado total”**, São Paulo: Contracorrente, 2023, p. 33.

¹²⁴ MIRANDA, Pontes de, **Sistema de ciência positiva do direito**, 2. ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 276–277.

¹²⁵ LUHMANN, Niklas, **O direito da sociedade**, São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 568.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 564–571.

decisões vinculantes para a comunidade está condicionado à legalidade. No entanto, isso não implica a superioridade do sistema jurídico. De fato, pela perspectiva do sistema político, o Direito é visto como um instrumento para a realização de seus fins. Assim, “[f]azer política significa decidir politicamente qual direito deve ser direito vigente”. Portanto, há uma interdependência entre o sistema político – Estado - e o sistema jurídico - Direito.

Noberto Bobbio¹²⁷ aponta o prevalecimento de uma caracterização sistêmica do Estado, tido como o conjunto de instituições políticas. Com isto, o autor aponta a equivalência entre os termos “Estado” e “Política”. Bobbio indica que de Aristóteles até Hegel, o Estado era considerado a organização política da comunidade, englobando todos os sistemas sociais parciais. Assim, Aristóteles entendia que a Pólis continha a família e as demais formas associativas específicas; por sua vez, Hegel tinha o Estado como a forma final, após a superação das fases anteriores (família e sociedade civil). Essa visão foi rompida com a emancipação da sociedade civil por autores como Karl Marx e Saint Simon. Isto culminou no entendimento do sistema político como um subsistema do sistema social. Além disso, Noberto Bobbio identifica a Política como uma forma de poder, a qual é usualmente definida como uma espécie de relação de poder na qual uma das partes exerce o poder soberano sobre uma comunidade de indivíduos territorialmente localizados¹²⁸. Neste sentido, o sistema político produz decisões coletivas vinculatórias para a comunidade. Tais decisões são respostas (*output*) que as instituições políticas dão às demandas da sociedade (*input*)¹²⁹. Sendo assim, a Política é uma forma de poder, a qual se distingue das demais por sua exclusiva capacidade de recorrer, em última instância, ao uso da força¹³⁰.

Como se percebe, uma primeira aproximação teórica permite compreender o poder político como a capacidade de definir os fins a serem perseguidos pela comunidade política. No entanto, o advento do Estado de Direito reflete a imposição de uma exigência de fundamentação e de justificação jurídica desse poder. Neste sentido, o exercício de poder político precisa estar fundamentado em normas jurídicas que atribuam, a uma pessoa ou a um conjunto de pessoas, a capacidade de definir os objetivos de determinada comunidade política. Essas decisões são tomadas no âmbito do sistema político, o qual é definido como Estado. Além disso, tais decisões interagem com o sistema jurídico, para quem tais escolhas são compreendidas como normas

¹²⁷ BOBBIO, Norberto, **Estado, governo, sociedade. Fragmentos de um dicionário político**, 27. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2022, p. 78–81.

¹²⁸ BOBBIO, Norberto, **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**, 14^o reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 216.

¹²⁹ BOBBIO, **Estado, governo, sociedade. Fragmentos de um dicionário político**, p. 78.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 99–107.

jurídicas¹³¹. Estas normas jurídicas compreendem os fins definidos pela pessoa ou pelo conjunto de pessoas competente, bem como os meios para a realização desses fins. Por isso, há também uma necessidade de justificação das escolhas efetivadas pelos detentores de poder político, tendo em vista a sua vinculação à realização dos objetivos definidos para a comunidade política.

1.2 A política pela perspectiva do Direito Administrativo

A dualidade entre Política e Direito, condensada no termo Estado de Direito, exerceu uma forte influência no desenvolvimento de algumas categorias básicas do Direito Administrativo brasileiro. Isto é perceptível pelas dualidades que marcaram, ao longo do tempo, a separação entre questões jurídicas e políticas. Por isso, o presente tópico busca delinear os principais aspectos das distinções propostas pela literatura jurídica nacional, no intuito de compreender as suas bases de sustentação e avaliar a aplicabilidade ao tema desenvolvido nesta dissertação.

1.2.1 A dualidade Governo e Administração Pública

A distinção entre Governo e Administração Pública é uma das que exerceu maior influência nas teorias nacionais de Direito Administrativo.

Um dos autores a abraçar esse dualismo foi o Visconde do Uruguai¹³², para quem o Poder Executivo era composto pelo Governo e pela Administração. Esta divisão tinha como base a natureza dos poderes exercidos por cada parcela do Poder Executivo. O Governo seria responsável pelo direcionamento dos interesses gerais, pelo pensamento político e pela relação com outras nações. Assim, o governo teria as funções de iniciativa, apreciação, direção geral e aconselhamento. Além disso, as ações governamentais deveriam ser praticadas livremente, com base em um poder discricionário, e sujeitas às leis em cuja criação intervém. É o exercício do poder político. Já a Administração atuaria na perseguição dos objetivos governamentais¹³³. As ações administrativas seriam usualmente vinculadas ao definido pelo governo, somente sendo discricionárias quando graciosas. Deste modo, na visão do Visconde do Uruguai, o poder administrativo seria secundário ao poder político. O autor afirmava que o poder administrativo

¹³¹ Sobre as normas jurídicas como elementos centrais do sistema jurídico, cf. tópico **Erro! Fonte de referência não encontrada.**

¹³² URUGUAI, Visconde do, **Ensaio sobre o Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862, p. 19–25.

¹³³ *Ibid.*, p. 67–78.

era o braço e o poder político a cabeça, demonstrando a sua perspectiva de anterioridade da ação governamental (política) em relação à ação administrativa.

Hely Lopes Meirelles¹³⁴ apresentava uma distinção entre o Governo e a Administração Pública, adotando como um dos critérios diferenciadores o poder político atribuído ao Governo. O autor distinguia os sentidos formal, material e operacional dos termos. Neste sentido, formalmente o Governo seria o conjunto de Poderes e órgãos constitucionais; materialmente, englobaria as funções estatais básicas, e; operacionalmente, seria a condução política dos negócios públicos. Porém, em todos os casos, o termo Governo indicaria o poder político de comandar, fixar os objetivos do Estado e manter a ordem jurídica vigente. Por outra banda, a Administração Pública seria a estrutura estatal preordenada para a realização dos seus serviços. Deste modo, formalmente, a Administração Pública seria o conjunto de órgãos criados no intuito de concretização dos objetivos do Governo; materialmente, envolveria as funções necessárias para a prestação dos serviços públicos em geral, e; operacionalmente, apontaria o exercício perene, legal e técnico dos serviços estatais ou assumidos pelo Estado. Portanto, para Meirelles, o exercício de poder político seria o traço diferenciador do Governo em relação à Administração Pública.

O dualismo entre Governo e Administração sofreu críticas na literatura administrativista por, supostamente, tomar como base categorias incompatíveis com o Estado de Direito. Era o que argumentava Oswaldo Aranha Bandeira de Mello¹³⁵. Para este autor, a distinção entre atos de governo e atos administrativos é incompatível com o Estado de Direito. Deste modo, todos os atos volitivos imputados ao Estado enquanto Poder Público e que dizem respeito ao atingimento do seu fim (criar e realizar, de maneira direta e imediata, utilidade pública), são qualificados como atos administrativos. Assim, apesar de reconhecer a existência de agentes políticos enquanto uma categoria distinta de servidores públicos responsáveis por definir as diretrizes políticas, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello¹³⁶ não adotava uma distinção entre Governo e Administração¹³⁷.

Diante das críticas ao dualismo entre Governo e Administração, os autores nacionais desenvolveram novas propostas teóricas para fundamentar e justificar a atuação estatal. Para o objeto do presente trabalho, duas linhas teóricas possuem especial relevância, pois procuraram

¹³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 60.

¹³⁵ BANDEIRA DE MELLO, **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, p. 479–481.

¹³⁶ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, Teoria dos servidores públicos, **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura| RDAI**, v. 6, n. 21, p. 357–376, 2022.

¹³⁷ No mesmo sentido, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello criticou algumas linhas teóricas, como a adotada pelo Visconde do Uruguai, que restringiam o objeto do Direito Administrativo com base na distinção entre Governo e Administração. Cf. BANDEIRA DE MELLO, **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, p. 151–161.

(i) fundamentar os poderes detidos pelos entes estatais e (ii) justificar a atribuição desses poderes.

1.2.2 A relação de administração em Rui Cirne Lima

A primeira das propostas teóricas é aquela desenvolvida por Rui Cirne Lima¹³⁸, para quem o sistema jurídico administrativo encontra a sua base lógica no conceito de administração. Neste sentido, o referido autor definia administração como uma forma de atividade humana, caracterizada pela obediência a um plano ou ordem preestabelecido e cujo intuito é concretizar determinado fim. De acordo com o seu entendimento, a administração existe tanto no âmbito do direito público quanto do direito privado. No entanto, haveria uma diferença fundamental. A atividade administrativa seria dispersa e multifária no âmbito privado. Afinal, temos várias modalidades de administração no direito privado, como aquelas exercidas pelos pais, pelos tutores e pelos representantes legais das pessoas jurídicas. Portanto, no âmbito privado, não há um centro capaz de coordenar e unificar a atividade administrativa. Isto não ocorre no direito público. Neste caso, o Estado exerce a função de coordenação das atividades administrativas, dando-lhes unicidade. Por isso, o Estado é, para Cirne Lima, o pressuposto histórico do direito administrativo, enquanto a administração é o seu conceito fundamental.

Com base nisto, Rui Cirne Lima¹³⁹ distinguia as relações de administração das relações de direito subjetivo. Estas relacionam os fatos e bens do mundo a um sujeito, enquanto as relações de administração vinculam os fatos e bens a um determinado fim. O sujeito de direito subjetivo age visando um fim, mas este somente incidirá mediatamente sobre os bens ou fatos. Por outro lado, a ação do administrador está vinculada a um fim, de modo que a vontade do agente apenas atua sobre o modo de concretização dessa finalidade. Afinal, os bens e fatos estão vinculados ao fim. Portanto, a relação de direito subjetivo e a relação de administração são formas distintas de relações jurídicas.

Os atos praticados no exercício de atividade administrativa são, para Rui Cirne Lima¹⁴⁰, marcados pela impessoalidade, a qual existe em diferentes graus. Esta variação depende da espécie de ato jurídico praticado. A impessoalidade pode ser notada na faceta interna dos atos jurídicos privados, tendo em vista os círculos de interesse diretamente relacionados ao ato.

¹³⁸ LIMA, Rui Cirne, O conceito fundamental do direito administrativo, **Revista de Direito Administrativo**, v. 12, p. 59–64, 1948, p. 59–61.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 60–61.

¹⁴⁰ LIMA, Rui Cirne, Direito administrativo e direito privado, **Revista de Direito Administrativo**, v. 26, p. 19–33, 1951, p. 21–22.

Porém, isso não ocorre na sua faceta externa. De fato, em seu exterior, o ato jurídico privado mostra-se como uma personificação desses círculos de interesse perante a sociedade, na qual se inserem como partes. Já a lei e o ato administrativo expressam um círculo de interesses coextensivo tanto com a ordem jurídica positiva vigente quanto com o ordenamento jurídico da sociedade como um todo, o qual é o círculo máximo na sociedade politicamente organizada. Assim, há uma maximização da impessoalidade na determinação da vontade, sendo este o elemento específico existente na lei e no ato administrativo, mas ausente no ato jurídico privado.

A maximização da impessoalidade na determinação da vontade está diretamente relacionada, para Rui Cirne Lima¹⁴¹, à finalidade da sociedade politicamente organizada. Isto porque, em sua visão, não existem normas dispositivas (ou supletivas) no direito administrativo, de modo que existiriam apenas duas alternativas. A primeira é a prévia determinação, pela norma legal, do conteúdo do ato administrativo a ser praticado; enquanto a segunda é que a Administração queira todos os efeitos e consequências do ato administrativo. Neste sentido, a norma que atribui discricionariedade é essencialmente cogente, pois impõe um dever no interesse da finalidade a que toda atividade administrativa se vincula. Portanto, a finalidade do ato administrativo está sempre relacionada à finalidade da própria sociedade politicamente organizada.

Essa finalidade da sociedade politicamente organizada é, para Rui Cirne Lima¹⁴², a utilidade pública, sendo essa entendida como a expressão social do bem-comum. O seu entendimento está ancorado na doutrina tomista. Assim, Cirne Lima afirma que o bem-comum ultrapassa a mera multiplicação aritmética dos bens individuais pelo número de indivíduos na sociedade. Também aponta que o bem-comum não se refere à própria sociedade, pois esta (bem como os seus fins) servem de meios para o atingimento dos fins individuais. Portanto, enquanto o bem individual diz respeito ao indivíduo em si mesmo, o bem-comum se refere ao indivíduo enquanto membro da sociedade. Além disso, o bem-comum possui a natureza de uma utilidade. Neste sentido, ainda que a sociedade não consiga fruir do bem-comum, pode utilizar os recursos à sua disposição para assegurar aos indivíduos as condições essenciais ao bem-comum.

Sendo assim, resta clara a influência jusnaturalista do pensamento de Rui Cirne Lima, o qual retoma o pensamento tomista para justificar e fundamentar a atuação estatal. Para o referido autor, cabe à Administração Pública apenas revelar o direito. Neste sentido, mesmo quando a legislação não determina previamente o conteúdo do ato administrativo, a ação discricionária está vinculada ao direito natural. Por isso, seria até mesmo possível identificar

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 19–21.

¹⁴² *Ibid.*, p. 22–24.

uma plenitude lógico-jurídica no ato administrativo, tal qual existiria na ordem jurídica supra-positiva¹⁴³. Com isso, Cirne Lima fundamenta os poderes atribuídos à Administração Pública com base na finalidade da sua atuação. Neste sentido, em virtude da impessoalidade existente no interior da personificação jurídica da sociedade politicamente organizada, haveria uma coincidência entre (i) o bem-comum estabelecido pela ordem jurídica supra-positiva e (ii) o círculo de interesses concretamente tutelados pela atuação administrativa¹⁴⁴. Portanto, estes poderes seriam, em verdade, deveres impostos à autoridade administrativa, os quais somente poderiam ser adequadamente cumpridos pela personificação jurídica da sociedade politicamente organizada.

Essa visão exerceu enorme impacto na literatura administrativista brasileira, sendo Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴⁵ um dos principais autores a reconhecer a relevância teórica dessa construção edificada por Rui Cirne Lima. No entanto, o reconhecimento não impediu a elaboração de uma nova proposta teórica que se afastasse dos fundamentos jusnaturalistas adotados por Cirne Lima.

1.2.3 A fundamentação jurídica do dever-poder em Celso Antônio Bandeira de Mello

Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴⁶ propôs uma teoria pautada no regime jurídico-administrativo, sendo este entendido como um sistema de normas e princípios positivados por determinada ordem jurídica e referentes ao Direito Administrativo. Enquanto sistema, o regime jurídico-administrativo é qualificado pelo referido autor como dotado de coerência lógica e unidade. Isto tornaria possível deduzir, dos princípios fundamentais, os demais princípios e subprincípios que compõem o sistema. Portanto, torna-se essencial apontar os princípios fundamentais do regime jurídico-administrativo para, a partir deles, identificar os demais elementos do sistema.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 21.

¹⁴⁴ ALBERTO, Marco Antônio Moraes, Regime jurídico à brasileira: as duas bases de construção do regime de direito público no Brasil, **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 115, p. 493–510, 2020, p. 501.

¹⁴⁵ LIMA, Ruy Cirne, **Princípios de Direito Administrativo**, 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, Prefácio de Celso Antônio Bandeira de Mello.

¹⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, **Curso de Direito Administrativo**, 36. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 47–49. Celso Antônio Bandeira de Mello apresentou a sua proposta teórica pela primeira vez em artigo publicado no ano de 1967. Porém, como o seu pensamento vem sendo desenvolvido constantemente em diversos trabalhos acadêmicos, a presente pesquisa utiliza como referencial teórico a versão mais recente do seu curso de direito administrativo, de modo a ser fiel ao entendimento atual. Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico, **Revista de Direito administrativo e infraestrutura-RDAI**, v. 1, p. 347–374, 2017.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴⁷, o regime jurídico-administrativo está posto sobre duas “pedras de toque”, as quais são princípios¹⁴⁸ de todo o sistema. O primeiro deles é a supremacia do interesse público sobre o privado, enquanto o segundo é a indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos. Portanto, qualquer compreensão da proposta teórica do referido autor demanda uma prévia compreensão da noção de interesse público.

Inicialmente, é preciso reforçar a preocupação de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴⁹ em adotar fundamentos exclusivamente jurídicos para a noção de interesse público. De fato, ele distingue entre a estrutura do conceito de interesse público e a individualização dos múltiplos interesses públicos. Neste sentido, a estrutura do conceito corresponde à categoria lógico-jurídica denominada interesse público. É, portanto, o conceito de interesse público elaborado com pretensão de validade universal, tal qual aquele utilizado por Rui Cirne Lima e por Tomás de Aquino. Porém, essa estrutura não pode ser confundida com aqueles interesses qualificados pelo sistema normativo como de interesse público. Afinal, apenas estes referem-se a conceitos jurídico-positivos de quais são os interesses públicos em determinado regime jurídico-administrativo. Com isso, Celso Antônio Bandeira de Mello vai além do anteriormente proposto por Rui Cirne Lima, pois a identificação dos diferentes interesses públicos já não mais depende de um fundamento jusnaturalista.

No entanto, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵⁰ retoma o pensamento de Rui Cirne Lima para analisar os dois princípios fundamentais do regime jurídico-administrativo. Isto é feito por meio da noção de relação de administração. Cabe à Administração cuidar daqueles interesses qualificados normativamente como sendo interesses públicos. Assim, normas jurídicas atribuem à personificação jurídica da sociedade política organizada (ou seja, o Estado) o dever de concretizar os interesses públicos. Desse modo, a atividade administrativa implica o exercício de função, sendo esta conceituada como o dever de satisfação de determinadas finalidades em virtude do interesse de terceiro. A satisfação dessas finalidades é feita por meio de poderes instrumentais estatuídos pelo ordenamento jurídico. Portanto, são na verdade “deveres-poderes” voltados à concretização do interesse de outrem.

¹⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 49.

¹⁴⁸ Cabe, aqui, ressaltar o conceito de princípio adotado por Celso Antônio Bandeira de Mello, para o qual princípios são disposições categoriais, explícitas ou implícitas, de um dado sistema e que conformam o sentido das diferentes normas dessa ordem jurídica. Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Criação de secretarias municipais: Inconstitucionalidades do art. 43 da Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo, *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura | RDAI*, v. 3, n. 11, p. 433–439, 2019, p. 2.

¹⁴⁹ BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 57–59.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 61–64.

É com esse raciocínio que Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵¹ fundamenta e justifica os princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos. A indisponibilidade é uma decorrência direta da relação de administração. Afinal, atuando a Administração para satisfazer os interesses de outrem, ela não pode ela dispor livremente deles. Além disso, tais interesses públicos referem-se aos interesses tidos pelos indivíduos enquanto membros da coletividade. Neste sentido, os deveres-poderes atribuídos à Administração visam, nesse caso, cuidar de interesses de toda a coletividade. Por isso, é necessário existir uma superioridade do interesse público sobre os diversos interesses individuais, no intuito de garantir a própria sobrevivência da coletividade.

Importa ressaltar que os dois princípios constituem a base do regime jurídico-administrativo, ou seja, das normas jurídicas referentes ao exercício da função administrativa¹⁵². A função administrativa é, para Celso Antônio Bandeira de Mello, uma espécie de função pública. Neste sentido, é uma “atividade exercida no cumprimento do *dever* de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica”¹⁵³. Ademais, a identificação das diferentes funções públicas deve seguir um critério formal, com base nos parâmetros fornecidos pelo próprio ordenamento jurídico. Assim, função administrativa é aquela exercida “na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos”. Além disso, a Constituição Federal caracteriza tal função como usualmente externada por meio de atos infralegais e, apenas excepcionalmente, infraconstitucionais. Por fim, o Poder Judiciário pode controlar a legalidade de todos os atos praticados no exercício da função administrativa.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵⁴ distingue a função administrativa da função política. Primeiramente, indica a existência de uma diferenciação do ponto de vista material. Neste sentido, a função administrativa está voltada para a gestão rotineira da Sociedade, nas linhas do estabelecido na legislação infraconstitucional; enquanto isso, a função política envolve atos de superior gestão do agir estatal por meio de decisões políticas. Ademais, também aponta uma distinção formal que, em seu entender, é a mais adequada. Assim, a função política não abarca “comportamentos infralegais ou infraconstitucionais expedidos na intimidade de uma relação hierárquica, suscetíveis de revisão quanto à legitimidade”.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 59–64.

¹⁵² *Ibid.*, p. 31–35.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 31.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 36–37.

Porém, no entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵⁵, mesmo os atos praticados no exercício de função política estão submetidos ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário. Por esse ângulo, os atos políticos são praticados no exercício de competência constitucional e com ampla margem de discricionariedade. No entanto, isso não afasta a possibilidade de serem controlados pelo judiciário. De fato, o referido autor compartilha das críticas realizadas à antiga noção de atos de governo, os quais estariam resguardados do controle judicial. Desse modo, argumenta que tal entendimento seria incompatível com o Estado de Direito.

Essa visão teórica é inteiramente condizente com as propostas analisadas no subtópico anterior quanto à fundamentação e a limitação jurídica do Poder Político. De fato, para Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵⁶, o Direito Administrativo tem seu nascedouro em momento concomitante com o do Estado de Direito. Isto porque o Estado de Direito significou a submissão do Poder Político às normas jurídicas. Afinal, os poderes atribuídos à Administração são meramente instrumentais e voltados à consecução das finalidades previstas no próprio ordenamento. Portanto, o que existem são deveres-poderes, os quais qualificam determinadas atividades como atinentes ao exercício de uma função: a função administrativa.

No entanto, essa perspectiva não nega a existência de um movimento de retroalimentação entre o sistema jurídico e o sistema político. Ademais, essa relação simbiótica está imbuída na própria noção de regime jurídico-administrativo. Como demonstrado anteriormente, Celso Antônio Bandeira de Mello rejeita os fundamentos jusnaturalistas utilizados por Rui Cirne Lima. Ao fazê-lo, o referido autor afirma que os interesses públicos são aqueles qualificados pelo próprio ordenamento jurídico. Ora, a definição de tais interesses é uma tarefa própria do Estado¹⁵⁷, ou seja, daquilo que denominamos sistema político. Portanto, reconhecer a existência de um regime jurídico-administrativo não afasta, mas, sim, exige, a concomitante existência de um sistema político apto a definir os interesses públicos a serem concretizados pela atuação administrativa.

Os movimentos de retroalimentação entre o sistema jurídico e o sistema político ocorrem, na perspectiva do Direito, conforme estabelecido nas normas jurídicas. Ou seja, pelo

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 42–45.

¹⁵⁷ “Vale dizer: não é de interesse público a norma, medida ou providência que tal ou qual pessoa ou grupo de pessoas estimem que deva sê-lo – por mais bem-fundadas que estas opiniões o sejam do ponto de vista político ou sociológico -, mas aquele interesse que como tal haja sido qualificado em dado sistema normativo. Com efeito, dita qualificação quem faz é a Constituição e, a partir dela, o Estado, primeiramente através dos órgãos legislativos, e depois por via dos órgãos administrativos, nos casos e limites da discricionariedade que a lei lhes haja conferido.”, In: *Ibid.*, p. 58.

ponto de vista interno ao Direito, são as normas jurídicas que determinam o que integra ou não o sistema jurídico. Portanto, apenas analisando as disposições de cada ordenamento jurídico conseguimos identificar quais elementos caracterizam as decisões qualificadas juridicamente como políticas.

1.3 A Política pela perspectiva do Direito Positivo

A Constituição Federal de 1988 é rica em disposições dotadas de referências ao termo política. De fato, com as modificações implementadas até a Emenda Constitucional nº 132, de 2023, o texto constitucional contém 85 referências à palavra política¹⁵⁸. Mas isso não significa uniformidade, pois o constituinte utilizou o termo com diferentes sentidos ao longo da Constituição.

1.3.1 A política como qualificação

Em parte das vezes, o termo política qualifica e especifica algo. É assim, por exemplo, no art. 1º, V, no qual indica o tipo de pluralismo que fundamenta a República Federativa do Brasil¹⁵⁹, ou seja, o pluralismo no âmbito político. Também no art. 4º, parágrafo único, a palavra “política” determina que a República Brasileira busque uma forma específica de integração dos povos da América Latina¹⁶⁰¹⁶¹. No inciso X do mesmo art. 4º, o termo qualifica o princípio da concessão de asilo que rege as relações internacionais brasileiras. Igualmente o art. 5º, no qual

¹⁵⁸ Considero, aqui, as variações de gênero e número do termo.

¹⁵⁹ Constituição Federal. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) V - o pluralismo político.

¹⁶⁰ *Ibid.* Art. 4º. (...). Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

¹⁶¹ Uso semelhante ocorre no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (“ADCT”): Art. 63, Parágrafo único. No desenvolvimento de suas atribuições, a Comissão promoverá estudos, debates e avaliações sobre a evolução política, social, econômica e cultural do País, podendo articular-se com os governos estaduais e municipais e com instituições públicas e privadas que desejem participar dos eventos. *Ibid.*

“política” específica o campo de proteção da liberdade¹⁶² de convicção¹⁶³ e do direito à não extradição¹⁶⁴.¹⁶⁵

Perceba a dificuldade para delimitar o campo de incidência dos referidos dispositivos constitucionais, tendo em vista que a Constituição Federal não estabelece critérios claros para guiar o intérprete. Afinal, como diferencio a integração política da social e econômica? Ou, quais parâmetros emprego para identificar uma convicção política apta a fundamentar uma alegação de imperativo de consciência? Em tais casos, cabe ao legislador infraconstitucional delimitar o significado das normas constitucionais.

Foi o que fez, por exemplo, ao tratar dos crimes políticos. A Constituição Federal atribui aos juízes federais competência para processar e julgar os crimes políticos¹⁶⁶, cabendo ao Supremo Tribunal Federal (“STF”) julgar eventuais recursos ordinários¹⁶⁷. Diante disso, o Poder Legislativo inseriu no Código Penal dispositivos normativos que definem quais são os crimes políticos¹⁶⁸. Aqui, portanto, o legislador infraconstitucional delimitou o campo de incidência da previsão constitucional e, ao fazê-lo, especificou o significado do predicado “político”. Com isso, o Parlamento definiu como crimes políticos aqueles contrários à soberania estatal, às instituições democráticas ou que visem abolir o Estado Democrático de Direito.

Em outros casos, a Constituição Federal distingue com mais clareza o sentido da qualificação “política”. Veja os direitos políticos e os direitos sociais. Ambos integram o título II da Constituição Federal, mas em capítulos diferentes. Os direitos sociais estão no capítulo II, que estabelece quais são os direitos sociais¹⁶⁹, os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais¹⁷⁰, a liberdade de associação profissional ou sindical¹⁷¹ e o direito de greve¹⁷². Assegura, ainda, a

¹⁶² De maneira semelhante o art. 220, § 2º, que veda “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.” *Ibid.*

¹⁶³ O art. 143, § 1º, reitera o campo de proteção da liberdade de convicção. *Ibid.* Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei. § 1º Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.

¹⁶⁴ *Ibid.* Art. 5º (...) VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; (...). LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;

¹⁶⁵ É também o caso dos já citados dispositivos do ADCT que tratam da concessão de anistia e do reconhecimento de direitos daqueles prejudicados por atos de exceção.

¹⁶⁶ Constituição Federal, art. 109, IV.

¹⁶⁷ *Ibid.*, art. 102, II, b.

¹⁶⁸ Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) Título XII - Dos crimes contra o Estado Democrático de Direito.

¹⁶⁹ Constituição Federal, art. 6º.

¹⁷⁰ *Ibid.*, art. 7º.

¹⁷¹ *Ibid.*, art. 8º.

¹⁷² *Ibid.*, art. 9º.

participação dos trabalhadores e empregados nos colegiados dos órgãos públicos que discutam e deliberem sobre seus interesses profissionais ou previdenciários¹⁷³, bem como a eleição de um representante nas empresas de mais de duzentos empregados¹⁷⁴.

Os direitos políticos, por sua vez, integram o capítulo IV do mesmo título II da Constituição Federal, e estabelecem as formas de exercício da soberania popular, seja direta ou indiretamente¹⁷⁵. Sendo assim, tais direitos políticos determinam como a fonte do poder, ou seja, o povo, pode exercê-lo¹⁷⁶. Neste sentido, o art. 14 prevê tanto as formas de exercício por voto direto, quanto as condições para alistamento eleitoral, voto e elegibilidade. Dispõe, ainda, sobre a impugnação dos mandatos eletivos. Posteriormente, o art. 15 veda a cassação, e estabelece os casos de perda ou suspensão, de direitos políticos. Por fim, o art. 16, que também integra o capítulo sobre direitos políticos, impõe prazo mínimo para entrada em vigor de leis que alterem o processo eleitoral.

Notável como a Constituição Federal discerniu os campos de proteção dos direitos sociais e dos direitos políticos. Estes propiciam a participação dos cidadãos nos processos decisórios estatais e, como bem apontado por Ingo Sarlet¹⁷⁷, fundamentam a legitimidade da ordem democrática. Enquanto isso, os direitos sociais garantem as condições materiais necessárias para o pleno exercício dos direitos de liberdade individual e política. Neste sentido, as normas do título VIII (“Da Ordem Social”) da Constituição Federal, dispõem sobre seguridade social, saúde, educação, cultura e ciência, apenas para citar alguns dos temas e ignorando, propositalmente, os dispositivos localizados em outras partes do texto constitucional.

Partindo da separação entre direitos políticos e direitos sociais¹⁷⁸, compreendemos o sentido da expressão “partido político”. “Partido” é facilmente entendido como uma qualificação daquilo que se dividiu, partiu, quebrou. No entanto, “partido” também pode

¹⁷³ *Ibid.*, art. 10º.

¹⁷⁴ *Ibid.*, art. 11.

¹⁷⁵ *Ibid.*, art. 14.

¹⁷⁶ *Ibid.*, art. 1º, parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

¹⁷⁷ “(...) a positivação e a garantia do efetivo exercício de direitos políticos (no sentido de direitos de participação e conformação do *status* político) podem ser considerados o fundamento funcional da ordem democrática e, nesse sentido, parâmetro de sua legitimidade. A liberdade de participação política do cidadão, como possibilidade de intervenção no processo decisório e, em decorrência, do exercício de efetivas atribuições inerentes à soberania (direito de voto, igual acesso aos cargos públicos etc.) constitui, a toda evidência, complemento indispensável das demais liberdades”, in: SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 62.

¹⁷⁸ Saliente-se que, ao fixar a competência da Polícia Federal, o constituinte originário lhe delegou o dever-poder de “apurar infrações contra a ordem política e social”, reforçando a apontada distinção entre ambas. Constituição Federal, art. 144, § 1º, I.

significar um grupo de pessoas unidas pelo mesmo propósito. Só que não basta isso. Partido implica uma situação adversarial em face de outras uniões, sendo que tal conflito decorre da oposição dos interesses defendidos por cada união. Não há, inicialmente, limitação dos interesses envolvidos, de modo que poderiam envolver, por exemplo, questões empresariais (no caso de diferentes grupos interessados na eleição da diretoria de uma Companhia), religiosas (tal como na escolha de um novo papa) ou sociais (decidir quais melhorias serão feitas com o dinheiro pago pelos condôminos de um prédio). Em todos esses casos as pessoas se unem para defender seus interesses contra os interesses defendidos por outra(s) união(ões).

Mas a Constituição Federal emprega o signo “partido” com sentido restrito ao qualificá-lo, em todas as 28 vezes¹⁷⁹, como “político”. Parece-me, então, que “partido político” implica reduzir o campo em que estão localizados os interesses opostos que impulsionam as pessoas a unirem-se para defendê-los. E qual campo é esse? Ora, é o campo dos direitos políticos! Repare como os direitos políticos definem os limites do *campo político* ao disciplinarem o exercício do poder detido pelo povo. Quando exerce diretamente o poder, o povo não precisa de intermediários. Só que, usualmente, ele exerce o seu poder de maneira indireta, por meio de seus representantes. No Brasil, escolhemos esses representantes dentre os candidatos filiados a partidos políticos¹⁸⁰, os quais são livres para fixar os seus objetivos políticos¹⁸¹, ou seja, os interesses defendidos por essa união de pessoas. Os partidos políticos, destarte, atrelam a soberania popular ao sistema representativo¹⁸².

¹⁷⁹ Nas poucas vezes em que o adjetivo “político” não consta expressamente após o substantivo “partido”, percebemos facilmente que está implícito no dispositivo. Assim, por exemplo, no art. 17, § 5º, no qual, apesar de não constar expressamente, é de clareza solar que o dispositivo trata de “partidos políticos”. Constituição Federal. Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: (...). § 5º Ao eleito por partido que não preencher os requisitos previstos no § 3º deste artigo é assegurado o mandato e facultada a filiação, sem perda do mandato, a outro partido que os tenha atingido, não sendo essa filiação considerada para fins de distribuição dos recursos do fundo partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e de televisão

¹⁸⁰ É considerando isso que a Constituição Federal obriga os partidos políticos a promoverem e difundirem a participação política das mulheres. *Ibid.*, art. 17, § 7º.

¹⁸¹ Lei Federal nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, art. 14. Observadas as disposições constitucionais e as desta Lei, o partido é livre para fixar, em seu programa, seus objetivos políticos e para estabelecer, em seu estatuto, a sua estrutura interna, organização e funcionamento.

¹⁸² ““Partidos políticos” constituem modos de realização da democracia representativa, pelo quê o texto deve ser entendido no contexto do princípio democrático em correlação com o parágrafo único do art. 1º, fonte primordial da democracia representativa, e com o art. 14, que define as instituições dessa forma de democracia: sufrágio e voto, que pressupõem eleições, que se efetivam mediante ações partidárias. Correlacionam-se igualmente com o pluralismo político, porque, exatamente, é pelos partidos que as diversas correntes de opinião defendem sua participação no processo político, assim como com os artigos da organização do Poder Legislativo e do Poder Executivo, que é exercida por candidatos eleitos através de partidos políticos”, in: SILVA, José Afonso da, **Comentário contextual à Constituição**, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 239.

Posteriormente eleitos e empossados, os então candidatos se tornam agentes políticos¹⁸³. Esta categoria engloba os detentores de mandato eletivo e os “auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas”¹⁸⁴. Portanto engloba, dentre outros, os responsáveis por exercerem o Poder Executivo¹⁸⁵ e que, não coincidentemente, também exercem a direção superior da administração federal¹⁸⁶.

Reflete-se, nessa particularização dos agentes políticos, a organização constitucional do Estado. A Constituição Federal institui a organização político-administrativa do Estado brasileiro, sendo este composto pela “União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”¹⁸⁷. Esta autonomia é tríplice: política, pois promulgam suas próprias constituições e leis orgânicas, bem como elegem os seus representantes; administrativa, já que não há hierarquia entre os órgãos administrativos dos diferentes entes; e financeira, uma vez que possuem receitas próprias. No entanto, a citada autonomia não é absoluta, pois decorre da estrutura normativa¹⁸⁸ fixada constitucionalmente. Ou seja, os entes da Federação são autônomos para exercerem as competências, tanto normativas quanto administrativas, que a Constituição Federal lhes atribui.

Se a organização político-administrativa do Estado brasileiro é composta pelos entes federados¹⁸⁹, estes, por sua vez, são compostos pelas respectivas administrações públicas de cada um dos seus Poderes¹⁹⁰. Porém, essa estrutura administrativa não foi arranjada no nível constitucional. De fato, quem buscar no texto constitucional referências a órgãos ou entes da Administração Pública, pouco encontrará. Cabe a cada ente federado escolher como se estruturará. Logo, aos agentes políticos, enquanto titulares dos cargos superiores em cada Poder,

¹⁸³ Constituição Federal, art. 37, XI.

¹⁸⁴ BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 202.

¹⁸⁵ Constituição Federal, art. 76. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.

¹⁸⁶ *Ibid.*, art. 84, II.

¹⁸⁷ *Ibid.*, art. 18.

¹⁸⁸ Ressalto que nos Estados, tais quais o brasileiro, em que prevalece o federalismo cooperativo, os entes da federação compartilham competências, sendo o compartilhamento de competência legislativa o traço que, para alguns, qualificam uma estrutura cooperativa. “Ao analisar os limites da estrutura cooperativa, verificou-se que esta requer ao menos a presença do elemento correspondente ao compartilhamento de competências legislativas. Os demais elementos distintivos acabariam por apenas reforçar o caráter cooperativo quando aquele se faz presente.”, in: CHAMBÔ, Pedro L., **Federalismo cooperativo: uma análise bidimensional**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 130.

¹⁸⁹ Constituição Federal. Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

¹⁹⁰ *Ibid.* Art. 37.

cabe definir a estrutura administrativa que os auxiliará enquanto exercem as suas competências constitucionais e legais.

Diante dessas disposições constitucionais, proponho que a qualificação de algo como político, no âmbito da Constituição Federal, deve ser entendida como expressão de uma forma de poder – o poder político. Este consiste na capacidade de definir as finalidades que se consideram de interesse público, bem como os meios jurídicos (deveres-poderes) adequados para a sua realização.

1.3.2 A política como denominação

No subtópico anterior, discutimos como a “política”, sob a ótica da Constituição Federal, pode ser vista como uma qualificação que expressa uma forma de poder: o poder político. Esse poder é caracterizado pela habilidade de estabelecer objetivos de interesse público e os meios jurídicos necessários para alcançá-los. No entanto, a Constituição também emprega o termo “política” de uma maneira mais tangível, como um objeto ao qual se atribuem características e funções específicas.

Por exemplo, ao conferir à União a competência para legislar sobre “política de crédito, câmbio, seguros e transferências de valores”¹⁹¹. Similarmente, ao determinar a competência comum dos entes federativos para “estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito”¹⁹². Além disso, a Constituição Federal impõe aos órgãos e entidades da Administração Pública o dever de avaliar “políticas públicas”, o que inclui a divulgação do objeto avaliado e dos resultados obtidos¹⁹³, resultados esses que devem ser considerados nas leis orçamentárias¹⁹⁴. Dessa forma, enquanto em um contexto “política” é utilizada para descrever um poder que delimita e qualifica, em outro, ela é apresentada como um ente definido, com atributos e finalidades próprias.

O cerne da questão é desvendar os atributos e propósitos que são intrínsecos às entidades referidas como “políticas”. O desafio decorre da multiplicidade de predicados que a Constituição associa à “política”, o que acaba por ofuscar as características distintivas. Tais características devem ser identificáveis em todas as ocorrências do termo “política”. Portanto,

¹⁹¹ *Ibid.* Art. 22, VII.

¹⁹² *Ibid.* Art. 23, XII.

¹⁹³ *Ibid.* Art. 37, § 16.

¹⁹⁴ *Ibid.* Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I - o plano plurianual; II - as diretrizes orçamentárias; III - os orçamentos anuais. (...). § 16. As leis de que trata este artigo devem observar, no que couber, os resultados do monitoramento e da avaliação das políticas públicas previstos no § 16 do art. 37 desta Constituição.

espera-se a existência de um núcleo comum de elementos, ao menos em um plano conceitual, entre termos como “política fiscal” e “política tarifária”¹⁹⁵.¹⁹⁶

Uma pista inicial emerge ao analisarmos os dispositivos constitucionais relativos às políticas públicas, particularmente no que tange às menções dos resultados alcançados. A possibilidade de não apenas discernir os resultados, mas também de avaliá-los, sugere que as políticas públicas são formuladas com metas definidas. Sem tais objetivos, seria viável reconhecer os resultados de uma política pública específica, porém, careceríamos de critérios para julgar sua adequação ou sucesso.

Parece-nos que isso é verdade no caso da política fiscal, pois a Constituição Federal fala que a Lei de Diretrizes Orçamentárias (“LDO”) estabelecerá as diretrizes e metas de política fiscal¹⁹⁷. Essa obrigação foi detalhada pela Lei de Responsabilidade Fiscal, segundo a qual o projeto de LDO conterá um “Anexo de Metas Fiscais, em que serão estabelecidas metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes”¹⁹⁸. Referido anexo também incluirá “avaliação do cumprimento das metas relativas ao ano anterior”¹⁹⁹. Afinal, sendo os entes políticos responsáveis por conduzirem as “suas políticas fiscais de forma a manter a dívida pública em níveis sustentáveis”²⁰⁰, cabe-lhes avaliar os resultados gerados por elas.

Poderia surgir a observação de que os dispositivos mencionados aludem a metas e não a objetivos, e, com base nisso, questionar-se-ia a existência de uma distinção entre as duas figuras. A resposta seria afirmativa. Ambas delineiam um estado de coisas a ser alcançado por meio da atuação estatal; no entanto, os objetivos definem os aspectos qualitativos²⁰¹, enquanto

¹⁹⁵ *Ibid.* Art. 164-A e 175, III.

¹⁹⁶ Não abordarei os dispositivos constitucionais, inseridos pela Emenda Constitucional nº 19/1998, e que tratam de “política de administração e remuneração de pessoal” (art. 39, *caput*) e de “política remuneratória” de membro do Ministério Público” (art. 127, § 2º), tendo em vista (i) a decisão cautelar proferida pelo STF no âmbito da ADI nº 2135, que suspendeu a modificação implementada no *caput* do art. 39 e (ii) a não modificação da Lei Complementar nº 75/1993 após a edição da Emenda Constitucional nº 19/1998, de modo que a referida Lei, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, não emprega o termo “política remuneratória”.

¹⁹⁷ Constituição Federal. Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: (...). § 2º A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, estabelecerá as diretrizes de política fiscal e respectivas metas, em consonância com trajetória sustentável da dívida pública, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

¹⁹⁸ Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 - Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Art. 4º, § 1º.

¹⁹⁹ *Ibid.* Art. 4º, § 2º, I.

²⁰⁰ Constituição Federal. Art. 164-A.

²⁰¹ Saltam aos olhos os múltiplos dispositivos nos quais a Constituição Federal embutiu a diferenciação ao utilizar o termo “objetivo”: Art. 164, § 2º O banco central poderá comprar e vender títulos de emissão do Tesouro Nacional, com o objetivo de regular a oferta de moeda ou a taxa de juros. Art. 182. A política de desenvolvimento urbano,

as metas fixam os parâmetros quantitativos²⁰². Há, idealmente, uma interconexão entre elas, pois as metas fornecem indicadores concretos e funcionam como etapas mensuráveis para a efetivação dos objetivos propostos.

O Anexo de Metas Fiscais da mais recente LDO, elaborado com base nas disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal, exemplifica a conceituação proposta. Define, como objetivo central da política fiscal, “proporcionar à população o acesso aos serviços públicos garantidos como direitos constitucionais, a manutenção, retomada e inauguração de políticas públicas com foco na melhoria do bem-estar social, (...), concomitantemente ao controle da (...) dívida pública em relação ao PIB”²⁰³. Também elenca o “objetivo explícito de conter o déficit público”²⁰⁴ e, em relação aos “Contratos Administrativos e Políticas Públicas”, cita “a implementação de ações voltadas à avaliação e ao aprimoramento da política de gestão de custos e de programas no âmbito do poder Executivo federal, com o objetivo de aumentar a capacidade de investimentos da União”²⁰⁵. Sobre o novo arcabouço fiscal, diz que “deve ter o objetivo de fortalecer a credibilidade e o protagonismo da política fiscal, garantir trajetória sustentável da dívida pública e conceder mais flexibilidade e espaço fiscal aos investimentos públicos e programas que reduzam as desigualdades sociais”²⁰⁶.

executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, *tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes*. Art. 193. *A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais*. Art. 214. *A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a:* Art. 216-A. *O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais*

²⁰² Apesar das poucas referências, no texto constitucional, à palavra “meta”, identificamos ocasiões em que parece-nos tratar-se de algo quantitativamente mensurável: Art. 37, § 8º. 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; Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I - *avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual*, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União. Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum. (...) § 18. Se for verificado que a reestimativa da receita e da despesa poderá resultar no *não cumprimento da meta de resultado fiscal estabelecida na lei de diretrizes orçamentárias*, os montantes previstos nos §§ 11 e 12 deste artigo poderão ser reduzidos em até a mesma proporção da limitação incidente sobre o conjunto das demais despesas discricionárias Art. 214, VI - *estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto*.

²⁰³ Lei Federal nº 14.791, de 29 de dezembro de 2023, p. 15.

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 19.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 21.

Essa linguagem abstrata, qualitativa, desaparece ao abordar as metas. Assim o é, por exemplo, ao apontar, em relação à meta de resultado primário, que “o art. 2º do PLDO-2024 estabelece uma meta déficit primário de R\$ 0 (zero real) para 2024”²⁰⁷. Ainda tratando do tema, ressalta que a legislação admite, “como limite superior, superávit primário de R\$ 28.756.172.359,00, e, como limite inferior, déficit primário no mesmo montante, equivalentes a 0,25% do PIB projetado para 2024”²⁰⁸. Isso torna possível avaliar periodicamente os resultados da política fiscal, pois as metas fornecem parâmetros quantitativos, mensuráveis, pelos quais julgar os resultados.

As políticas de diferentes setores empregam a definição proposta para objetivos e metas. Vejamos o caso da política agrícola²⁰⁹. Estabelecida pela Lei Federal nº 8.171/1991, a política agrícola tem como objetivos, dentre outros, eliminar as distorções que afetam o desempenho da agricultura, proteger o meio ambiente, prestar apoio institucional ao produtor rural e melhorar a renda e a qualidade de vida no meio rural²¹⁰.

Mas a simplicidade dessa conceituação esconde o fato de que os legisladores não a adotaram em todas as normas. No caso da política urbana, por exemplo, a Constituição Federal institui os objetivos de (i) ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e (ii) garantir o bem-estar de seus habitantes²¹¹. No entanto, o legislador infraconstitucional denomina como “diretrizes” uma série de estados de coisas que, na conceituação anterior, se enquadrariam como objetivos. Neste sentido, estabelece como diretrizes gerais, dentre outros, a garantia do direito a cidades sustentáveis, a oferta de equipamentos urbanos e comunitários, e a justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização²¹².

Independentemente da terminologia adotada nas normas de cada política específica, o ponto crucial é reconhecer que todas elas estipulam um “estado de coisas” a ser concretizado. Esse “estado de coisas” pode ser articulado de maneiras distintas, refletindo as opções legislativas. Portanto, enquanto algumas políticas podem recorrer a uma linguagem mais abstrata, outras podem se valer de termos mais tangíveis; contudo, em todas, persiste um “estado de coisas” definido que a Administração Pública deve efetivar.

Além disso, as políticas abrangem também os instrumentos que a Administração Pública poderá usar, ou seja, os meios que poderá valer-se para efetivar determinado estado de coisas.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 25.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 26.

²⁰⁹ Constituição Federal. Art. 187.

²¹⁰ Lei Federal nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991. Art. 3º.

²¹¹ Constituição Federal, art. 182.

²¹² Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2011, art. 2º.

O plano diretor, por exemplo, “é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana”²¹³. A legislação define outros instrumentos utilizáveis na concretização dos objetivos da política urbana, tais como os planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social, bem como imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (“IPTU”), incentivos e benefícios fiscais e financeiros etc.²¹⁴.

Assim também na política agrícola, para a qual a Constituição Federal impõe a consideração, dentre outros, dos instrumentos creditícios e fiscais, bem como ao seguro agrícola e a assistência técnica e extensão rural²¹⁵. No âmbito infraconstitucional, a legislação inclui a pesquisa agrícola tecnológica, a mecanização agrícola, os créditos rural e fundiário, apenas para citar alguns²¹⁶.

Portanto, as políticas compreendem dois aspectos fundamentais: a definição de um estado de coisas específico que se pretende realizar e os instrumentos que a Administração Pública pode empregar para efetivar tal estado de coisas. Em suma, elas delimitam tanto os *fins* a serem materializados quanto os *meios* disponíveis para sua efetivação.

1.4 Síntese conclusiva

Assumimos a premissa de que, na Constituição Federal, a “política” tem ao menos dois significados. O primeiro deles indica *a Política como uma forma de poder - o poder político - que possibilita definir as finalidades tidas como de interesse público, bem como os meios jurídicos (deveres-poderes) instrumentais para a sua consecução*. Neste caso, *o Estado de Direito exige fundamentar e limitar juridicamente a Política*, de tal forma que *a legitimidade e a legalidade do exercício do poder político decorrem, para o Direito, da observância das normas jurídicas*. O segundo significado é *a política enquanto veículo de expressão de estados de coisas definidos pelo poder político como de interesse público, bem como dos instrumentos utilizáveis pela Administração Pública para concretizar tais estados de coisas*. Neste sentido, *a política indica os fins da atividade administrativa e os meios para consecução dessas atividades*.

Porém, adotar essas premissas requer enfrentar possíveis críticas referentes (i) à inutilidade de uma definição teórica de Política (aspecto do sentido do conceito) e (ii) a não

²¹³ Constituição Federal, art. 182, § 1º.

²¹⁴ Lei Federal nº 10.257/2001, art. 4.

²¹⁵ Constituição Federal, art. 187.

²¹⁶ Lei Federal nº 8.171/1991, art. 4.

qualificação do meio mais adequado, em cada caso, como um exercício de poder político (aspecto do alcance do conceito).

A primeira crítica fundamenta-se na dificuldade de estabelecer, com base em discussões teóricas, um conceito útil para análises de situações reais. É o argumento de autores pragmáticos sobre diversos conceitos jurídicos e ao próprio positivismo jurídico. Felix Cohen, ainda em 1944, denominava a teoria do direito, enquanto um “sistema autônomo de conceitos, regras e argumentos legais”, de um “um ramo especial da bobagem científica transcendental”²¹⁷. Isto porque tais conceitos não teriam qualquer relação com a realidade e serviriam apenas como ferramenta retórica. É assim que autores como Richard Posner propõem utilizar os conceitos jurídicos apenas para utilizar ou intensificar os debates com base em argumentos pragmáticos²¹⁸. Sendo assim, essa crítica envolve duas questões distintas: uma sobre os conceitos jurídicos em geral e, outra, específica sobre o conceito de Política proposto no presente trabalho.

Quanto à primeira questão, concordamos parcialmente com ela, mas sem que isso implique abandonar a tarefa conceitual. Nunca é demais lembrar o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello de que os conceitos jurídicos são úteis na medida em que “estratificam um ponto de referibilidade de *normas*, de *efeitos de direito*”²¹⁹. Um conceito é útil, na perspectiva jurídica, quando serve de farol a guiar a navegação no mar de normas que compõem o ordenamento jurídico. Ademais, servindo ao propósito de definir o regime jurídico incidente sobre determinado fato ou ato jurídico, tais conceitos não são meros catalizadores de debates. Eles atuam, sim, como razões de decidir os casos postos à análise, uma vez que sintetizam o conjunto de normas jurídicas aplicáveis ao problema.

A segunda questão demanda demonstrarmos a utilidade do conceito de Política proposto no presente trabalho. Isto será feito ao longo do trabalho ao tratarmos dos elementos políticos das denominadas normas técnicas e ao analisarmos as Análises de Impacto Regulatório (“AIR”) no ordenamento jurídico nacional. Aqui, porém, demonstramos como o conceito proposto

²¹⁷ Tradução livre do seguinte trecho: “Legal concepts (for example, corporations or property rights) are supernatural entities which do not have a verifiable existence except to the eyes of faith. Rules of law, which refer to these legal concepts, are not descriptions of empirical social facts (such as the customs of men or the customs of judges) nor yet statements of moral ideals, but are rather theorems in an independent system. It follows that a legal argument can never be refuted by a moral principle nor yet by any empirical fact. Jurisprudence, then, as an autonomous system of legal concepts, rules, and arguments, must be independent both of ethics and of such positive sciences as economics or psychology. In effect, it is a special branch of the science of transcendental nonsense”, In: COHEN, Felix S., *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, **ETC: A Review of General Semantics**, v. 2, n. 2, p. 82–115, 1944, p. 92.

²¹⁸ POSNER, Richard A., **Law, pragmatism, and democracy**, Cambridge/Massachussetts/London: Harvard University Press, 2003, p. 66–67.

²¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 298.

anteriormente reflete o sentido de vários dispositivos constitucionais. Ademais, adotar essa premissa não implica ignorar as diversas acepções do termo “política”. Vimos que a própria Constituição Federal emprega a palavra com sentidos diversos, e uma proposta conceitual não poderia ir contra o texto constitucional. Para um jurista, tal atitude equivaleria a estudar a teoria enquanto ignora a realidade que é objeto de pesquisa - um verdadeiro Dom Ferrante. Por isso, reconhecemos que “política” também pode ser empregada com significados distintos daqueles estabelecidos em nossa premissa. Porém, disso não concluimos pela inutilidade da tarefa conceitual, pois entendemos que uma interpretação das normas constitucionais indica que a referida premissa tem assento na Constituição Federal.

2 AS DECISÕES POLÍTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO NORMATIVA

Nem todas as pessoas são vocacionadas a exercer o poder político. Definir os objetivos da comunidade política e os instrumentos utilizáveis pela Administração Pública é um grande poder que vem acompanhado por grandes responsabilidades. Exercer esse poder não é o principal atrativo para aqueles que se tornam servidores públicos. A estabilidade e a remuneração costumam ser apontadas como as razões que motivaram a busca pelo serviço público²²⁰, sendo que a remuneração influencia fortemente a probabilidade de evasão do cargo²²¹. No entanto, a atuação de inúmeros servidores públicos está, direta ou indiretamente, relacionada à formulação e implementação de políticas públicas²²². É o caso dos integrantes das agências reguladoras. De fato, as agências reguladoras federais atuam de forma vinculada às políticas setoriais, de modo que as suas competências normativas servem para concretizar os objetivos definidos pelos Poderes Legislativo e Executivo. A legislação e a literatura jurídica são claras sobre isso. O que permanece obscuro é o papel dessas agências na definição de objetivos próprios. Ou seja, elas não agem apenas para tornar realidade o “estado de coisas” desejado pelos poderes políticos. Por meio da sua competência normativa, as agências reguladoras estabelecem prioridades divergentes àquelas elencadas pelos poderes políticos e, até mesmo, definem novos objetivos.

2.1 O paradigma atual da função normativa das agências reguladoras federais

A atribuição de poderes normativos é uma característica usual na estruturação das agências reguladoras. Autores como Robert Baldwin e Julia Black, que adotam uma visão ampla da atividade regulatória, consideram a elaboração de normas uma das principais tarefas

²²⁰ ALBRECHT, Pricila Anny Tomachski; KRAWULSKI, Edite, Concurseiros e a busca por um emprego estável: reflexões sobre os motivos de ingresso no serviço público, **Cadernos de Psicologia Social do Trabalho**, v. 14, n. 2, p. 211–226, 2011, p. 221.

²²¹ KLEIN, Fábio Alvim; MASCARENHAS, André Ofenhejm, Motivação, satisfação profissional e evasão no serviço público: o caso da carreira de especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental, **Revista de Administração Pública**, v. 50, p. 17–39, 2016.

²²² “Quando eu estou fazendo um concurso público destes para agente administrativo, para contador ou para economista, não vai se ter problema. Mas quando é um concurso público para a área finalística – que é a área que eu tenho que te especialistas em vigilância epidemiológica, em assistência farmacêutica, saúde do homem, saúde da mulher, saúde do adolescente, ou seja, todos os programas finalísticos do Ministério – é necessário pessoal que tenha experiência. Afinal, é gente que vem aqui para ajudar a formular política pública, entendeu?”, in: FONTAINHA, Fernando de Castro *et al*, **Processos seletivos para a contratação de servidores públicos: Brasil, o país dos concursos?**, Rio de Janeiro: Direito Rio, 2014, p. 85.

executadas pelas agências reguladoras²²³. De maneira semelhante, Egon Bockmann²²⁴ argumenta que a competência normativa é uma das principais características de tais entes. No Brasil, as leis setoriais atribuem, às onze agências reguladoras federais, competência para editar normas tratando de temas próprios ao setor regulado²²⁵. Importa, portanto, avaliar criticamente os fundamentos e as justificativas dessa competência normativa. Sendo assim, o presente trabalho preocupa-se em identificar e avaliar as justificativas utilizadas pela literatura jurídica nacional para atribuir competência normativa às agências reguladoras brasileiras. Para isso, focaremos na regulação estatal no domínio econômico, tendo em vista que as propostas teóricas concordam que a extensão da regulação administrativa abrange as atividades econômicas desenvolvidas por entes privados.

2.1.1 A especialização técnica como justificativa da competência normativa

O suposto caráter técnico das agências reguladoras é uma das justificativas para a sua competência normativa. A delegação de decisões às agências reguladoras seria uma maneira de afastar julgamentos políticos em questões tecnicamente complexas, as quais exigiriam uma atuação apolítica. As escolhas administrativas seguiriam parâmetros objetivos, definidos pela ciência. Desse modo, os atos normativos emanados pelas agências reguladoras estariam vinculados à sua maior expertise sobre determinado tema, o que ensejaria o alcance de uma maior eficiência no agir da Administração Pública.

Definir os objetivos a serem alcançados por meio da atividade regulatória é uma tarefa usualmente afastada, pela literatura nacional, da competência das agências reguladoras. Para André Saddy²²⁶, por exemplo, a definição dos objetivos é um exercício da função política regulatória. Essa função é exercida pelos órgãos superiores do Estado (e.g., Parlamento, Conselho de Ministros), a quem cabe definir os objetivos a serem realizados em cada época. Nesse sentido, eles devem ser estabelecidos nos espaços de formulação das políticas públicas. Por isso, Marques Neto conclui não caber às agências reguladoras definirem objetivos e metas,

²²³ BALDWIN, Robert; BLACK, Julia, Really Responsive Regulation, *The Modern Law Review*, v. 71, n. 1, p. 59–94, 2008, p. 31.

²²⁴ MOREIRA, Egon Bockmann, Qual é o futuro do Direito da Regulação no Brasil?, *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, p. 107–139, 2014, p. 130.

²²⁵ GUERRA, *Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede*, p. 252–284.

²²⁶ SADDY, André, Elementos e características essenciais da concepção de regulação estatal, *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, n. 11, p. 1–33, 2016, p. 12.

e, sim, viabilizar o seu atingimento por meio da absorção desses objetivos no sistema regulado, de modo a causar o menor desequilíbrio possível²²⁷.

Desse modo, o modelo institucional de agências reguladoras permitiria a atuação de entidades tecnicamente capacitadas, as quais garantiriam o equilíbrio do setor regulado. Esse argumento é apresentado, por exemplo, por Sérgio Guerra²²⁸. Segundo ele, o Parlamento promulga normas veiculadoras de políticas públicas e que contêm os objetivos setoriais a serem alcançados. Além disso, a lei dispõe sobre os meios de atuação estatal hábeis para concretizar os referidos objetivos. O modelo institucional possibilita a atuação de entes estatais descentralizados e dotados de maior capacidade técnica. Desse modo, o referido autor conclui que as agências reguladoras dão maior concretude às normas elaboradas pelo Congresso Nacional, porém, o fazem de modo a manter o equilíbrio do setor regulado. Essa manutenção do equilíbrio sistêmico é resultado da capacidade técnica das agências reguladoras, o que reforça a sua importância.

Tércio Ferraz²²⁹ explica como a origem das agências reguladoras está diretamente conectada à sua capacidade técnica. O desenvolvimento social implicou o aumento da complexidade da atividade administrativa relacionada à regulação das relações econômicas. Nos EUA, isso levou à criação de agências tecnicamente especializadas e dotadas de discricionariedade técnica, partindo-se da premissa de que proferiria atos politicamente neutros. Porém, ainda segundo Tércio Ferraz, o aumento dos atos normativos das agências, nos anos posteriores à década de 60, gerou muitas críticas à atuação dessas agências. Ademais, como será demonstrado nos parágrafos e subtópicos seguintes, uma parcela significativa da literatura jurídica nacional importou uma visão idealizada das agências reguladoras, a qual crê no caráter puramente técnico de seus atos.

O caráter puramente, ou essencialmente, técnico das agências reguladoras é ressaltado como elemento essencial para a própria existência de uma regulação econômica. Para autores como Marçal Justen Filho²³⁰, por exemplo, a intervenção estatal indireta na economia não é suficiente para caracterizar a existência de regulação. Em seu entendimento, a regulação existe “somente quando o Estado organiza um conjunto de órgãos especializados para promover a

²²⁷ MARQUES NETO, *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*, p. 36.

²²⁸ GUERRA, *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas*, p. 238–239.

²²⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade*, *Revista tributária e de finanças públicas*, v. 35, p. 144–158, 2000, p. 145.

²³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 465 apud; SADDY, *Elementos e características essenciais da concepção de regulação estatal*, p. 4.

intervenção de modo permanente e especializado”. Portanto, a especialização técnica seria um predicado essencial para a caracterização das agências reguladoras.

Ao mesmo tempo que essa especialização técnica é um predicado essencial das agências reguladoras, ela também justifica a atribuição de competência normativa para esses entes. Isto porque, após os órgãos superiores do Estado definirem as políticas públicas e os objetivos setoriais, as agências reguladoras atuam na sua concretização. Para isso, servem-se das diretrizes veiculadas na sua lei de criação e do seu conhecimento técnico do setor regulado²³¹. Logo, a especialização técnica justificaria a atribuição de poder normativo sobre as atividades desenvolvidas naquele setor econômico.

Uma das principais justificativas para atribuir competência normativa para as agências reguladoras é, segundo a literatura nacional, a especialização técnica. Ela parte do pressuposto de que as agências reguladoras possuem maior capacidade de implementação das políticas públicas. Tal afirmação é, necessariamente, comparativa. Neste sentido, ela significa que as agências reguladoras são comparativamente mais capacitadas do que os demais órgãos estatais. Por isso, o primeiro passo é compreender o significado de capacidade estatal para, em seguida, avaliar se a realidade institucional brasileira comprova a justificativa teórica.

O conceito de capacidade estatal possui um longo histórico e é usado de diferentes maneiras na literatura científica. Esse termo foi inicialmente cunhado nos estudos de macro-história para analisar o processo de formação estatal²³². De acordo com Hanson e Sigman²³³, a maioria dos trabalhos científicos utiliza esse termo para representar a habilidade estatal em implementar os seus objetivos, podendo ser relacionado ao poder estatal. Nesse sentido, Mann²³⁴ distingue entre o poder despótico e o “poder de infraestrutura”. O primeiro representaria a possibilidade de a elite estatal decidir sobre variados temas sem negociar com a sociedade civil. O segundo representaria a capacidade estatal de ingressar na sociedade civil

²³¹ “A especialização dos órgãos reguladores independentes justificaria esse poder normativo, a ser exercido com base nas diretrizes estabelecidas em sua lei de criação e em observância das características técnicas do setor regulado. Essa nova atribuição revigora substancialmente o polêmico conceito de discricionariedade técnica, abrindo espaço para uma atuação dinâmica da Administração Pública, ao mesmo tempo quem que pode gerar preocupações de legalidade.”, *In*: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; LANCIERI, Filippo Maria; ADAMI, Mateus Piva, O Diálogo Institucional das Agências Reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: uma Proposta de Sistematização, *in*: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Orgs.), **Direito da Regulação e Políticas Públicas**, São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 145–146.

²³² WILLIAMS, Martin J., Beyond state capacity: bureaucratic performance, policy implementation and reform, **Journal of Institutional Economics**, v. 17, n. 2, p. 339–357, 2021, p. 3–4.

²³³ HANSON, Jonathan K.; SIGMAN, Rachel, Leviathan’s Latent Dimensions: Measuring State Capacity for Comparative Political Research, **The Journal of Politics**, v. 83, n. 4, p. 1495–1510, 2021, p. 1496.

²³⁴ MANN, Michael, The autonomous power of the state: its origins, mechanisms and results, **European Journal of Sociology / Archives Européennes de Sociologie / Europäisches Archiv für Soziologie**, v. 25, n. 2, p. 185–213, 1984, p. 188–189.

para implementar suas decisões políticas. Nesse sentido, Mann propõe que, enquanto o poder despótico teria sido maior (ou até ilimitado) em períodos históricos passados, o “poder de infraestrutura” estaria plenamente desenvolvido nas sociedades industriais. Portanto, é possível utilizar o termo para realizar uma análise da própria natureza do poder estatal.

Uma outra forma de utilização do conceito de capacidade estatal é como chave de análise da qualidade da burocracia estatal na implementação de políticas públicas. Aqui, a capacidade estatal seria uma potência. Nesse sentido, Williams²³⁵ propõe a definição da capacidade estatal como a aptidão institucional para a concretização dos objetivos políticos e para a prestação de serviços. Essa proposta baseia-se em uma visão weberiana sobre burocracia e racionalização²³⁶ da atividade estatal. A qualidade da burocracia é vista como um dos principais elementos da capacidade estatal. Além disso, um corpo burocrático qualificado é aquele formado por meio de critérios meritocráticos, no qual os servidores são pagos adequadamente, possuem estabilidade na carreira e compartilham valores organizacionais²³⁷. A capacidade estatal é, assim, entendida como uma medida da qualidade da burocracia estatal. Com isso, essa visão teórica estabelece uma relação causal positiva entre a autonomia política do corpo burocrático e a capacidade estatal. Ou seja, quanto menor a influência política sobre a burocracia, maior será a qualidade desta; por sua vez, quanto maior a qualidade da burocracia, maior a capacidade estatal. Portanto, quanto menor a influência política sobre a burocracia, maior a capacidade estatal.

As diferentes reformas do aparelho estatal brasileiro foram fortemente influenciadas por essa perspectiva, principalmente quanto à referida relação causal positiva entre autonomia do corpo burocrático e capacidade estatal. A Constituição Federal de 1988 comprova essa afirmação²³⁸. Nesse sentido, a Constituição Federal impôs a seleção por meio de concursos públicos²³⁹ e tem uma seção dedicada exclusivamente aos servidores públicos. Posteriormente, durante a presidência de Fernando Henrique Cardoso, foi criado o Ministério da Administração e Reforma do Estado (“MARE”), tendo Bresser Pereira como ministro. O objetivo era promover um novo modelo de gestão pública. A citada reforma era declaradamente pautada numa visão

²³⁵ WILLIAMS, Beyond state capacity, p. 4.

²³⁶ O termo “racionalização” é utilizado nesse trabalho no sentido weberiano de ação conscientemente orientada para fins ou para valores. WEBER, Max, **The Theory of Social and Economic Organization**, Glencoe: Free Press, 1947, p. 123.

²³⁷ MAYNE, Quinton; DE JONG, Jorrit; FERNANDEZ-MONGE, Fernando, State Capabilities for Problem-Oriented Governance, **Perspectives on Public Management and Governance**, v. 3, n. 1, p. 33–44, 2020, p. 35–36.

²³⁸ Para uma análise da implementação do modelo weberiano ainda no final dos anos 1930, Cf. FILGUEIRAS, Fernando, Indo além do gerencial: a agenda da governança democrática e a mudança silenciada no Brasil, **Revista de Administração Pública**, v. 52, p. 71–88, 2018, p. 73–74.

²³⁹ Constituição Federal, art. 37, II.

gerencial de Estado. Nesse sentido, Bresser Pereira distinguia entre a Reforma Gerencial e a Reforma Burocrática. Apesar de objetivar a superação do modelo weberiano racional-legal de administração pública²⁴⁰, a reforma Bresser efetivou um aprofundamento da visão meritocrática de burocracia²⁴¹. O primeiro governo Lula também foi marcado por esse entendimento. Nesse sentido, ao mesmo tempo que criou canais para a participação democrática nas instituições, promoveu a autonomia do corpo burocrático com competência sobre decisões de políticas públicas²⁴². Considerando a força da visão meritocrática weberiana de burocracia sobre as instituições brasileiras, seria inevitável a sua influência no campo regulatório.

A função normativa das agências reguladoras está fundamentada na sua especialização técnica, mas essa afirmação passa pela avaliação comparativa da qualidade de seu corpo burocrático. Nesse sentido, há uma presunção de que essas instituições possuem um quadro de servidores públicos dotados de maior qualificação técnica do que os demais órgãos estatais. No entanto, é preciso ir além. O mero conhecimento técnico não é suficiente para justificar a atribuição de competência normativa. Essa especialização técnica é, na verdade, uma avaliação da estrutura burocrática da agência reguladora. O conhecimento técnico é um fator relevante nessa avaliação, mas também devem ser analisados outros fatores que influenciam a aptidão da instituição à implementação de políticas públicas, ou seja, a sua capacidade institucional²⁴³. Desse modo, é preciso realizar uma análise comparativa da estrutura burocrática para avaliar se as agências reguladoras realmente possuem uma capacidade institucional maior do que os outros entes públicos.²⁴⁴

²⁴⁰ “Como a Reforma Burocrática corresponde a um modelo racional-legal de administração pública, a Reforma Gerencial está referida a um modelo gerencial ou da nova gestão pública (*new public management*).”, In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser, **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**, São Paulo: Ed. 34, 1998, p. 109.

²⁴¹ “Houve uma grande reorganização administrativa do governo federal, com destaque para a melhoria substancial das informações da administração pública - antes desorganizadas ou inexistentes - e o fortalecimento das carreiras de Estado. Um número importante de concursos foi realizado e a capacitação feita pela Enap, revitalizada. Em suma, o ideal meritocrático contido no chamado modelo weberiano não foi abandonado pelo Mare; ao contrário, foi aperfeiçoado.”, In: ABRUCIO, Fernando Luiz, Trajetória recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas, **Revista de Administração Pública**, v. 41, p. 67–86, 2007, p. 71.

²⁴² FILGUEIRAS, Indo além do gerencial, p. 76.

²⁴³ O conceito de capacidade estatal foi criado para mensurar, comparativamente, a qualidade burocrática entre diferentes países, porém, a capacidade também pode ser utilizada em análises dentro do próprio Estado. Nesse caso, pode-se utilizar o termo “capacidade institucional” para analisar a variação na aptidão à implementação de políticas públicas entre diferentes instituições estatais. Cf. DOMORENOK, Ekaterina; GRAZIANO, Paolo; POLVERARI, Laura, Introduction: policy integration and institutional capacity: theoretical, conceptual and empirical challenges, **Policy and Society**, v. 40, n. 1, p. 1–18, 2021, p. 8.

²⁴⁴ O tema vem suscitando cada vez mais o interesse de pesquisadores nacionais, inclusive com a ampliação dos indicadores utilizados como mensuração da capacidade estatal. Apesar de não ser este o tema do presente trabalho, importa indicar a existência de pesquisas preocupadas em avaliar não só a capacidade técnico-administrativa, mas também a capacidade político-relacional, na qual constam elementos como mecanismos de coordenação governamental, interação institucionalizada entre burocratas e políticos, e participação social. Cf. GOMIDE, Alexandre de Ávila; PEREIRA, Ana Karine; MACHADO, Raphael Amorim, Burocracia e capacidade estatal na

2.1.2 A neutralidade política como traço da moderna regulação

A neutralidade política é considerada um traço essencial para uma atuação tecnicamente eficaz das agências reguladoras. Como visto no subtópico anterior, a atribuição de funções às agências reguladoras está intimamente relacionada à sua suposta especialização técnica. Portanto, a legitimidade de seus atos depende do cumprimento dessa expectativa. A neutralidade política seria uma forma de promover a atuação técnica das agências reguladoras e cumprir com as referidas expectativas. Esse entendimento parte da premissa de que existe uma oposição entre os interesses políticos e as razões técnicas. Por isso, a neutralidade política seria uma condição essencial para o atendimento de qualquer expectativa de atuação técnica.

O entendimento apontado anteriormente prevalece na maior parte da literatura jurídica nacional. De acordo com Cunha²⁴⁵, a atuação das agências reguladoras envolve a criação de normas técnicas. Em seu entendimento, tais normas não possuem caráter político. Assim, argumenta que elas são aplicáveis a determinados setores do sistema econômico visando garantir a livre escolha de fornecedores em um regime competitivo dotado de preços acessíveis. Em sentido semelhante, Araújo²⁴⁶ argumenta que a tomada de decisões mais eficientes está diretamente relacionada à neutralidade das agências reguladoras, pois as protegeria de interferências políticas. O posicionamento dos referidos autores está em consonância com a mudança do entendimento sobre a relação entre Estado e economia.

O Estado pode se relacionar de diferentes formas com as atividades econômicas. Para Eros Grau²⁴⁷, essa relação pode ocorrer de 3 formas e é, sempre, uma intervenção estatal na economia. A primeira delas seria a intervenção por absorção ou participação. Na absorção o Estado assume integralmente a atividade econômica, em regime de monopólio; na participação o Estado assume apenas parcela dela, em regime de competição. São intervenções no domínio econômico. Outra forma seria a intervenção por direção. Nela, o Estado intervém sobre o domínio econômico por meio de normas de comportamento compulsórias para os sujeitos da

pesquisa brasileira, in: PIRES, Roberto; LOTTA, Gabriela; OLIVEIRA, Vanessa Elias de (Orgs.), **Burocracia e políticas públicas no Brasil : interseções analíticas**, Brasília: Ipea : Enap, 2018, p. 87–104.

²⁴⁵ CUNHA, Paulo César Melo da, **Regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 57.

²⁴⁶ ARAÚJO, Valter Shuenquener de, The four pillars for the preservation of the regulatory agencies' technical impartiality in Brazil, **Public Administration and Policy**, v. 24, n. No. 1, p. 36–48, 2021, p. 45.

²⁴⁷ GRAU, Eros Roberto, **A ordem econômica na Constituição de 1998**, 17^a. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 104–145. Importante ressaltar que, para o autor, a ação estatal somente seria uma intervenção quando incidisse sobre campo de titularidade do setor privado. Nesse sentido, argumenta que a regulação estatal abrange os serviços públicos, porém, em tal caso, não configuraria uma intervenção.

atividade econômica. A última forma seria a intervenção por indução. Nesse caso, o Estado intervém sobre o domínio econômico por meio de normas prescritivas que não constituem comandos. Essas normas podem ser positivas (e.g., um determinado benefício fiscal) ou negativas (e.g., uma maior alíquota).

Essa compreensão possui uma estreita conexão com o liberalismo clássico, o qual via uma oposição entre Estado e sistema econômico. Prevalecia um entendimento de que as atividades econômicas eram um campo do domínio privado, enquanto o Estado seria responsável pela prestação dos serviços públicos. Nesse sentido, segundo Egon Bockmann²⁴⁸, a atuação do Estado no domínio econômico seria excepcional e ocorreria por meio de duas formas. A primeira delas seria o poder de polícia. Nele, o Poder Público imporá coercitivamente a sua vontade para restringir as liberdades individuais²⁴⁹. A segunda forma seria a constituição de empresas estatais. Essa atuação empresarial estaria restrita a casos específicos e devidamente justificados por razões políticas, sociais ou econômicas (e.g., desenvolvimento econômico, integração nacional, falta de interesse privado em determinado setor etc.). Desse modo, a atuação estatal na economia era sempre vista como uma intervenção, algo vindo de fora do sistema econômico.

Florianio Marques Neto²⁵⁰ aponta existirem diferenças fundamentais entre a intervenção direta na economia e a denominada “moderna” regulação econômica. A intervenção direta na economia estava pautada no interesse público, o qual era identificado como o interesse do “Estado-Nação” e transmitido até o operador estatal por meio de relações hierárquicas. Tal modelo proporcionava uma maior eficácia para a vontade política dos governantes. A moderna regulação econômica teria pressuposto distintos daqueles adotados na intervenção estatal. Ela possuiria um maior caráter de mediação de interesses dos atores envolvidos. Nesse sentido, além dos próprios interesses estatais no setor regulado, seriam considerados os interesses dos regulados, dos operadores econômicos e dos usuários. Haveria, portanto, uma diminuição do caráter impositivo da própria vontade, até como modo de legitimar e de qualificar a ação estatal.

²⁴⁸ MOREIRA, Qual é o futuro do Direito da Regulação no Brasil?, p. 107–109.

²⁴⁹ Isso não significa que existia uma completa liberdade econômica. A formação de relações econômicas depende do Direito para que possam existir. As próprias noções de liberdade contratual e de propriedade privada são institutos jurídicos e dependam do poder coercitivo estatal para que possam existir. Cf. Kelsen, Hans, **A democracia**, 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 274–275; BUCHANAN, James M., *Politics without romance*, in: BUCHANAN, James M.; TOLLISON, Robert D. (Orgs.), **The Theory of public choice–II**, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1984, p. 13–17.

²⁵⁰ MARQUES NETO, **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**, p. 25–32.

Desse modo, o regulador integraria o sistema regulado²⁵¹ e assumiria uma função de árbitro de interesses e de tutela de hipossuficiências.

Atribuir a qualidade de mediadora à atuação das agências reguladoras implica qualificar, também, os agentes que compõem os quadros daqueles entes. Afinal, são os agentes públicos que efetivamente praticam os atos normativos, fundamentados na competência normativa das agências reguladoras e imputados a tais entes. Portanto, para essa perspectiva teórica, os agentes públicos que integram os quadros das agências reguladoras compõem uma burocracia politicamente neutra, capaz de agir sem ser influenciada por suas próprias ideologias e preferências políticas.

É longa a literatura que vincula os atos da Administração Pública a um interesse distinto do interesse do agente que pratica o ato. Na análise de Bourdieu²⁵², o campo burocrático surge da negação do interesse pessoal, por meio da qual pretende dar, de si mesmo, a representação de ser formado por agentes sociais que não possuem interesse pessoal. Sendo assim, aqueles agentes sociais atuam apenas em prol do interesse público. Caberia ao Poder Legislativo definir, por meio de lei, os interesses da coletividade a serem legitimamente buscados pelo agir estatal. A legalidade passa a servir de limitação e direcionamento da vontade do gestor público, o qual estaria vinculado aos parâmetros previstos nas normas emanadas do Parlamento²⁵³.

Essa vinculação dos atos administrativos aos parâmetros estabelecidos pelo legislador é a base de teorias sobre o não exercício de poder político pela Administração Pública²⁵⁴. No entanto, tal divisão absoluta de atribuições não encontra respaldo na realidade. De fato, se é contestável já ter existido um Estado com separação total de poderes, o surgimento do Estado de Bem-Estar Social marcou o crescimento dos poderes políticos do Poder Executivo. Neste sentido, Ferreira Filho²⁵⁵ aponta que o avanço da atuação estatal no domínio econômico tornou o Parlamento incapaz de responder satisfatoriamente às demandas da sociedade civil. Essa incapacidade decorre de diferentes fatores, cabendo destacar dois deles. O primeiro fator é a incompatibilidade entre o tempo que o Parlamento leva para aprovar uma lei e a quantidade de temas a serem normatizados. Afinal, com o Estado expandindo a sua atuação para diferentes campos, há também um crescimento na quantidade de matérias demandando a edição de normas

²⁵¹ Em sentido diverso, Cf. MARTINS, **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**, p. 133 e nota de rodapé 119. Para o autor, a regulação é uma atividade externa ao sistema regulado. Por isso, nem toda intervenção na ordem econômica é uma forma de regulação, porém, toda regulação é uma intervenção na ordem econômica.

²⁵² BOURDIEU, Pierre, **Razões práticas: Sobre a teoria da ação**, Campinas, SP: Papirus, 1996, p. 148–156.

²⁵³ KELSEN, **A democracia**, p. 80.

²⁵⁴ Cf. item 1.2.

²⁵⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Do processo legislativo**, 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 124–125.

jurídicas. Já o segundo fator é o próprio avanço técnico-científico dos temas submetidos à deliberação legislativa. Isso porque o Parlamento não é (e nem se espera que seja) composto por membros cuja principal característica seja o seu conhecimento técnico-científico. Diante disso, o Parlamento passa a atribuir cada vez mais competências para o Poder Executivo.

No entanto, essa atribuição de novas competências também pode envolver a delegação de poderes políticos para a Administração Pública, tendo em vista a necessidade de decisões sobre os fins de interesse público e os meios para a sua realização. É o caso da concretização de determinados objetivos setoriais. De um modo geral, os objetivos setoriais são definidos pelas políticas públicas criadas pelo Parlamento para determinado setor econômico ou social. Neste sentido, enquanto programas cogentes estabelecidos normativamente, as políticas públicas devem ser realizadas, direta ou indiretamente, pelo Poder Executivo²⁵⁶. Ocorre que, não raramente, cabe à Administração Pública realizar um juízo de realidade sobre o que promove determinado objetivo setorial. Neste sentido, é preciso que a Administração Pública defina os objetivos intermediários necessários para a concretização do objetivo setorial, bem como avalie a adequação dos meios escolhidos em face dos fins propostos pelo Parlamento²⁵⁷. Desse modo, a Administração Pública exerce poder político nos casos em que o Parlamento lhe atribui competência para definir objetivos da comunidade política e os meios para a sua concretização.

Qualquer exercício de poder político implica a provável realização de julgamentos políticos sobre os diferentes interesses individuais potencialmente afetados pelo ato a ser praticado. Essa avaliação depende da opinião política²⁵⁸ do administrador público. No entanto, a burocracia realiza julgamentos políticos sob a aparência de neutralidade e de impessoalidade. É o entendimento de Mangabeira Unger²⁵⁹, para quem a burocracia é uma das principais instituições do Estado Liberal. Segundo o referido autor, a burocracia está relacionada às ideias de obediência a normas impessoais e ao exercício de função, remetendo à noção de mérito. Neste sentido, representaria uma fuga da dominação de uma classe social sobre as demais. Porém, Unger ressalta que, ao criar e aplicar normas jurídicas, a burocracia realiza julgamento políticos, fazendo escolhas entre os valores e os fins que concorrem entre si no Estado Liberal. Ademais, como o advento do Estado Social não soluciona esse problema dos conflitos de

²⁵⁶ PIRES, **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**, p. 317–318.

²⁵⁷ FERRAZ JÚNIOR, *Agências reguladoras*, p. 8.

²⁵⁸ Nesse ponto, utilizo a conceituação de Rawls, para quem "opinião política se refere ao que promove o bem de todo o corpo político e se fundamenta em algum critério de divisão justa das vantagens sociais.", *In*: RAWLS, **Uma teoria da justiça**, p. 332.

²⁵⁹ UNGER, Roberto Mangabeira, **Knowledge & politics**, New York: Free Press, 1975, p. 171–188.

valores e de finalidades, também não afasta a necessidade de a burocracia realizar julgamentos políticos.

Diante dessa necessidade de julgamentos políticos, abre-se uma porta para que as decisões burocráticas sofram influxos de fatores políticos. De fato, é isso que ocorre na realidade brasileira. Nesse sentido, Ferraz²⁶⁰ verificou que a aprovação de licenças ambientais varia de acordo com o ciclo eleitoral, especialmente nas localidades com um maior número de eleitores favoráveis ao governante. Essa variação parece ser influenciada pela possibilidade de os políticos locais retribuírem politicamente o atual governante. Em relação ao Programa de Aceleração do Crescimento (“PAC”), Burrier²⁶¹ identificou a influência de fatores políticos e técnicos na formatação do programa e na escolha de projetos. Tal dissonância refletiria a competição entre a burocracia tecnocrata e os grupos políticos. Porém, no geral, a burocracia refletia as preferências da elite política. Portanto, a burocracia estatal está suscetível à influência de fatores políticos nas suas decisões, porém, eles são insuficientes para explicar as ações desse grupo.

Os dados sobre a burocracia brasileira estão em consonância com aqueles obtidos a partir da análise da atuação burocrática ao redor do mundo. Aberbach e Rockman²⁶², por exemplo, apontam a inexistência de controvérsias quanto à desejabilidade de neutralidade política na atuação burocrática sobre matérias nas quais haja um consenso. No entanto, reconhecem a dificuldade de sua concretização, principalmente quando referente a cargos hierarquicamente superiores ou quando envolve questões controversas. Não coincidentemente, há uma percepção de que a atuação política da burocracia estatal aumentou após a segunda guerra mundial²⁶³, período em que o Estado assumiu uma maior atuação na implementação de políticas públicas. Por isso, Farazmand²⁶⁴ conclui que a neutralidade política é qualificada como um tipo ideal raramente existente.

2.1.3 A independência política como característica essencial das agências reguladoras

²⁶⁰ FERRAZ, Claudio, Electoral Politics and Bureaucratic Discretion: Evidence from Environmental Licenses and Local Elections in Brazil, 2007.

²⁶¹ BURRIER, Grant, Politics or Technical Criteria? The Determinants of Infrastructure Investments in Brazil, **The Journal of Development Studies**, v. 55, n. 7, p. 1436–1454, 2019.

²⁶² ABERBACH, Joel; ROCKMAN, Bert, Civil Servants and Policymakers: Neutral or Responsive Competence?, **Governance**, v. 7, n. 4, p. 461–469, 1994, p. 463.

²⁶³ CHRISTENSEN, Tom, Bureaucratic Roles: Political Loyalty and Professional Autonomy, **Scandinavian Political Studies**, v. 14, n. 4, p. 303–320, 1991, p. 303.

²⁶⁴ FARAZMAND, Ali, Bureaucracy, bureaucratic politics, and democracy, in: FARAZMAND, Ali (Org.), **Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy and Governance**, Boca Raton, FL: Springer, 2018, p. 614.

A função normativa das agências reguladoras está ancorada nos conceitos de especialidade técnica e de neutralidade política. Isso está ancorado no entendimento de que os influxos do sistema político seriam contrários à atuação técnica. A especialidade técnica forneceria o fundamento para a competência normativa; a neutralidade política garantiria a prevalência de razões técnicas nas decisões normativas. Desse modo, os dois conceitos atuam conjuntamente para servirem de base teórica à atuação das agências reguladoras.

A concatenação desses conceitos resulta na independência política das agências reguladoras. Nesse sentido, a independência política é uma proposição composta pelos conceitos de especialidade técnica e neutralidade política. Afinal, ela conjuga as noções de (i) legitimação pela técnica ao invés de pela política, e (ii) desinteresse político do regulador na matéria regulada. Portanto, uma das hipóteses a ser analisada nesse trabalho é a que o atual paradigma da função normativa das agências reguladoras tem, como um de seus principais elementos, a independência política das agências reguladoras.

Na perspectiva de Floriano Marques Neto²⁶⁵, a independência política é uma característica essencial das agências reguladoras. O referido autor reconhece que as agências atuam na concretização de políticas públicas criadas pelo Poder Político. Porém, argumenta que, após a definição desses objetivos, é necessário que as agências tenham autonomia para exercerem suas atividades, "sob pena de se converterem em mera *longa manus* do núcleo estratégico estatal"²⁶⁶. Na sua visão, a independência seria uma consequência da capacidade técnica do ente regulador, a qual protegeria a agência da constante interferência política. Além disso, a independência se efetivaria mediante o estabelecimento de mandatos fixos para os dirigentes, de autonomia na gestão, da criação de fontes próprias de recursos e da inexistência de controle hierárquico.

Diante disso, autores como Valter Shuenquener²⁶⁷ entendem que as principais vantagens das agências reguladoras seriam, justamente, a sua independência e a sua maior imparcialidade. Argumentam que tais características protegeriam as agências de interferências políticas e possibilitariam a tomada de decisões mais eficientes. Nesse sentido, as normas do sistema jurídico brasileiro possibilitariam uma atuação regulatória mais neutra e eficiente. Dentre elas, destacam: o mandato fixo, o princípio da deferência aos atos das agências, a proibição de contingenciamento de recursos financeiros e a proibição à supressão dos poderes das agências.

²⁶⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, A nova regulação estatal e as agências independentes, in: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.), **Direito Administrativo Econômico**, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 87–88.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 87.

²⁶⁷ ARAÚJO, The four pillars for the preservation of the regulatory agencies' technical impartiality in Brazil.

No entanto, para Mariana Mota Prado²⁶⁸, as garantias institucionais seriam insuficientes para lhes proteger de fatores políticos. Essa ineficácia estaria relacionada à importação acrítica do modelo americano. Por isso, as agências reguladoras brasileiras não aproveitariam os benefícios advindos da independência política. A interferência política seria um elemento da realidade brasileira, mas, conforme estudo realizado por Mariana Batista da Silva²⁶⁹, ela variaria de acordo com os setores e ao longo do tempo. Nesse sentido, haveria uma menor interferência política em agências reguladoras responsáveis pela regulação de determinados setores econômicos pois, nestes, o regulador precisaria sinalizar ao mercado que o compromisso regulatório não foi modificado. Desse modo, os governantes teriam que arcar com um maior custo de credibilidade para interferirem em agências tais como a ANEEL, a ANATEL e a ANP.

No Brasil, a reforma regulatória realizadas em 2019 teve, como um de seus objetivos, dotar as agências reguladoras brasileiras de maior independência política. A Lei Federal nº 13.848/2019 (“Lei das Agências Reguladoras”) comprova essa afirmação. Por meio da referida norma, o legislador infraconstitucional buscou conferir natureza especial às agências reguladoras federais. Essa natureza especial é marcada pela atribuição de qualidades necessárias à caracterização de instituições independentes. Nesse sentido, a Lei das Agências Reguladoras estabelece a ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, autonomia gerencial e financeira, mandatos fixos e estáveis para os dirigentes, dentre outros predicados²⁷⁰. Desse modo, a legislação federal buscou reforçar as características necessárias ao reconhecimento da independência política das agências reguladoras brasileiras. Diz-se reforçar porque as normas setoriais específicas já atribuíam, em maior ou menor grau, de maneira mais ou menos explícita, independência política às agências reguladoras federais.

2.2 O dever de concretizar as políticas setoriais

A Lei das Agências Reguladoras impõe a tais entes o dever de atuarem visando a concretização das políticas setoriais. Vincula, com isso, a competência normativa das agências reguladoras aos objetivos estabelecidos pelos Poderes Legislativo e Executivo.

²⁶⁸ PRADO, Mariana Mota, The Challenges and Risks of Creating Independent Regulatory Agencies: A Cautionary Tale from Brazil, *Vanderbilt Law Review*, v. 41, n. 2, p. 435–503, 2007, p. 498–502.

²⁶⁹ BATISTA DA SILVA, Mariana Batista, Independence after delegation? Presidential calculus and political interference in Brazilian regulatory agencies, *Brazilian Political Science Review*, v. 5, n. 2, p. 39–74, 2011, p. 63–69.

²⁷⁰ Lei Federal nº 13.848/2019, art. 3º. A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.

2.2.1 A função de planejamento econômico

O Estado é o agente normativo e regulador do sistema econômico²⁷¹. Essa competência envolve as funções de fiscalização, de incentivo e de planejamento. As duas primeiras funções devem ser realizadas em conformidade com a última. Nesse sentido, o planejamento impõe uma racionalidade à regulação, definindo os fins a serem alcançados. As agências reguladoras precisam definir os objetivos que serão realizados por meio de seus atos normativos. No entanto, o Congresso Nacional possui a competência primária para definir os planos e as diretrizes para o desenvolvimento. Portanto, as agências reguladoras estão vinculadas ao planejamento definido pelo Parlamento.

As teorias regulatórias apresentam diferentes justificativas para a necessidade de intervenção estatal na economia, sendo a maioria delas enquadráveis como alguma variante do argumento econômico sobre falhas de mercado. Neste sentido, justificam a atuação estatal afirmando a incapacidade de o mercado desregulado concretizar os objetivos de interesse público ou a própria ausência de um mercado²⁷². Exemplo disso é o entendimento quanto a inexistência de um mercado em situação de equilíbrio geral. Era o entendimento de John Rawls²⁷³. Em uma situação de equilíbrio geral, a informação fornecida pelos preços levaria os agentes econômicos a agirem de maneira que não haveria “como melhorar nem a escolha de métodos produtivos pelas empresas nem a escolha dos bens que resulta das compras feitas pelos consumidores”. Seria uma situação de competição perfeita. Esse contexto caracterizaria “um procedimento perfeito no tocante à eficiência”. Porém, essa situação (quase) nunca acontece. Por isso, seria necessário corrigir eventuais monopólios, falta de informação e outras falhas do mercado.²⁷⁴

Não contestaremos que uma das finalidades dessa intervenção é a manutenção do equilíbrio do sistema econômico, corrigindo eventuais falhas de mercado. No entanto, ela não se limita à essa função. Como apontado por alguns autores²⁷⁵, a regulação econômica deve

²⁷¹ Constituição Federal, art. 174.

²⁷² BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin, **Understanding regulation: theory, strategy, and practice**, 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 15.

²⁷³ RAWLS, **Uma teoria da justiça**, p. 338–339.

²⁷⁴ As teóricas econômicas da regulação não são objeto do presente trabalho, de modo que não aprofundaremos no tema. Cf. VELJANOVSKI, Cento, *Economic Approaches to Regulation*, in: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Orgs.), **The Oxford Handbook of Regulation**, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 21–36.

²⁷⁵ MARQUES NETO, *Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal*, p. 71–72; SADDY, *Elementos e características essenciais da concepção de regulação estatal*, p. 7.

implementar objetivos de interesse público, os quais são inseridos no sistema econômico pelo poder público. Nesse sentido, argumentam que o artigo 170 da Constituição Federal demonstra a escolha do constituinte por uma regulação capaz de garantir a liberdade econômica e de implementar os objetivos de interesse geral. Além disso, parcela da literatura nacional²⁷⁶ defende que o mote da regulação econômica deve ser o desenvolvimento nacional. Assim, a regulação estatal da economia deveria adotar uma visão estruturalista do processo econômico e atuar diretamente sobre as estruturas que produzem efeitos econômicos e sociais negativos. Desse modo, a atuação regulatória estatal incidente no domínio econômico não pode se limitar à manutenção das condições de mercado.

De fato, a regulação estatal da economia possui caráter eminentemente prospectivo, devendo o objetivo constitucional do desenvolvimento nacional²⁷⁷ guiar a atuação estatal. Diante disso, a regulação econômica deve, necessariamente, corrigir as falhas estruturais de mercado e de governo, bem como implementar os objetivos políticos previstos na Constituição Federal²⁷⁸. Isso demonstra o seu caráter prospectivo. A legislação econômica e social especifica a estrutura básica da sociedade, dando forma às necessidades e aspirações que os cidadãos terão. Afinal, o sistema econômico não serve apenas para satisfazer desejos e necessidades existentes, mas, também, para criar e moldar necessidades futuras²⁷⁹. Por isso, o estudo da ordem econômica constitucional deve partir de uma perspectiva funcional, pois o sistema jurídico serve como um instrumento de implementação de políticas públicas²⁸⁰.

O sistema jurídico institui diferentes instrumentos de intervenção estatal, sendo que a regulação um deles. A relação entre Estado e sistema econômico é definido pela Constituição Federal. Essa relação pode ser mais ou menos intervencionista. Além disso, a prioridade pode ser dada à intervenção direta ou à intervenção indireta. A regulação é uma forma de intervenção indireta no sistema econômico. Ela caracteriza um sistema no qual o Estado não é o principal agente econômico, porém, atua para disciplinar o comportamento dos agentes econômicos privados. Desse modo, a escolha por priorizar a intervenção estatal indireta na economia por meio da regulação, é caracterizadora de um modelo econômico.²⁸¹

Mas o Estado atua para atingir finalidades definidas pelo ordenamento, e não apenas para corrigir falhas de mercado. A Constituição Federal define uma série de objetivos a serem

²⁷⁶ SALOMÃO FILHO, **Regulação da Atividade Econômica; Princípios e Fundamentos Jurídicos**, p. 50.

²⁷⁷ Constituição Federal art. 3º, II.

²⁷⁸ FREITAS, Juarez, Regulação administrativa e os principais vieses, **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 16, n. 63, p. 93–105, 2016, p. 94–99.

²⁷⁹ RAWLS, **Uma teoria da justiça**, p. 322–323.

²⁸⁰ GRAU, **A ordem econômica na Constituição de 1998**, p. 15–16.

²⁸¹ SUNDFELD, **Introdução às Agências Reguladoras**, p. 23.

atingidos pelo Estado. Nesse sentido, institui que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna e reduzir as desigualdades regionais e sociais, por exemplo²⁸². Em um Estado Democrático de Direito, a legitimidade da atuação estatal depende da observância dos valores constitucionalmente previstos²⁸³. Desse modo, a intervenção do Estado na economia não pode se limitar a corrigir eventuais falhas de mercado. Ela deve estar voltada à realização dos princípios e das políticas definidas no sistema jurídico.

Tais objetivos são definidos por meio do planejamento e veiculados por meio de normas jurídicas. A intervenção do Estado no sistema econômico visa concretizar as políticas previstas pelo ordenamento jurídico. Essa vinculação implica a racionalização da atuação estatal, ou seja, o estabelecimento de meios especificamente voltados para a concretização de determinados fins. O produto desse procedimento são normas jurídicas veiculadoras de fins a serem atingidos pelo Estado, e dos meios possíveis de serem utilizados para isso.

O Congresso Nacional é o órgão competente para elaborar o planejamento, o qual pressupõe uma visão prospectiva, voltada ao atingimento de determinados fins. É uma intervenção estatal qualificada. Nesse sentido, planejar envolve a elaboração de planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento, cabendo ao Parlamento essa competência²⁸⁴. Com isso, dá-se previsibilidade aos comportamentos econômicos e sociais futuros, por meio da definição explícita de objetivos, bem como dos “meios de ação coordenadamente dispostos”²⁸⁵. Desse modo, a atuação estatal é direcionada à concretização das políticas previstas pelo ordenamento.

A Administração Pública deve adaptar os objetivos às circunstâncias sociais, políticas e econômicas. O foco primário do planejamento estatal é a Administração Pública. Ela é a principal responsável pela implementação dos objetivos definidos pelo Parlamento. No entanto, podem ser necessárias adaptações e especificações ao planejamento legislativo. As adaptações podem advir das limitações sociais, econômicas, tecnológicas e políticas existentes no momento de sua implementação. As especificações podem surgir da existência de objetivos conflitantes entre o plano nacional, o plano regional, o plano estadual e o plano setorial. Em ambos os casos, a Administração Pública terá o poder-dever de adaptar os fins estabelecidos no planejamento.²⁸⁶

²⁸² Constituição Federal, art. 170, caput e VII.

²⁸³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral, A principiologia no direito administrativo sancionador, **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, v. 11, n. 43, 2013, p. 2.

²⁸⁴ Constituição Federal, arts. 48, IV, e 174, § 1º.

²⁸⁵ GRAU, **A ordem econômica na Constituição de 1998**, p. 300–340. No entendimento do referido autor, é a substituição do *government by law* pelo *government by policies*.

²⁸⁶ “Em termos concretos, a lei que tem por conteúdo o planejamento econômico define *diretrizes e prioridades*, sendo que os *planos*, normalmente, são *anexos* à referida norma. Assim, *não é o plano que é objeto de aprovação pelo Poder Legislativo*, mas sim, os *objetivos* e os *meios*. Tais normas, por excelência devem ser de tal modo

As modificações não podem desvirtuar os objetivos contidos no planejamento elaborado pelo Congresso Nacional. O Poder Executivo é competente para adaptar e para especificar os fins contidos nas normas editadas pelo Congresso Nacional. No entanto, ele não tem o poder arbitrário de decidir concretizar outros objetivos, estranhos ao definido pelo Parlamento. Essa atuação extrapolaria a sua competência. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que o chefe do Poder Executivo não pode utilizar o poder regulamentar para descaracterizar política pública criada pelo Congresso Nacional. Essa atuação configuraria abuso do poder regulamentar.²⁸⁷

Parcela significativa da literatura jurídica nacional não considera o planejamento como um meio de regulação econômica. No entendimento desses autores, o planejamento é uma restrição à discricionariedade da Administração Pública. É uma restrição das escolhas futuras. Nesse sentido, não há uma intervenção na ordem econômica e, portanto, não está caracterizada a regulação econômica.²⁸⁸ Por isso, argumentam que planejamento é uma forma de racionalização e de qualificação da atuação estatal, mas não é uma intervenção estatal na economia²⁸⁹. Essa visão parece desconsiderar os desenvolvimentos ocorridos nas teorias da regulação e no sistema normativo brasileiro.

As teorias da regulação avançaram no sentido de superar a dicotomia entre regular e não regular. Os defensores da regulação defendiam a necessidade de uma regulação do tipo comando e controle, por meio da qual o regulador impusesse comportamentos a serem seguidos pelo regulado sob pena de aplicação de sanção. Já os defensores da desregulação argumentavam pela ineficácia desse tipo de atuação, defendendo uma atuação consensual do regulador, por meio da qual o regulador privilegiasse o diálogo com o regulado. A teoria responsiva da regulação foi criada para superar essas posições extremistas²⁹⁰. Nesse sentido, sugere a

flexíveis a se adaptar aos câmbios da realidade. E a adaptabilidade do planejamento deverá variar de acordo com a maior ou a menor elasticidade do mercado.”, in: HEINEN, Juliano, *Natureza Jurídica Da Lei do Planejamento Econômico por Regulação de Acordo com a Interpretação do Artigo 174 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, **Economic Analysis of Law Review**, v. 10, n. 3, p. 21–35, 2019, p. 31.

²⁸⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (plenário virtual), Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 607. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgada em 28/03/2022.

²⁸⁸ “Eis a natureza jurídica do planejamento estatal: é uma *restrição* ao exercício futuro da discricionariedade por meio da *antecipação*. *A fortiori*, não consiste num meio de intervenção na ordem econômica e, pois, num meio de regulação; trata-se de uma forma de realização dos meios de intervenção, dos meios de regulação. Quer dizer: em rigor, os meios são a ordenação, o fomento e, nos termos a seguir examinados, a exploração direta; as decisões discricionárias relativas a esses meios devem, sempre que possível, ser antecipada.”, In: MARTINS, **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**, p. 131.

²⁸⁹ “O planejamento, assim, não configura modalidade de intervenção – note-se que tanto intervenção *no* quanto intervenção *sobre* o domínio econômico podem ser praticadas *ad hoc* ou, alternativamente, de modo planejado – mas, simplesmente, um método a qualifica-la, por torna-la sistematizadamente racional.”, In: GRAU, **A ordem econômica na Constituição de 1998**, p. 146.

²⁹⁰ BRAITHWAITE, John, The Essence of Responsive Regulation Fasken Lecture, **U.B.C. Law Review**, v. 44, n. 3, p. 475–520, 2011, p. 489.

estruturação piramidal do modelo regulatório, no qual a base contenha medidas mais persuasivas e que se tornam mais severas à medida que o regulador escala a pirâmide.

O sistema normativo brasileiro incorporou essa superação. A Constituição Federal de 1988 atribui ao Estado as funções de fiscalização e de fomento. Desse modo, estabelece que a regulação do sistema econômico envolve tanto a atividade ordenadora, quanto a atividade promocional. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“LINDB”) atribuiu ao Administrador Público o dever de avaliar as consequências práticas de suas decisões. Além disso, devem ser consideradas as dificuldades reais e as exigências das políticas públicas²⁹¹. Desse modo, a atividade regulatória precisa considerar os fins a serem concretizados e as limitações impostas pelo contexto fático.

Essas mudanças implicam a constante necessidade de definição e de adaptação dos objetivos. As agências reguladoras surgiram pela incapacidade prática do legislador lidar com as constantes transformações sociais, políticas, tecnológicas e políticas. Nesse sentido, são dotadas das competências necessárias à execução de seus fins. Dentre essas competências, está o poder-dever de adaptar e de especificar os fins previstos na legislação. A especificação desses objetivos e dos meios aptos à sua concretização são o exato escopo do planejamento estatal. Portanto, o planejamento é uma das atividades abarcadas pela regulação econômica.

O sistema normativo é claro quanto à identificação do planejamento como uma função regulatória. As agências reguladoras são obrigadas a formular planos sobre (i) o aperfeiçoamento do acompanhamento das ações da agência, (ii) o aperfeiçoamento das relações de cooperação da agência reguladora com o Poder Público, em particular no cumprimento das políticas públicas definidas em lei, (iii) a aumento da eficiência e da qualidade dos serviços, focando em resultados relacionados à melhora do seu desempenho e ao incremento da satisfação dos interessados, e (iv) a permitir o acompanhamento da atuação e a avaliação da gestão da agência²⁹².

As agências reguladoras brasileiras precisam elaborar pelo menos 2 tipos de planos. O primeiro deles é o Plano Estratégico. Ele contém os objetivos, as metas e os resultados estratégicos esperados das ações da agência reguladora para o período quadrienal. O segundo deles é o Plano de Gestão Anual. Ele contém as ações, resultados e metas para o período anual, servindo de instrumento anual de planejamento²⁹³. Desse modo, a elaboração de planos de

²⁹¹ Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942, art. 20 e 22.

²⁹² Lei Federal nº 13.848/2019, art. 15, § 1º, I a IV.

²⁹³ *Ibid.*, art. 17 e 18.

intervenção no sistema econômico constitui uma atividade rotineira para as agências reguladoras nacionais.

Existem diferentes tipos de planejamento, os quais geram consequências distintas. Lucia Valle Figueiredo²⁹⁴ identifica 3 tipos de planejamento. No primeiro, o governo apenas aponta uma direção a ser tomada, sem assumir compromissos e sem pretender o engajamento dos agentes econômicos privados. É o planejamento indicativo. No segundo, o governo sinaliza uma direção e pretende o engajamento dos agentes privados, os quais podem ser incentivados por meio de diferentes medidas. É o planejamento incitativo. Por fim, o governo pode impor determinada direção. É o planejamento imperativo.

2.2.2 As políticas nos setores regulados por agências reguladoras federais

O planejamento econômico é especialmente relevante, para o presente trabalho, nos setores submetidos à competência normativa das agências reguladoras federais, pois a Constituição Federal e a legislação federal impõem a elaboração de políticas setoriais. Os planos divulgados pelas agências reguladoras afetam o comportamento dos agentes econômicos privados²⁹⁵. Um exemplo comprova essa afirmação. A Agência Nacional de Telecomunicações (“ANATEL”) informou, em 2019, que a licitação para a disponibilização de espectro de radiofrequências para a prestação de serviços de telecomunicações, inclusive por meio de redes ditas de quinta geração (5G), estava previsto para 2020. A partir desse momento, uma série de empresas passaram a se movimentar para participar do leilão. Com o adiamento da publicação do Edital, o então Ministro das Comunicações estimou uma perda diária de R\$ 100 milhões para o país, tendo em vista o adiamento de investimentos²⁹⁶.

Analisemos o caso do setor de transportes terrestres. A ANTT e a ANTAQ foram criadas pela Lei Federal nº 10.233/2001, a qual atribuiu-lhes o objetivo de “implementar, nas respectivas esferas de atuação, as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, pelo Ministério dos Transportes e pela Secretaria de Portos da

²⁹⁴ FIGUEIREDO, Lucia Valle, Planejamento, direito tributário e segurança jurídica, **Revista Trimestral de Direito Público - RTDP**, v. 12, p. 11–15, 1995, p. 12.

²⁹⁵ “E quando tratar da regulação da economia, inclusive aquela que se dá por planejamento, *deve respeitar os princípios da ordem econômica*. Então, o art. 174 da CF/88 impõe que o Estado *apenas incentive e atraia os particulares a aderir a seu plano*, mediante *planejamento indicativo*. É elogiável que tal programação se apresente de tal modo sedutora, a permitir *condicionar a atuação da iniciativa privada*.”, in: HEINEN, Natureza Jurídica Da Lei do Planejamento Econômico por Regulação de Acordo com a Interpretação do Artigo 174 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, p. 32.

²⁹⁶ **Fábio Faria estima perda de R\$ 100 mi por dia com atraso no leilão do 5G**, VEJA, disponível em: <<https://veja.abril.com.br/economia/fabio-faria-estima-perda-de-r-100-mi-por-dia-com-atraso-no-leilao-do-5g/>>. acesso em: 4 jul. 2022.

Presidência da República”²⁹⁷. Posteriormente, o então Ministro de Estado dos Transportes, Portos e Aviação Civil instituiu a Política Nacional de Transportes (“PNT”) e estabeleceu os seus objetivos e instrumentos²⁹⁸.

O Planejamento Integrado de Transportes (“PIT”), instituído pela Portaria nº 123/2020 do Ministério da Infraestrutura, é um dos instrumentos da PNT e tem o Plano Nacional de Logística (“PNL”) como um dos seus elementos. Considerando isso, a Portaria nº 792/2021, do Ministério da Infraestrutura, aprovou o Guia de Orientações para o Planejamento Tático Federal de Transportes²⁹⁹, o qual prevê o Plano Geral de Ações Públicas. Este, por sua vez, “consolida os projetos, ações, iniciativas normativas e políticas públicas indicadas nos Planos Setoriais para realização pelo Poder Público”³⁰⁰. A imagem abaixo representa a relação entre os instrumentos:



Figura 1: Instrumentos do Planejamento Integrado de Transportes
Fonte: Guia de Orientações para o Planejamento Tático Federal de Transportes

O Governo Federal está em processo de atualização do Plano Setorial de Transportes Terrestres (“PSTT”), tendo encerrado a primeira fase em 2021. Nesta fase, definiu os seguintes objetivos setoriais: (i) desenvolvimento da infraestrutura viária, (ii) segurança viária, (iii) sustentabilidade, (iv) desempenho logístico, (v) desenvolvimento regional, (vi) intercâmbio, (vii) desenvolvimento tecnológico e (viii) sustentabilidade econômica. Na segunda fase, que

²⁹⁷ Lei Federal nº 10.233, de 5 de junho de 2001, art. 20, I.

²⁹⁸ Portaria nº 235, de 28 de março de 2018, art. 4º e 6º.

²⁹⁹ Guia de Orientações para o Planejamento Tático Federal de Transportes.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 6.

foi recentemente objeto de consulta pública, a União propôs índice a ser aplicado na análise de empreendimentos como forma de determinar a sua prioridade considerando cada um dos objetivos setoriais.

Tais objetivos e prioridades deverão ser implementadas pela ANTT, conforme obrigação estabelecida na Lei das Agências Reguladoras. Neste sentido, a ANTT, tal qual as demais agências reguladoras federais, tem a obrigação de elaborar uma Agenda Regulatória contendo o conjunto de temas prioritários a serem regulamentos pela agência em determinado período³⁰¹. Esta Agenda Regulatória “deverá ser alinhada com os objetivos do plano estratégico e integrará o plano de gestão anual”³⁰². Um dos objetivos dos referidos planos é aperfeiçoar o “cumprimento das políticas públicas definidas em lei”³⁰³. Portanto, as ações das agências reguladoras federais – no caso, a ANTT – integram uma cadeia de atos e normas, por meio da qual são concretizadas as escolhas dos Poderes Legislativo e Executivo.

E no caso da política tarifária? Aqui o tema fica um pouco mais espinhoso, uma vez que a Lei de Concessões não atribuiu objetivos expressos à política tarifária³⁰⁴, limitando-se a estabelecer normas sobre aspectos econômicos da relação contratual entre poder concedente e concessionária³⁰⁵. Compete ao ente político concedente, portanto, definir a política tarifária dos serviços concedidos. Veja como isso ocorre na política de desenvolvimento urbano, para a qual a Constituição Federal atribui à União competência para fixar, em lei, diretrizes gerais³⁰⁶. Assim, coube à União instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, nas quais incluem-se os transportes urbanos³⁰⁷. Com base nisso, o Poder Legislativo editou a Lei Federal nº 12.587/2012, que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana e fixa os seus objetivos³⁰⁸. Estabelece, também, instrumentos que os entes federativos poderão utilizar para

³⁰¹ Lei Federal nº 13.848/2019, art. 21.

³⁰² *Ibid.*, art. 20, § 1º.

³⁰³ *Ibid.*, art. 15, II.

³⁰⁴ Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, cap. IV.

³⁰⁵ “O Capítulo IV da lei, destinado ao tema da “política tarifária”, não invade esta competência própria das entidades titulares de serviços públicos. O tratamento legislativo conferido ao tema restringe-se, basicamente, a aspectos econômico-contratuais envolvendo poder concedente e concessionário (...). Algumas diretrizes que podem servir de fundamento para a adoção de políticas públicas em matéria tarifária foram previstas em lei. Constituem, na verdade, autorização legislativa geral para que, na ausência de lei específica que trate do tema, a Administração possa vir a adotar uma série de medidas em relação ao regime tarifário dos serviços públicos.”, in: CÂMARA, Jacintho Arruda, **Tarifa nas concessões**, 1ª. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 72.

³⁰⁶ Constituição Federal, art. 182.

³⁰⁷ *Ibid.*, art. 21, XX.

³⁰⁸ Lei Federal nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, art. 7º. A Política Nacional de Mobilidade Urbana possui os seguintes objetivos: I - reduzir as desigualdades e promover a inclusão social; II - promover o acesso aos serviços básicos e equipamentos sociais; III - proporcionar melhoria nas condições urbanas da população no que se refere à acessibilidade e à mobilidade; IV - promover o desenvolvimento sustentável com a mitigação dos custos ambientais e socioeconômicos dos deslocamentos de pessoas e cargas nas cidades; e V - consolidar a gestão democrática como instrumento e garantia da construção contínua do aprimoramento da mobilidade urbana.

gerir os sistemas de transporte e de mobilidade urbana³⁰⁹. Além disso, a norma estabelece o instrumento de efetivação da Política Nacional de Mobilidade Urbana: o Plano de Mobilidade Urbana³¹⁰.

A Política Nacional de Mobilidade Urbana pouco adicionou aos objetivos da política tarifária, mas incrementou a materialidade dos seus instrumentos. A Lei Federal nº 12.587/2012 reitera a modicidade tarifária, classificando como uma das diretrizes da política tarifária, ao lado, por exemplo, da promoção da equidade no acesso aos serviços³¹¹. Entendo não se tratar, neste caso, de mera questão terminológica, pois a referida lei diferencia diretrizes e objetivos para a Política Nacional de Mobilidade Urbana³¹². Além disso, ao dispor sobre política tarifária, o legislador empregou a mesma construção frasal utilizada nos dispositivos sobre diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana. Razoável concluirmos, portanto, que foi uma decisão do Poder Legislativo, principalmente diante das competências municipais e estaduais sobre os serviços de transporte público coletivo.

No entanto, o legislador federal adotou outra postura no tocante aos instrumentos da política tarifária e normatizou aspectos significativos para a utilização de tais instrumentos. Primeiramente, distinguiu entre tarifa de remuneração – resultante do processo licitatório – e tarifa pública – preço público cobrado do usuário e instituída por ato do poder outorgante³¹³. Em relação aos subsídios tarifários, por exemplo, limitou à sua adoção ao impor que o déficit gerado pelo subsídio “deverá ser coberto por receitas extratarifárias, receitas alternativas, subsídios orçamentários, subsídios cruzados intrasetoriais e intersetoriais provenientes de outras categorias de beneficiários dos serviços de transporte, dentre outras fontes”³¹⁴. Ademais, caso a receita adicional ocasione superavit tarifário, esta “deverá ser revertida para o próprio Sistema de Mobilidade Urbana”³¹⁵. Essas normas constroem a utilização do subsídio tarifário, que é um instrumento clássico da política tarifária.

2.2.3 A análise de impacto regulatório

Tais políticas guiam a atuação normativa das agências reguladoras, motivo pelo qual o legislador nacional buscou normatizar o processo normativo a ser seguido pelas agências

³⁰⁹ *Ibid.*, art. 23.

³¹⁰ *Ibid.*, art. 24.

³¹¹ *Ibid.*, art. 8º I e VI.

³¹² *Ibid.*, art. 6º e 7º.

³¹³ *Ibid.*, art. 9º caput e § 1º.

³¹⁴ *Ibid.*, § 3º.

³¹⁵ *Ibid.*, § 6º.

reguladoras federais. Em relação às escolhas regulatórias, a Lei das Agências Reguladoras impõe a obrigação da agência indicar, em suas decisões, os pressupostos de fato e de direito que a embasaram³¹⁶. Além disso, o Congresso Nacional também estabeleceu previsões específicas nas leis setoriais. Neste sentido, instituiu que o processo decisório da ANAC, por exemplo, observará os princípios da legalidade, impessoalidade, eficiência, moralidade e publicidade, bem como assegurará o contraditório e a ampla defesa³¹⁷.

Quanto à dimensão da obtenção e utilização de informações referentes às atividades reguladas, são cruciais as normas sobre Análise de Impacto Regulatório (“AIR”) e sobre participação social. A AIR é um instrumento para a avaliação dos possíveis impactos da regulação na sociedade e no setor específico³¹⁸. Ela possibilita uma decisão regulatória mais bem fundamentada³¹⁹. De fato, consiste em estudos prévios que subsidiarão a decisão do regulador, inclusive com base na comparação entre diferentes medidas que poderiam ser adotadas³²⁰. Assim, a agência reguladora identifica o problema regulatório existente em determinado setor, quem são os afetados pelo problema e as normas legais aplicáveis. Em seguida, define os objetivos que pretende alcançar, as alternativas regulatórias que podem ser adotadas e os seus possíveis impactos. Por fim, realiza uma análise comparativa entre tais alternativas e, com base nessa avaliação, descreve a estratégia para implementação da alternativa considerada mais adequada.³²¹

Apesar da sua relevância, as agências reguladoras não são obrigadas a realizarem AIR em todos os casos de edição, alteração ou revogação de atos normativos. A Lei das Agências Reguladoras impôs a realização prévia de AIR à adoção ou alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados. Ademais, determinou que regulamento disporia sobre os casos cuja realização de AIR seria obrigatória ou poderia ser dispensada³²². Posteriormente, a Lei de Liberdade Econômica

³¹⁶ Lei Federal nº 13.848/2019, art. 5º.

³¹⁷ Lei Federal nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, art. 26.

³¹⁸ Alguns autores classificam a AIR tanto como um processo de tomada de decisões, quanto como um instrumento para a obtenção e utilização de informações. Neste sentido, cf. GUERRA, Sérgio; FREITAS, Rafael Vêras de, O modelo institucional do setor portuário: os institutos da Análise do Impacto Regulatório (AIR) e da Conferência de Serviços como mecanismos de equalização do controle político sobre as agências reguladoras, **Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro**, p. 419–451, 2015, p. 435–436.

³¹⁹ SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho, Análise de impacto regulatório: uma abordagem exploratória, **IPEA: Texto para Discussão n. 1463**, 2010, p. 7.

³²⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de, Considerações Iniciais sobre a Lei Geral das Agências Reguladoras, **Revista de Direito da Administração Pública**, v. 1, n. 1, 2020, p. 15.

³²¹ Decreto Federal nº 10.411, de 30 de junho de 2020, art. 6º.

³²² Lei Federal nº 13.848/2019, art. 6º. A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo. § 1º Regulamento disporá sobre o conteúdo e a metodologia da AIR, sobre os

estabeleceu a obrigatoriedade de realização de AIR previamente à edição ou alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços. Além disso, delegou ao regulamento a fixação da data de início desta exigência, bem como as hipóteses em que a AIR será obrigatória ou facultativa³²³.

Diante disso, o Presidente da República editou regulamento possibilitando a dispensa de AIR em determinados casos³²⁴. Neste sentido, há dispensa de AIR quando houver urgência ou quando o ato normativo não alterar o mérito de norma obsoleta, mas apenas a sua atualização ou revogação. Além disso, é cabível a dispensa se a norma hierarquicamente superior não possibilitar mais de uma alternativa regulatória, seja por razões jurídicas ou técnicas. Ademais, a agência reguladora pode dispensar a AIR com base no baixo impacto do ato normativo, a convergência a padrões internacionais ou a redução de imposições normativas visando a diminuição dos custos regulatórios. Por fim, o regulamento também permite a dispensa quando o ato normativo objetivar preservar a liquidez, solvência ou higidez de determinados mercados do sistema financeiro. Porém, em todos os casos, a dispensa de AIR deverá ser devidamente fundamentada e o ato normativo terá que ser precedido de nota técnica que o fundamente³²⁵.

Para que a AIR seja efetiva, cabe às agências reguladoras adotarem procedimentos e instrumentos que assegurem a participação social. Esta pode ocorrer em diferentes momentos. Uma primeira hipótese é a participação social durante a realização da AIR. Neste caso, a agência reguladora abrirá canal de comunicação com os afetados pelo problema regulatório para que estes apresentem informações ou se manifestem sobre o tema³²⁶. Com isso, a sociedade é capaz de contribuir nas fases iniciais do processo de AIR, tais como a identificação do problema existente e das alternativas regulatórias. Por isso, as próprias agências reguladoras federais ressaltam a importância da participação social durante a AIR³²⁷. Posteriormente, o relatório preliminar ou final da AIR também pode ser submetido à participação social, de modo que a agência reguladora não escolha unilateralmente a alternativa regulatória³²⁸. Com isto, o regulador evita que haja um descasamento entre a sua percepção e a daqueles afetados pela regulação, sejam eles usuários, consumidores ou agentes econômicos.

questitos mínimos a serem objeto de exame, bem como sobre os casos em que será obrigatória sua realização e aqueles em que poderá ser dispensada.

³²³ Lei Federal nº 13.874/2019, art. 5º.

³²⁴ Decreto Federal nº 10.411/2020, art. 4º.

³²⁵ *Ibid.*, § 1º.

³²⁶ *Ibid.*, art. 6º, VIII.

³²⁷ **Guia de Análise de Impacto Regulatório**, Versão 4. Brasília: Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), 2022, p. 75; **Manual de Análise do Impacto Regulatório (AIR) e Avaliação de Resultado Regulatório (ARR)**, 3. ed. Brasília: Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), 2020, p. 13.

³²⁸ Decreto Federal nº 10.411/2020, art. 8º.

Por fim, há a possibilidade de nova participação social quando da elaboração de ato normativo, a qual pode ser obrigatória ou facultativa. De fato, a Lei das Agências Reguladoras impôs a realização prévia de consulta pública quando o ato normativo for de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços públicos³²⁹. Além disso, possibilitou a convocação de audiência pública em matérias consideradas relevantes³³⁰. Sendo assim, diferentemente do ocorrido com a AIR, neste caso o legislador infraconstitucional não delegou ao regulamento a definição das hipóteses de obrigatoriedade ou faculdade da realização de consulta pública ou de audiência pública. Por isso, o Poder Executivo praticamente limitou-se a reiterar o conteúdo da lei. Assim, o regulamento possibilitou a realização de consulta pública previamente à edição, alteração ou revogação de ato normativo, porém, ressaltou a obrigatoriedade de sua realização nos casos previstos em lei³³¹. Diante disso, sempre que o ato normativo resultar de uma AIR, a agência reguladora o submeterá à consulta pública³³².

Diante disso, é incontestável que a Lei das Agências Reguladoras, a Lei de Liberdade Econômica e o respectivo regulamento, constituem limitações e restrições procedimentais à atuação das agências reguladoras. Porém, isto não significa necessariamente um avanço na democratização das escolhas regulatórias. Anteriormente às referidas normas, a Lei Geral de Telecomunicações (“LGT”), por exemplo, impunha a realização de consulta pública previamente à edição de qualquer ato normativo pela ANATEL³³³. Assim, eventual descumprimento da norma resultaria na invalidade do ato normativo³³⁴. No entanto, o dispositivo da LGT foi revogado pela Lei das Agências Reguladoras. Desse modo, houve uma redução da participação social obrigatória nas decisões regulatórias, de caráter normativo, tomadas pela ANATEL.

2.3 Os elementos políticos da atuação normativa das agências reguladoras

Vimos que a competência normativa das agências reguladoras, fundamentada em normas jurídicas, é justificada pelo caráter técnico de suas decisões, ao que se soma a neutralidade e a independência política. Vimos também que essa competência normativa é um

³²⁹ Lei Federal nº 13.848/2019, art. 9º.

³³⁰ *Ibid.*, art. 10.

³³¹ Decreto Federal nº 10.411/2020, art. 9º, caput e parágrafo único.

³³² ARTES, Joana Schmidt; SIMAS, Renata Regiane Lacerda, A participação popular na análise de impacto regulatório e seus efeitos, *in*: ZOCKUN, Maurício (Org.), **Aspectos gerais da lei de liberdade econômica**, Curitiba: Íthala, 2020, p. 179–183.

³³³ Lei Federal nº 9.472, de 17 de Julho de 1997, art. 42.

³³⁴ SUNDFELD, Carlos Ari, O processo administrativo de consulta pública, *in*: **Licitação, processo administrativo, propriedade**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, v. 3, p. 451–453.

instrumento para a concretização dos objetivos definidos pelos Poderes Legislativo e Executivo. Pois bem. Analisaremos agora os elementos políticos dessa atuação normativa, ou seja, as decisões políticas realizadas pelas agências reguladoras federais por meio da sua competência normativa.

2.3.1 As normas técnicas e a necessidade de definição dos fins

No âmbito normativo, a especialização técnica pode justificar a competência normativa atribuída às agências reguladoras devido (i) à natureza das normas editadas ou (ii) à fundamentação dos atos normativos. O primeiro aspecto implicaria afirmar que as normas produzidas pelas agências reguladoras possuem estrutura de normas técnicas, o que as diferenciaria das outras normas existentes no ordenamento jurídico. Essa especificidade justificaria atribuir-lhe competência normativa. Já o segundo aspecto implicaria argumentar que as agências reguladoras justificam seus atos normativos com base em parâmetros puramente técnicos. Deles resultariam normas não contaminadas pelos interesses políticos do Estado ou do servidor integrante dos quadros da agência.

Tratemos inicialmente da primeira hipótese, segundo a qual a estrutura das normas técnicas permitiria distingui-las das demais normas existentes no ordenamento jurídico. Demonstraremos a insustentabilidade dessa hipótese por meio de argumento estruturado como segue. As normas criadas por instituições estatais, detentoras ou não um conhecimento técnico especializado, fazem parte do sistema jurídico e são, nesse sentido, normas jurídicas. O seu caráter técnico está relacionado à estrutura ou à função da norma. A estrutura das normas técnicas é caracterizada por prescreverem um meio para a realização de um fim. Desse modo, sua estrutura está intimamente conectada ao fim a ser alcançado. Em um sistema jurídico, os fins das normas técnicas são definidos pelas normas jurídicas. Portanto, classificar como norma técnica uma norma jurídica implica analisar uma relação entre os meios e os fins do ordenamento jurídico.

A análise estrutural tem como premissa, obviamente, a existência de estruturas. Uma estrutura pode ser definida como um sistema composto por elementos, os quais se relacionam de um modo específico³³⁵. Nesse sentido, alterações em um dos elementos provocam mudanças nos demais elementos integrantes do sistema. Ademais, é possível identificar uma norma específica que rege a relação dos elementos entre si, dando unicidade ao sistema. Portanto, uma

³³⁵ SALES, Léa Silveira, Estruturalismo—história, definições, problemas, **Revista de Ciências Humanas**, v. 33, p. 159–188, 2003, p. 167.

análise estrutura das normas técnicas implica reconhecer os elementos que as compõem e como eles se relacionam entre si.

A estrutura das normas técnicas é composta por uma prescrição dos meios necessários para a realização de um fim. Kant³³⁶ distinguia entre imperativos hipotéticos³³⁷ e imperativos categóricos³³⁸. Os imperativos categóricos prescrevem ações boas em si mesmo, de modo que sua imperatividade independe da realização de qualquer fim. São as obrigações morais. Os imperativos hipotéticos prescrevem ações que servem como meio para um fim. Esses fins podem ser reais ou possíveis. No primeiro caso, o fim é tal que todas as pessoas o perseguem. São as normas pragmáticas. No segundo caso, os fins podem ou não ser perseguidos. São as normas técnicas. Portanto, a imperatividade das normas técnicas está intimamente conectada aos fins a serem perseguidos, os quais são definidos pela vontade daquele que estatui a norma.

O fim a ser perseguido pela norma técnica é, em Kant, a consequência de uma ação, regida por uma vontade. As normas técnicas veiculam meios para a realização de fins que podem ou não ser perseguidos, mas a definição desse fim não é o resultado de um fato natural. É o resultado de uma ação tomada com base na vontade do agente, o qual quer alcançar determinado fim. Tendo em vista que quem quer um fim quer, também, os meios necessários para o alcançar³³⁹, a norma técnica é o resultado da ação desse agente. Sendo assim, a norma técnica está diretamente relacionada à vontade daquele que define o fim a ser alcançado³⁴⁰.

A norma técnica é transformada em norma jurídica ao adentrar no sistema jurídico. De acordo com Hart³⁴¹, o fundamento de um sistema jurídico é que, para a identificação das regras primárias de obrigação, seja aceita e utilizada uma regra secundária de reconhecimento. Essa regra estabelece os critérios de validade das demais regras do sistema jurídico, sendo uma regra suprema de validade. Desse modo, as regras do sistema serão válidas desde que estejam de acordo com ela, ainda que sejam conflitantes com outras regras do sistema. Além disso, é a regra última de validade do sistema pois, enquanto outras regras podem fazer referência a ela para serem válidas, não existe outra regra que forneça critérios para avaliação da sua validade

³³⁶ Iniciar por Kant sugere uma longa, e costumeiramente desnecessária, retomada de discussões filosóficas centenárias. Algo como falar do código de Hamurábi. Apesar disso, comecemos com Kant pois autores mais recentes tratam do tema utilizando, justamente, a proposta kantiana. Cf. BOBBIO, Norberto, **Teoria Geral do Direito**, 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 106–111.

³³⁷ KANT, Immanuel, **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**, Lisboa: Edições 70, 2007, p. 51–52.

³³⁸ KANT, Immanuel, **A metafísica dos costumes**, 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017, p. 31–32.

³³⁹ KANT, **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**, p. 53–54.

³⁴⁰ Exemplifica o referido autor: “Que para dividir uma linha em duas partes iguais, segundo certo princípio, tenho de tirar dois arcos de círculo que se cruzem partindo das extremidades dessa linha, isso ensina-mo a Matemática (...); mas que, quando eu sei que só por esta acção é que o efeito pensado se pode dar, se eu quiser obter esse efeito completamente, tenho de querer também a acção que para isso é indispensável”. In: *Ibid.*, p. 54.

³⁴¹ HART, H. L. A., **O conceito de direito**, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 129–142.

jurídica. Sendo assim, a partir do momento que é possível abarcar uma norma técnica nos parâmetros definidos pela regra de reconhecimento, essa norma adentra o sistema jurídico e é transformada em norma jurídica.

Essa qualificação como norma jurídica reverbera o argumento kelseniano³⁴² sobre o dualismo sociedade e natureza enquanto expressão de diferentes princípios. Organizados de acordo com o princípio da causalidade, os fatos percebidos pela humanidade constituiriam o sistema denominado natureza. Porém, submetidos esses mesmos elementos a um princípio normativo, teremos o sistema denominado sociedade. Distinguem-se, assim, as consequências do fato observado. Pela perspectiva normativa, “decolar com um avião com motores convencionais com um peso maior do que o peso máximo de decolagem autorizado para a altitude do aeródromo”³⁴³ caracteriza uma ilicitude e justificar a aplicação de uma sanção³⁴⁴. Isso não implica afirmar que ocorrerá uma posterior aplicação de sanção. No entanto, esse mesmo fato causa consequências adversas para a decolagem, pois uma maior altitude implica em menor densidade do ar e, por isso, um menor peso máximo de decolagem. uma maior distância necessária para decolar³⁴⁵. Desse modo, tal como as demais normas jurídicas, as normas técnicas também estabelecem padrões normativos e, não, causais.

Conjuntamente, as normas jurídicas compõem o cerne do ordenamento jurídico. No entendimento de Hart³⁴⁶, o núcleo do sistema jurídico são as regras primárias e as regras secundárias. As regras primárias fazem de certos tipos de comportamento um padrão, estabelecendo a obrigatoriedade de determinadas ações ou abstrações, independentemente da vontade humana. Já, as regras secundárias, preveem como as regras primárias podem ser determinadas, introduzidas, alteradas e eliminadas de maneira definitiva, bem como a maneira de determinar, conclusivamente, se as regras primárias foram transgredidas. Kelsen³⁴⁷ também compreende que o sistema jurídico é formado, majoritariamente, por normas primárias e por normas secundárias. No entanto, o autor conceitua tais normas de maneira distinta daquela utilizada por Hart. Portanto, apesar de existirem discordâncias quanto à estrutura das normas jurídicas, a maioria dos autores concorda que elas são o fundamento do sistema jurídico.

³⁴² KELSEN, Hans, **Society and nature: A sociological inquiry**, Chicago: The University of Chicago Press, 1943.

³⁴³ Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 121, art. 121.175(d).

³⁴⁴ Lei Federal nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, art. 302, I, “o”; Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018, Anexo II.

³⁴⁵ Uma redução na densidade do ar faz com que as asas gerem menos sustentação para a aeronave e afeta a potência disponível dos motores. Por isso, a aeronave precisa atingir uma maior velocidade para decolar e tem uma aceleração mais lenta, exigindo um maior espaço na pista para decolar com segurança. Tais efeitos causais justificam a fixação de pesos máximos de decolagem para os aeródromos localizados em cada altitude.

³⁴⁶ HART, **O conceito de direito**, p. 105–106.

³⁴⁷ KELSEN, **Teoria geral do direito e do Estado**, p. 161–167.

As normas do sistema jurídica veiculam os fins a serem alcançados, bem como os meios apropriados para a sua concretização. O Estado de Direito significou a limitação e o controle do poder estatal por meio das normas de Direito Público³⁴⁸. Nesse sentido, há uma subordinação material e formal do Poder Público às normas jurídicas. Em relação ao aspecto material, há o atrelamento do Estado a determinados fins previamente estabelecidos como válidos. Em relação ao aspecto formal, há o preestabelecimento dos meios possíveis de utilização³⁴⁹. Desse modo, as normas técnicas inseridas no ordenamento jurídico estão diretamente relacionadas à noção de Estado de Direito. Elas devem conter os meios aptos a concretizar os fins definidos em outra norma jurídica³⁵⁰.

Exemplo do afirmado no parágrafo anterior é a técnica legislativa das normas penais em branco, as quais demandam a complementação do preceito primário do tipo³⁵¹. Esta complementação pode ocorrer em dois níveis. Primeiramente, a complementação pode ser no mesmo plano normativo da norma penal em branco. É a norma penal em branco homogênea. Porém, a complementação também pode ocorrer em outro plano normativo, caso em que existirá uma norma penal em branco heterogênea. Fábio Guaragni³⁵² aponta o art. 178 Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (“Código Penal”) como exemplo de norma penal em branco homogênea, pois “incrimina a emissão de conhecimento de depósito ou warrant “em desacordo com disposição legal” - no caso, a Lei 11.076/2004, que disciplina os requisitos para emissão dos títulos citados”. Para exemplificar as normas penais em branco heterogêneas, o mesmo autor³⁵³ faz referência ao art. 33 da Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006, cujo art. 33 criminaliza o tráfico de drogas e é complementado pela Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998, da ANVISA.

³⁴⁸ MOREIRA NETO; GARCIA, A principiologia no direito administrativo sancionador, p. 2.

³⁴⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, O princípio da legalidade e algumas de suas consequências para o direito administrativo sancionador, **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. I, p. 61–75, 2003, p. 73.

³⁵⁰ “A caracterização de um imperativo hipotético desse tipo é que a consequência ou o fim não é o efeito de uma causa em sentido naturalístico, mas uma consequência que é imputada a uma ação, considerada como meio, pelo ordenamento jurídico, ou seja, por uma norma. Nesse caso, a relação meio-fim não é a conversão em forma de regra de uma relação entre causa e efeito, mas de uma relação entre um fato qualificado pelo ordenamento como condição e um outro fato que o próprio ordenamento qualifica como consequência.”. In: BOBBIO, **Teoria Geral do Direito**, p. 87.

³⁵¹ GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion, **Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal**, São Paulo: Almedina, 2014, p. 28.

³⁵² GUARAGNI, Fábio André, Critérios de compatibilização da Norma Penal em branco com o Princípio da Reserva Legal, no aspecto formal da competência legislativa exclusiva para edição de normas incriminadoras, p. 3.

³⁵³ *Ibid.*

Essa técnica legislativa flexibilizaria o direito penal, tornando-o mais maleável³⁵⁴. Justamente por isso, as normas penais em branco foram utilizadas durante o período da pandemia de COVID-19. Neste sentido, a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 (“Lei do Novo Coronavírus”) estabeleceu uma série de medidas que poderiam ser tomadas pelas autoridades públicas³⁵⁵. Porém, a referida lei não previa as sanções aplicáveis em virtude de eventual descumprimento. Por isso, o Governo Federal editou, em 17 de março de 2020, a Portaria Interministerial nº 5, dispondo que eventual descumprimento configuraria o crime de infração de medida sanitária, instituído no art. 268 do Código Penal. Este dispositivo do Código Penal, por sua vez, é uma norma penal em branco, de modo que permitia uma atuação flexível por parte do Poder Público para adotar as medidas necessárias ao enfrentamento da pandemia³⁵⁶.

Superada a tese da diferenciação estrutural das normas técnicas, o presente subtópico visa enfrentar a hipótese da distinção na justificativa do ato normativo. Continuando o raciocínio estabelecido no subtópico anterior, argumentamos que a edição de normas técnicas impõe algum grau de determinação de objetivos, sendo essa uma atividade política.

O advento do Estado Social demonstrou a insuficiência da análise estrutural do sistema jurídico, sendo necessário analisar a sua função. O Estado Liberal foi marcado seu caráter repressivo, o qual visava proteger os cidadãos por meio da repressão dos atos ilícitos. Nesse sentido, as normas jurídicas continham comandos proibitivos de determinadas condutas, sob ameaça de aplicação de sanção. O Estado Social representou o fortalecimento do caráter promocional do direito, no qual as normas jurídicas visam incentivar determinadas condutas por meio de sanções e de prêmios³⁵⁷. Assim, o sistema jurídico como um todo passa a desempenhar a função de promover determinados objetivos tidos como relevantes pela comunidade política. Portanto, as normas técnicas, incorporadas no sistema como normas jurídicas, devem veicular meios aptos à realização dos fins do sistema jurídico.

³⁵⁴ GRECO, Luís, Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos, **Revista de Concorrência e Regulação**, v. Ano II, n. 7–8, p. 349–373, 2012, p. 350.

³⁵⁵ Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, art. 3º.

³⁵⁶ Sobre o tema, o STF fixou a seguinte tese: “O art. 268 do Código Penal veicula norma penal em branco que pode ser complementada por atos normativos infralegais editados pelos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), respeitadas as respectivas esferas de atuação, sem que isso implique ofensa à competência privativa da União para legislar sobre direito penal (CF, art. 22, I)”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno), Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.418.846/RS. Relatora: Ministra Rosa Weber. Julgado em: 24/03/2023.

³⁵⁷ BOBBIO, Norberto, **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**, Barueri, SP: Manole, 2007, p. 5–7.

As agências reguladoras atuam na fixação de meios e de fins aptos à concretização dos objetivos setoriais. Como demonstrado por Tércio Ferraz Júnior³⁵⁸, a competência normativa das agências reguladoras está relacionada ao princípio da eficiência, o qual impõe uma avaliação dos atos administrativos por seus resultados, e não apenas por sua consistência interna. Nesse sentido, o referido autor propõe diferenciar a validação condicional da validação finalística das normas. No primeiro caso, existem condições prefixadas para que a norma subsequente seja válida, independentemente da concretização dos fins normativos. No segundo caso, existem fins que devem ser alcançados, mas cabendo ao agente encontrar os meios adequados. Desse modo, para Tércio Ferraz Júnior, a competência das agências reguladoras envolveria um juízo de oportunidade e um juízo de realidade. Em relação ao primeiro, há a obediência formal à lei e à correta motivação. Em relação ao segundo, há uma avaliação de políticas de implementação de objetivos, de adequação dos meios escolhidos em face dos fins propostos.

A definição dos fins é uma atividade discricionária, cabendo ao agente ou ente competente, na visão de Hart³⁵⁹, adotar uma postura de equilíbrio dos interesses envolvidos. O direito usualmente se refere a classes de pessoas e a classes de condutas, coisas e circunstâncias. Por isso, aponta ser necessário reconhecer quando casos particulares se enquadram nas classificações gerais previstas pelo legislador. No entanto, as limitações da linguagem utilizada pelo legislador impõem a existência de uma discricionariedade de quem aplicará a regra. Além disso, a natureza humana do legislador impede o conhecimento prévio de todas as circunstâncias futuras. Isso causa uma relativa imprecisão dos objetivos ou propósitos que podem ser atribuídos à regra. Por isso, as autoridades devem fazer uma escolha discricionária, ainda que essa escolha possa não ser arbitrária ou irracional. Em cada caso, devem procurar um equilíbrio entre os interesses em conflito, os quais terão pesos variáveis de caso a caso. Com isso, Hart conclui que os tribunais, bem como os entes e agentes administrativos, exercem função normativa nos espaços deixados em aberto pela teoria dos precedentes e à margem das regras.

O grau de discricionariedade variará nos diferentes campos de comportamento, de modo que os sistemas jurídicos utilizam diferentes técnicas para suprir tal variação. O legislador pode verificar, desde o início, a sua incapacidade de antecipar e normatizar as condutas de determinado campo social. Nesse caso, estabelece um órgão administrativo com competência

³⁵⁸ FERRAZ JÚNIOR, Agências reguladoras, p. 8.

³⁵⁹ HART, **O conceito de direito**, p. 161–172.

para elaborar as normas adaptadas às necessidades específicas, atribuindo-lhe a tarefa de regulamentar o setor.

Assim, o poder legislativo pode exigir que as empresas atuantes em um determinado setor da economia respeitem certos padrões – por exemplo, que cobrem apenas tarifas razoáveis ou ofereçam condições seguras de trabalho. (...). Esse poder normativo só pode ser exercido após algo semelhante a uma averiguação judicial dos fatos relativos àquele setor da economia, após terem sido ouvidos os argumentos pró e contra determinada forma de regulamentação³⁶⁰

A discricionariedade na fixação dos fins é uma decisão política do regulador, mas não é arbitrária, pois há uma vinculação ao conteúdo material e formal das normas do sistema jurídico³⁶¹. Tais entes possuem uma discricionariedade fraca, a qual pode ter dois sentidos³⁶². O primeiro deles é que o aplicador precisa desenvolver raciocínios jurídicos para tomar a decisão. Ou seja, a tomada de decisão implica algum juízo, alguma ponderação de elementos para a correta interpretação de um dado critério precedente à decisão, que não possa ser aplicado de forma mecânica. O segundo sentido fraco é que a autoridade tem a decisão final sobre a matéria. Assim, as decisões não estão sujeitas a qualquer instância objetiva de controle, ainda que efetivamente vinculadas, de um ponto de vista abstrato, por um certo critério qualquer. No entanto, o ente não possui uma discricionariedade em sentido forte, segundo o qual a sua decisão não estaria vinculada a qualquer critério. Essa visão ignoraria existência de princípios jurídicos que possuem caráter normativo.

A suposta natureza técnica das normas emitidas pelas agências reguladoras não afasta a necessidade de definição dos fins a serem alcançados. Essa definição envolve uma ponderação dos objetivos previstos pelo sistema jurídico. O exercício dessa função implica um juízo de realidade, no qual seja realizada uma avaliação de políticas de implementação de objetivos. Para isso, o regulador utiliza como parâmetros princípios e políticas tidas como normas pelo sistema jurídico³⁶³. Por isso, as normas regulatórias não podem ser tidas como meras normas técnicas pois, como visto, estas estão relacionadas a fins possíveis de serem perseguidos pelo agente. No caso das agências reguladoras, há o dever de concretizar as políticas públicas previstas no ordenamento jurídico.

³⁶⁰ *Ibid.*, p. 169–171.

³⁶¹ Cf. capítulo **Erro! Fonte de referência não encontrada.**

³⁶² DWORKIN, Ronald, **Levando os direitos à sério**, 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 50–62.

³⁶³ “(...) editar atos normativos regulatórios representa a materialização de escolhas, com base na Constituição Federal e na lei, que busque confrontar o problema a ser solucionado em face da Constituição, e os bens e valores jurídicos que ali estariam conflitando, estabelecendo-se qual ou quais desses valores em conflito deverá prevalecer.”, In: GUERRA, **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas**, p. 236.

2.3.2 Estão falando da discricionariedade administrativa?

Diante dos argumentos desenvolvidos nos subtópicos anteriores, precisamos esclarecer do que estamos falando. Afinal, escolher entre diferentes objetivos e instrumentos previstos no ordenamento jurídico integra, há tempos, o rol de competências atribuídas à Administração Pública. Integra a noção de discricionariedade administrativa, que é um dos clássicos objetos de estudos do direito administrativo. E não teria como ser diferente, tendo o direito administrativo surgido como uma forma de limitação do arbítrio estatal. Diante disso, não pretendemos revisitar toda a bibliografia dedicado ao tema³⁶⁴, mas sim ressaltar dois aspectos centrais que permitem distinguir a discricionariedade administrativa da atuação política das agências reguladoras federais.

O primeiro aspecto a ser considerado é a relação entre a discricionariedade administrativa e a função administrativa. Como demonstrado por Celso Antônio Bandeira de Mello³⁶⁵, a discricionariedade administrativa existe no exercício da função administrativa, de constituindo-se como um predicado do dever imposto ao agente administrativo de atender à finalidade estabelecida no ordenamento jurídico. Pressupõe-se, portanto, uma definição prévia das finalidades tidas como de interesse público. Além disso, a discricionariedade, entendida como a liberdade na escolha dentre diferentes alternativas, pressupõe a existência de um conjunto de meios já delineados pelo detentor de poder político.

Essa é uma decorrência da própria noção de função administrativa. Como vimos, a função administrativa impõe ao agente o dever de agir orientado pela realização do interesse público. Este, por sua vez, estaria previamente definido no ordenamento jurídico. Com isso, a Administração Pública submete-se à legalidade administrativa e, nos dizeres de Maria Sylvia Di Pietro, “a discricionariedade deixou de ser um poder político para transformar-se em poder jurídico”³⁶⁶. É dizer que as normas do sistema jurídico impuseram à Administração Pública o dever de agir visando os fins que o legislador definiu como de interesse público, utilizando os

³⁶⁴ Para uma monografia recente dedicada ao tema, cf. PEREZ, Marcos Augusto, **O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas**, Tese (Livre-Docência em Direito do Estado), Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, 2018.

³⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Discricionariedade e controle jurisdicional**, 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 48.

³⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 80.

instrumentos que o mesmo legislador disponibilizou para tal fim. Portanto, a finalidade vincula as ações da Administração Pública³⁶⁷.

Mesmo para autores como Celso Antônio Bandeira de Mello³⁶⁸, para quem pode existir discricionariedade na finalidade, não se trata da definição de objetivos pela Administração Pública. Esta discricionariedade existiria na finalidade da norma e decorreria da natureza plurissignificativa das palavras que se reportam a um conceito de valor. Tais conceitos reportar-se-iam a realidades que podem ocorrer em diferentes graus e medidas, o que geraria discordâncias quanto à sua configuração³⁶⁹. Não há, portanto, competência para definição de um fim novo, distinto daquele previsto em lei; há, apenas, obrigação de definir o significado preciso da finalidade legal³⁷⁰.

Inegável o enfraquecimento contemporâneo dessa vinculação aos fins definidos pelo legislador, como bem explica Marcos Augusto Perez³⁷¹. A multiplicidade dos interesses sociais e econômicos dificultam que o Poder Legislativo sirva de arena para construção de consensos, fazendo com que edite normas dotadas de maior grau de imprecisão. Contribui para isso a crise de legitimidade causada pelo distanciamento entre os representantes políticos e os cidadãos representados. Esses fatores incentivam o legislador a delegar à Administração Pública, explícita ou implicitamente, competência para pacificar as disputas políticas relacionadas aos

³⁶⁷ “(...) a finalidade vincula e pode ser objeto de contrasteamento, pois ou ela virá explicitada na norma exequenda ou nela estará implícita, na própria regra de competência. Ora, se a competência é sempre vinculada, podemos concluir que a finalidade, que lhe é xifópaga, também o será, pois à Administração só se atribui competência para perseguir interesses públicos *definidos em lei*. Em suma: onde existe competência, aí está a sua finalidade.”, in: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, **Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 37, nota de rodapé 14.

³⁶⁸ BANDEIRA DE MELLO, **Discricionariedade e controle jurisdicional**, p. 19–22.

³⁶⁹ H. L. A. Hart apresentou argumento semelhante ao tratar da discricionariedade nos fins, denominada por ele como “*Indeterminacy of Aim*”. “*Suppose my aim in having the rule excluding vehicles from the park was to make parks fit for people to rest and play in and walk freely about in without the stringent attention to safety necessary in the streets. Then it is true that this aim is so far determinate that we know that we have decided to pursue it in what are the clear standard cases recognizable as application of the rule: that is to say, we know that we want peace in the park quoad the motorists, the bicyclists, the bus driver. (...) On the other hand, though we put this general aim of peace in the park in conjunction with those cases which we could not ab initio anticipate, our aim is indeterminate in these directions: we have not settled whether some and if so what degree of peace in the park is to be sacrificed to those whose interest or pleasure it is to use these objects. When the actual case arises we then have to weigh and choose between or make some compromise between competing interests and thus render more determinate our initial aim.*”, in: HART, H. L. A., *Discretion*, **Harvard Law Review**, v. 127, n. 2, p. 652–665, 2013, p. 662–663.

³⁷⁰ “Finalmente, pode residir na finalidade da norma, pois, como ela serve de diretriz para a inteligência dos demais elementos da estrutura lógica da norma, se a finalidade é um valor – como deveras o é – e se os valores não são unissignificativos, a fluidez da finalidade refluí sobre o pressuposto de fato. (...). Anote-se, de passagem, que a imprecisão, fluidez, indeterminação, a que se tem aludido residem no próprio conceito e não na palavra que os rotula.”, in: BANDEIRA DE MELLO, **Discricionariedade e controle jurisdicional**, p. 20.

³⁷¹ PEREZ, **O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**, p. 43–44.

interesses divergentes. Abre-se, assim, espaço para a arbitrariedade administrativa, na medida em que dificilmente uma finalidade não esteja abarcada pelos fins atribuídos ao Estado³⁷²:

A capacidade de definir os fins tidos como de interesse público e os instrumentos empregáveis pela Administração Pública na concretização de tais fins é, portanto, algo anterior à competência discricionária. É um exercício do poder político. Justamente por isso, o seu *locus* usual é o Parlamento, tradicionalmente tido como o espaço de construção de consensos políticos. À Administração Pública, enquanto no exercício da função administrativa, cabe usar os meios que lhe foram atribuídos pelo legislador para atingir as finalidades previstas no ordenamento jurídico.

No Estado de Direito quer-se o governo das leis e não o governo dos homens, consoante a clássica assertiva proveniente do Direito inglês. Isso significa que é ao Poder Legislativo que assiste o encargo de traçar os objetivos públicos a serem perseguidos e de fixar os meios e os modos pelos quais hão de ser buscados, competindo à Administração, por seus agentes, o mister, o dever, de cumprir dócil e fielmente os *desiderata* legais, segundo os termos estabelecidos em lei. Assim, a atividade administrativa encontra na lei tanto seus fundamentos quanto seus limites. (...). Deveras, no Estado de Direito, é uma garantia para os cidadãos, não apenas a segurança de que o Poder Público só pode buscar as finalidades estipuladas nas leis, mas também a de que, ao buscá-las, terá de cingir-se à utilização de meios que o Direito antecipadamente e adrede concebeu como sendo os adequados para o atingimento de cada uma delas.³⁷³

Não é demais reforçarmos a distinção entre o exercício de poder político e de competência discricionária. Os Poderes Legislativo e Executivo traçam as políticas setoriais. Definem, assim, os objetivos a serem concretizados e os instrumentos utilizáveis para tanto³⁷⁴. A discricionariedade administrativa existe em momento posterior, ou seja, após os poderes políticos terem determinado os fins e os meios. Explicitamos, com isso, a interdependência entre política e direito.

Isso permite adentrarmos no segundo aspecto: a não susceptibilidade das decisões políticas sobre fins e meios ao controle jurisdicional. Como dito anteriormente, não estamos

³⁷² “Repise-se que no Estado de Direito é garantia do administrado saber que o poder público está adstrito não só aos fins que de antemão a lei elegera como prezáveis, mas também aos meios que adrede categorizou como sendo os próprios para suprir as finalidades consideradas valiosas tanto mais porque, nos tempos modernos, rara é a finalidade que não se inclua dentro do campo de objetivos que o Estado de propõe a tutelar.”, in: BANDEIRA DE MELLO, **Discricionariedade e controle jurisdicional**, p. 65–66.

³⁷³ *Ibid.*, p. 49 e 60.

³⁷⁴ “De um modo geral, o Poder Legislativo costuma definir, a partir de sua competência constitucional, os *fins* da política, enquanto o Executivo se encarrega de definir os *meios* de implementação. Entretanto, a depender da iniciativa de lei responsável pela construção do arcabouço da ação governamental, essas funções podem ser intercambiáveis entre os poderes.”, in: BUCCI, Maria Paula Dallari; SOUZA, Matheus Silveira de, *A abordagem Direito e políticas públicas: temas para uma agenda de pesquisa*, **Sequência (Florianópolis)**, v. 43, n. 90, p. e85500, 2022, p. 6.

abordando as decisões administrativas qualificadas como um exercício de competência discricionária. Não se trata, assim, de analisar criticamente a teoria da insindicabilidade judicial do mérito administrativo, questão sobre a qual diversos trabalhos já se debruçaram³⁷⁵. Trata-se, em verdade, de identificar as decisões políticas que geraram as normas jurídicas nas quais baseiam-se os atos praticados no exercício de competência discricionária.

Há autores que discordam desse entendimento, argumentando não existirem decisões políticas para o direito, mas apenas o exercício de competência discricionária. Defensor dessa corrente é Ricardo Marcondes Martins³⁷⁶, para quem a política é, juridicamente, discricionariedade. O referido autor assim expressa o seu entendimento:

O que caracteriza os chamados atos políticos ou de governo é o fato de se rem decorrentes do exercício de competência discricionária. Em Direito, a política é nada mais nada menos do que discricionariedade. Mesmo a política que desconfirma o exercício do poder é juridicizada, pois o direito a considera violação e não propriamente desconfirmação do poder. E o que vem a ser discricionariedade? Sempre que o Direito admite duas ou mais soluções, como igualmente razoáveis, proporcionais, justas, ele imputa a escolha ao agente competente. São decisões próprias do pluralismo político.³⁷⁷

Discordo desse entendimento, pois parte da premissa de que as decisões políticas expressar-se-iam por meio dos denominados atos políticos. Como bem exposto por Ricardo Marcondes Martins³⁷⁸, a teoria dos atos políticos ou de governo atribui a determinados atos uma qualificação especial que os imunizaria da apreciação jurisdicional. O referido autor considera que a Constituição Federal expurgou a categoria dos atos políticos ao possibilitar a apreciação de todos os atos estatais pelo judiciário. Por isso, conclui pela inexistência jurídica de atos políticos, de função política e, até mesmo, da própria política.

As decisões políticas, embora formalizadas por meio de procedimentos e competências juridicamente estabelecidos³⁷⁹, não são meramente o resultado da aplicação de normas legais ou da ponderação de valores. No direito, é tentador olhar exclusivamente para o próprio sistema

³⁷⁵ PEREZ, **O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**; NOBRE JÚNIOR, **O controle jurisdicional da função normativa das agências reguladoras**; PIRES, **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**; BANDEIRA DE MELLO, **Discricionariedade e controle jurisdicional**.

³⁷⁶ MARTINS, Ricardo Marcondes, “Políticas Públicas” e Judiciário: uma abordagem neoconstitucional, **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 18, n. 71, p. 145–165, 2018, p. 149–150.

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 150.

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 149.

³⁷⁹ “O elemento político se movimenta a partir da institucionalidade desenhada por normas jurídicas. Observar que a existência do direito se vincula à necessidade de instituições preexistentes para a criação do próprio direito auxilia nessa discussão. Desse modo, se trivialmente dizermos que o direito é criado pela política, é relevante recordar que o funcionamento da política (*politics*) depende de uma regulamentação jurídica prévia, isto é, condicionado por sua institucionalidade.”, in: BUCCI; SOUZA, **A abordagem Direito e políticas públicas**, p. 23.

e enxergar todas as decisões estatais como produtos internos desse sistema. Essa perspectiva, fortemente influenciada por Hans Kelsen³⁸⁰, nos permite categorizar as ações estatais em termos de atos e processos administrativos, e assim avaliar criticamente a sua conformidade com as normas jurídicas. No entanto, essa visão pode ser limitante, pois ao ocultar a dinâmica do sistema político, pode-se inadvertidamente transformar discordâncias políticas em meras questões de interpretação constitucional. Assim, os embates políticos correm o risco de serem reduzidos a um fator residual, relegados ao espaço restrito que sobra para a decisão volitiva após a análise interpretativa³⁸¹.

Disso resulta a neutralização dos conflitos políticos. Na perspectiva que apresentamos anteriormente, há uma distinção entre a política e o direito. Nela, cabe à política definir os objetivos a serem cumpridos pela Administração Pública, sendo o direito um instrumento para a realização de tais objetivos. Retomamos, com isso, a visão de Carl Schmitt sobre o caráter antagônico da política³⁸². Tal visão enxerga a política como um espaço marcado pelas relações de oposição, de modo que definir os fins e os meios implica assumir posição em um contexto de antagonismo³⁸³. Isso faz-se necessário (i) tanto porque a Constituição Federal não define, e nem mesmo poderia definir, todos os objetivos a serem concretizados pelo Estado; (ii) quanto porque revela a dinâmica institucional que gerou as normas jurídicas nas quais estão formalizadas as decisões políticas.

E isso não implica igualar a formalização das decisões políticas à categoria de atos políticos, tampouco defender as consequências tradicionalmente associadas a esse predicado. As decisões políticas se formalizam ao serem incorporadas ao sistema jurídico, manifestando-se através das normas jurídicas. Portanto, elas estão sujeitas aos mesmos requisitos de existência, validade e eficácia aplicáveis às demais disposições do ordenamento jurídico. Contudo, reconhecemos que determinados aspectos dessas normas jurídicas são fruto da dinâmica política, do embate entre interesses divergentes cuja pacificação, mesmo que provisória, se concretiza nos objetivos e instrumentos de uma política específica.

Cabe à jurisdição decidir questões de direito (art. 5º, XXV, da Constituição), mas não cabe à jurisdição decidir uma política ou um plano ou fixar metas, orçamento,

³⁸⁰ Cf. subtópico 1.1.2.

³⁸¹ Não surpreende que Martins propugne pela salvação jurisdicional diante do despreparo da população para escolher os seus representantes. “Outrossim, a maioria da população brasileira nunca possuiu educação suficiente para escolher, com absoluta liberdade e consciência, seus representantes. Diante dessas circunstâncias fáticas, cabe ao Judiciário brasileiro corrigir as mazelas de uma massa política despreparada para lidar com a coisa pública. As teorias jurídicas limitadoras da intervenção jurisdicional são, nesses termos, absolutamente inapropriadas para o direito brasileiro.”, in: MARTINS, “Políticas Públicas” e Judiciário, p. 163.

³⁸² Cf. subtópico 1.1.2.

³⁸³ MOUFFE, Chantal, **On the political**, Abingdon: Routledge, 2005, p. 10–14.

indicadores de desempenho, meios ou instrumentos de ação; consequentemente não lhe compete rever todo esse “complexo arranjo”, diante dos resultados obtidos ou punir a falta de resultado. Por outro lado, cabe à jurisdição, sim, o controle de legalidade de todas as etapas da política ou do plano: ela precisa verificar *ndo* [sic] se há política; se houve planejamento; se o processo foi observado; se os motivos são sustentáveis; se a finalidade da ação administrativa é compatível com o direito; se houve realização efetiva do controle de resultados preconizado pela legislação; e se a Administração revisou a política ou o plano em função da experiência concreta.³⁸⁴

Ao abordar essa temática, lançamos luz sobre as interações entre direito e política, preservando a integridade de ambos os sistemas. O ordenamento jurídico é a constelação na qual cada elemento é examinado para discernir as decisões políticas, e a interação entre o sistema jurídico e o sistema político serve como estrela-guia. Dois exemplos podemos aclarar o argumento.

2.3.3 Exemplos da distinção proposta

A Lei Federal nº 12.587/2012, que instituiu a Política Nacional de Mobilidade Urbana, autorizou o operador do serviço a realizar descontos nas tarifas ao usuário, inclusive de caráter sazonal, “por sua conta e risco e sob anuência do poder público”³⁸⁵. Estas constrições foram posteriormente detalhadas pela ANTT por meio da Resolução nº 5.396/2017, aplicável aos serviços de transporte rodoviário regular interestadual semiurbano de passageiros. Esta norma determina, por exemplo, que “será obrigatório o oferecimento de igual promoção em toda a extensão e em todas as seções da linha”³⁸⁶. Desse modo, um operador dos serviços não pode aplicar o desconto somente em determinado trecho ou seção no qual haja competição com outros modais.

Essa resolução é um exemplo de competência discricionária por uma agência reguladora federal. Perceba que ao tratar dos descontos tarifários a norma federal não instituiu um objetivo a ser alcançado pela Administração Pública, tampouco concedeu-lhe um instrumento para a concretização de determinada finalidade. Apenas autorizou o operador do serviço, ou seja, a empresa regulada, a conceder descontos, especificando que os descontos (i) integrariam os riscos do operador e (ii) dependeriam da anuência do poder público. Diante disso, a ANTT estabeleceu os requisitos para conceder a sua anuência, isto é, especificou os parâmetros utilizados para anuir com o desconto proposto pelo operador dos serviços. Ela não fez, portanto,

³⁸⁴ PEREZ, **O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**, p. 228.

³⁸⁵ Lei Federal nº 12.587/2012, art. 9º, § 11.

³⁸⁶ Resolução nº 5.396, de 3 de agosto de 2017, art. 4º.

avaliações sobre os fins qualificados como de interesse público, tampouco quanto aos meios de realização desses fins.

Exemplo de decisão política sobre fins e meios encontramos, por exemplo, na atuação normativa da ANA. Criada no ano de 2000, tinha como responsabilidade implementar a Política Nacional de Recursos Hídricos³⁸⁷. No entanto, com a reforma do Marco Legal do Saneamento Básico³⁸⁸, realizada em 2020, a agência tornou-se responsável por editar normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico³⁸⁹. Com isso, a ANA passou a editar atos normativos contendo normas de referência sobre diversas matérias, tais como: (i) regime, estrutura e parâmetros da cobrança para a prestação do serviço público de manejo de resíduos sólidos urbanos; (ii) padronização dos aditivos aos Contratos de Programa e de Concessão; (iii) requisitos e procedimentos para a comprovação da adoção das normas de referência; (iv) metodologia de indenização de investimentos realizados e ainda não amortizados ou depreciados; (v) matriz de riscos para contratos de prestação de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário; (vi) práticas de governança aplicadas às entidades reguladoras infranacionais que atuam no setor de saneamento básico, e; (vii) modelos de regulação tarifária dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Reforçamos que, até a reforma do Marco Legal do Saneamento Básico, a agência não tinha competência sobre o setor de saneamento básico e, obviamente, não havia editado qualquer norma para o setor. Dois pontos importam nessa constatação factual. A primeira delas é a inexistência de qualquer conhecimento ou experiência institucional sobre as questões específicas do setor. Afinal, a agência não atuava nessas questões e não era exigido dos seus servidores qualquer conhecimento sobre saneamento básico. Além disso, concomitantemente com a atribuição de competência normativa à ANA, a reforma estabeleceu objetivos setoriais, sendo a universalização dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, até 31 de dezembro de 2033, duas das mais relevantes. Sendo assim, a agência assumiu a tarefa de exercer a sua nova competência normativa de modo a viabilizar a concretização desses objetivos legais.

A legislação indica os objetivos setoriais, porém, em sua maioria, a abertura textual deles demanda uma especificação posterior. Em relação à regulação, por exemplo, a Lei Federal

³⁸⁷ Lei Federal nº 9.984, de 17 de julho de 2000, art. 1º.

³⁸⁸ Lei Federal nº 14.026, de 15 de julho de 2020.

³⁸⁹ A reforma também modificou o nome da agência para Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico, mas manteve a sigla ANA.

nº 11.445/2007 institui os objetivos de (i) estabelecer padrões e normas para a adequada prestação dos serviços e para a satisfação dos usuários, (ii) garantir o cumprimento das condições e metas contratuais, bem como aquelas constantes nos planos municipais ou de prestação regionalizada, (iii) prevenir e reprimir o abuso do poder econômico e (iv) definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos quanto a modicidade tarifária³⁹⁰. Para isso, a norma impõe à entidade reguladora dos serviços públicos de saneamento básico a obrigação de editar normas abrangendo, no mínimo, determinados aspectos de relevância técnica, econômica e social³⁹¹.

Também constam objetivos próprios para a Política Federal de Saneamento Básico³⁹², tais como: (i) desenvolvimento nacional, redução das desigualdades regionais, geração de emprego e de renda, inclusão social e promoção da saúde pública; (ii) proporcionar condições adequadas de salubridade ambiental aos povos indígenas, às populações rurais e às pequenas comunidades; (iii) incentivar a adoção de mecanismos de planejamento, regulação e fiscalização; (iv) promover alternativas de gestão que viabilizem a auto-sustentação econômica e financeira dos serviços de saneamento básico; (v) promover a regionalização dos serviços; (vi) promover a concorrência na prestação dos serviços, dentre outros.

De maneira semelhante, a Lei Federal nº 12.305/2010 instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos e estabelece os seus objetivos. Assim, ela deve visar, por exemplo, (i) proteger a saúde e a qualidade ambiental, (ii) a não geração, redução, reutilização, reciclagem e tratamento dos resíduos sólidos, (iii) disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, (iv) estimular a adoção de padrões sustentáveis de produção e consumo de bens e serviços, (v) gestão integrada de resíduos sólidos e (vi) redução, continuidade, funcionalidade e universalização da prestação dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos³⁹³.

Por fim, a legislação define quais objetivos as normas de referência da ANA deverão perseguir no setor de saneamento básico. Neste sentido, impõe que as referidas normas busquem promover (i) a prestação adequada dos serviços, (ii) a livre concorrência, a competitividade, a eficiência e a sustentabilidade econômica na prestação dos serviços, (iii) a cooperação entre os entes federativos e a regionalização da prestação dos serviços³⁹⁴. Portanto,

³⁹⁰ Lei Federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, art. 22.

³⁹¹ *Ibid.*, art. 23.

³⁹² *Ibid.*, art. 49.

³⁹³ BRASIL, Lei Federal nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, art. 7º.

³⁹⁴ BRASIL, Lei Federal nº 9.984/2000, art. 4º-A, § 3º.

os atos normativos editados pela agência deverão estar vinculados à concretização de tais objetivos.

O primeiro relatório de AIR elaborado pela ANA, no setor de saneamento básico, é do ano de 2021 e tratou da cobrança pelo serviço de manejo de resíduos sólidos urbanos (“RSU”). Na parte inicial do relatório de AIR, a agência identifica como problema regulatório a baixa sustentabilidade financeira da prestação dos serviços de RSU. Uma das causas desse problema é a ausência de cobrança pois, segundo o relatório de AIR, a maioria dos municípios brasileiros custeiam integralmente os serviços. Neste sentido, utilizando dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (“SNIS”) do ano de 2019, a FESPSP apontou que apenas 1.629 dos 5.568 municípios brasileiros cobravam pelo serviço de manejo de RSU. Porém, mesmo quando há cobrança, a receita obtida usualmente não é suficiente para custear os serviços. Assim, apenas 169 municípios cobririam integralmente os custos com a receita obtida. Ademais, nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, a relação entre arrecadação e despesas é inferior a 50%. Esse déficit decorreria do baixo desempenho do instrumento aplicado, da não aplicação dos recursos no custeio dos serviços ou pela insuficiência do valor estabelecido.

Além disso, as limitações técnica, regulatória e institucionais também foram consideradas responsáveis pela existência do problema regulatório. Segundo a ANA, seria o caso da baixa capacidade técnica e regulatória do poder público. Isto porque a agência não identificou, em muitos municípios, a designação de entidades estruturadas para regular adequadamente aspectos técnicos e econômicos dos serviços prestados. Relacionado a isso estaria a falta de conhecimento do próprio custo real da prestação dos serviços. Tais limitações também existiriam no âmbito dos próprios Poderes Concedentes, os quais careceriam de estrutura administrativa capacitada para definir e acompanhar os projetos e investimentos relacionados à ampliação e prestação dos serviços de RSU.

Estabelecido o problema regulatório, a ANA apresentou quatro possíveis alternativas de atuação regulatória, sendo a primeira delas a decisão por não realizar qualquer intervenção regulatória (alternativa “0”). As demais alternativas previam uma atuação da agência, mas distinguiam-se pelo tratamento aos instrumentos de cobrança, pelos serviços de RSI, em eventual norma de referência. Assim, uma alternativa abordaria exclusivamente a cobrança mediante taxa (alternativa “1”), enquanto outra trataria apenas da cobrança por meio de tarifa (alternativa “2”). Por fim, a última alternativa abarcaria os dois instrumentos de cobrança (alternativa “3”).

Para sugerir o caminho a ser adotado pela agência, estabeleceu-se uma metodologia multicritério para comparação entre as alternativas de atuação regulatória. Essa metodologia

teve duas etapas. A primeira delas foi de definição dos critérios, os quais deveriam refletir os objetivos e diretrizes da Política Federal de Saneamento Básico³⁹⁵ e que foram divididos em dois grupos. Um deles abarcaria os critérios relativos a custos e benefícios das alternativas, enquanto o outro conteria aqueles relacionados às diretrizes do Marco Legal do Saneamento Básico. Já a segunda etapa foi de mensuração qualitativa dos critérios, atribuindo-se pontos em uma escala de 1 a 5, com base nos seguintes parâmetros:

- A escolha do instrumento de cobrança que melhor se adequa a cada município é função de sua realidade local, desde seu porte, capacidade técnica e institucional, disponibilidade de informações cadastrais, filiação a agência reguladora, participação em modelos de gestão associada, dentre outros;
- A decisão final sobre o instrumento de cobrança a ser adotado é competência do Poder Municipal;
- Os atos regulatórios emitidos pela ANA para o setor de saneamento têm natureza não cogente, isto é, seu cumprimento não é obrigatório, apesar de poder resultar em impedimento ao acesso de recursos federais; e
- Não é possível fazer uma projeção quantitativa, ainda que estimada, dos custos e benefícios de cada alternativa, pois não se sabe de antemão quantos municípios adotarão cada solução.³⁹⁶

Com base na análise multicritério realizada, cujo resultado consta da Tabela 2 abaixo, escolheu-se a alternativa 3, pois ela teria um maior potencial de aderência por parte dos agentes do setor e, ao mesmo tempo, seria “aquela mais aderente aos objetivos e diretrizes que norteiam a atuação da ANA na coordenação regulatória”³⁹⁷.

Tabela 2

#	Critério	Alternativas				Observações/ Justificativas
		0	1	2	3	
1	Custo Financeiro potencial para o usuário (*)	5	2	2	2	O custo médio mensal por domicílio é da ordem de R\$ 32.
2	Benefício potencial para Saúde Pública	1	3	4	4	Como a tarifa tem melhores condições de manter o valor real dos serviços ao longo do tempo, incorre em menores riscos de redução de coleta do que no caso de taxas.

³⁹⁵ “Apesar da impossibilidade de quantificar o impacto das alternativas em escala nacional, é possível comparar a aderência dessas alternativas a um conjunto de critérios que refletem os objetivos e diretrizes da política federal de saneamento básico, a partir de uma avaliação qualitativa de seus possíveis impactos.”. In: ANA, Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico, Relatório de Análise de Impacto Regulatório nº 1/2021/GT Saneamento, p. 40.

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 41.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 3.

3	Benefício potencial para o Meio Ambiente	1	3	4	4	Como a tarifa tem melhores condições de manter o valor real dos serviços ao longo do tempo, incorre em menores riscos de aterros sanitários voltarem a ser lixões com o passar do tempo.
4	Custo Administrativo de cobrança e arrecadação (*)	5	3	3	3	O custo administrativo vai depender mais do método de faturamento e da existência de cadastro do que do instrumento de cobrança.
5	Custo administrativo de regulação (*)	5	3	2	2	No caso de taxa, a regulação será somente a recomendação do valor. Já quando o modelo é tarifário, toda a regulação do serviço é delegada à agência reguladora
6	Promoção da prestação adequada dos serviços	1	3	4	4	O modelo tarifário tem uma condição maior de promover a prestação adequada porque envolve menores riscos de defasagem dos valores cobrados e disponibilizados ao longo do tempo.
7	Estímulo à livre concorrência e à competitividade	1	2	4	4	Tarifa é o instrumento de cobrança adequado às concessões e PPPs.
8	Estímulo à eficiência e à sustentabilidade econômica	1	3	4	4	A regulação tarifária, realizada por agência reguladora, tem, em geral, melhores condições de promover a eficiência e a sustentabilidade econômica dos serviços do que a simples definição anual da taxa, seja pela agência reguladora ou pelo município.
9	Estímulo à Regionalização e à cooperação entre os Entes	1	3	3	3	Conforme apresentado no Quadro 11, o modelo de cobrança não afeta o processo de definição e promoção da regionalização.
10	Possibilidade de adaptação às peculiaridades locais e regionais	1	5	5	5	Ambos os instrumentos de cobrança podem ser adaptados às peculiaridades regionais.
11	Alcance do Ato Regulatório	1	4	2	5	Conforme os dados do SNIS, verifica-se que as taxas são adotadas na imensa maioria dos municípios. Por isso, um ato regulatório que

						trate de taxa terá um alcance maior do que de tarifa.
	Total de Pontos	23	34	37	40	

Detalhado o conteúdo, a metodologia e o resultado do Relatório de AIR, cabe analisarmos criticamente a atuação da ANA, com vistas a identificar e avaliar a existência de decisões políticas. Especificamente na definição dos critérios do segundo grupo, a agência adotou como única referência as disposições da Lei Federal nº 9.984/2000 sobre os objetivos das normas de referência. Não consta justificativa para a não inclusão dos objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos, previstos na Lei Federal nº 12.305/2010, tampouco uma discussão quanto aos objetivos da Política Federal de Saneamento Básico, estabelecidos na Lei Federal nº 11.445/2007, e que, segundo o próprio Relatório de AIR, seriam utilizados como referência. Percebe-se, portanto, uma falta de transparência na definição dos critérios utilizados para avaliar as alternativas regulatórias.

Além disso, ao empregar a metodologia de análise multicritério, a agência atribuiu o mesmo peso a todos os critérios utilizados na avaliação das alternativas regulatórias. Com isso, o “Alcance do ato regulatório” recebeu o mesmo peso dos critérios “Benefício potencial para a saúde público” e “Benefício potencial para o meio ambiente”. Ocorre que, enquanto os dois últimos critérios refletem objetivos legalmente impostos à regulação tarifária³⁹⁸, o primeiro reflete um objetivo estabelecido pela própria ANA³⁹⁹. Ademais, apesar de podermos contra-argumentar apontando ser da própria natureza das normas de referência buscar alcançar um maior número de situações fáticas e jurídicas, a verdade é que o Poder Legislador não impôs essa meta às normas de referência. De fato, em temas como qualidade e eficiência na prestação dos serviços, e instrumentos negociais, a legislação determinou a busca pela padronização⁴⁰⁰. Porém, não o fez para a regulação tarifária⁴⁰¹, aplicando-se apenas o dever geral da ANA de zelar pela uniformidade regulatória. Este dever não é um objetivo setorial, estando previsto,

³⁹⁸ Lei Federal nº 11.445/2007. Art. 30. Observado o disposto no art. 29 desta Lei, a estrutura de remuneração e de cobrança dos serviços públicos de saneamento básico considerará os seguintes fatores: (...). III - quantidade mínima de consumo ou de utilização do serviço, visando à *garantia de objetivos sociais, como a preservação da saúde pública*, o adequado atendimento dos usuários de menor renda e a *proteção do meio ambiente*

³⁹⁹ “Além desses grupos de critérios, foi definido um relativo ao alcance do ato regulatório, ou seja, qual (ou quais) alternativas permitem um avanço maior na implementação do novo marco legal do saneamento, por atingir um maior número de municípios”, In: ANA, Relatório de AIR nº 1/2021/GT Saneamento, p. 42.

⁴⁰⁰ Lei Federal nº 9.984/2000, art. 4º-A, § 1º, I e III.

⁴⁰¹ Lei Federal nº 9.984/2000. Art. 4º-A, § 1º, II - regulação tarifária dos serviços públicos de saneamento básico, com vistas a promover a prestação adequada, o uso racional de recursos naturais, o equilíbrio econômico-financeiro e a universalização do acesso ao saneamento básico

inclusive, junto do dever de zelar pela segurança jurídica⁴⁰². Igualou-se, portanto, os objetivos instituídos pelo Congresso Nacional na legislação setorial, com um objetivo estabelecido pelo regulador.

Igualar esse único critério impactou significativamente a escolha da agência. A alternativa regulatória escolhida pela agência obteve 40 pontos, enquanto a segunda colocada recebeu 37 pontos. Os 3 pontos de diferença entre as alternativas decorreram, exclusivamente, das diferentes pontuações atribuídas às alternativas 2 e 3 quanto ao citado critério “Alcance do Ato Regulatório”. Afinal, elas receberam as mesmas pontuações em todos os demais critérios de análise. Podemos considerar as consequências como positivas, já que a agência editou uma norma tratando tanto de taxa quanto de tarifa, mas isso não afasta a constatação de que a escolha por essa atuação regulatória se fundamentou exclusivamente na probabilidade de concretizar um objetivo definido pela própria agência.

2.4 Síntese conclusiva

O exemplo da ANA é útil por diversos motivos. Primeiramente, como a agência não atuava no setor de saneamento básico, conseguimos analisar o momento inicial da sua atuação regulatória e conectá-lo à política setorial recém aprovada pelo Poder Legislativo. Com isso, identificamos mais facilmente a relação entre os objetivos estabelecidos na legislação e o exercício da função normativa pela agência reguladora. Temos, então, uma fotografia na qual vemos a decisão política tomada pela ANA. Ressaltamos, porém, que essa fotografia é um instrumento de análise e não uma reprodução fidedigna da realidade. A realidade não é estática. Ela é dinâmica. Nela, o que temos é um processo contínuo de interação entre os Poderes Executivo e Legislativo, as agências reguladoras, os agentes regulados, os usuários e os demais interessados⁴⁰³.

Outra utilidade desse exemplo é a transparência com a qual a ANA tomou a decisão política. A agência não empregou subterfúgios ou agiu de má-fé buscando esconder os seus objetivos. Pelo contrário, indicou expressamente quais eram os objetivos e a prioridade de cada um deles. Lembramos que a legislação impõe a definição dos objetivos a serem alcançados pelo ato normativo e a agência cumpriu essa obrigação de modo exemplar ao elencar os objetivos

⁴⁰² *Ibid.*, art. 4º-A, § 7º. No exercício das competências a que se refere este artigo, a ANA zelar pela uniformidade regulatória do setor de saneamento básico e pela segurança jurídica na prestação e na regulação dos serviços, observado o disposto no inciso IV do § 3º deste artigo.

⁴⁰³ Cf. PEREIRA NETO; LANCIERI; ADAMI, O Diálogo Institucional das Agências Reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: uma Proposta de Sistematização.

buscados pelo ato normativo proposto, bem como hierarquizando os graus de prioridade desses objetivos. Essa deveria ser a prática rotineira e serve para destacarmos que o exercício de poder político pelas agências reguladoras não é algo que necessariamente ocorre de maneira espúria ou dissimulada. E isso conversa com a terceira utilidade do exemplo da ANA.

A terceira utilidade é o caráter, a nosso ver, acertado da decisão política adotada pela ANA. De fato, apesar de termos dúvidas quanto à atribuição do mesmo peso que foi dado aos objetivos de saúde pública e meio ambiente, entendemos que a agência agiu corretamente ao definir o alcance do ato regulatório como um dos objetivos do ato normativo proposto. Este é um objetivo importante e capaz de incrementar a estabilidade regulatória no setor de saneamento básico. Mas isso não impede reconhecermos o caráter eminentemente político da decisão, conforme qualificação utilizada pela Constituição Federal⁴⁰⁴.

⁴⁰⁴ Cf. 1.3.1.

3 O CONTROLE POLÍTICO DA FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

O presente capítulo pretende analisar os fundamentos e instrumentos de controle político dessas decisões políticas, em especial pelo Presidente da República. Como vimos no primeiro capítulo, as decisões políticas abarcam as decisões sobre os fins considerados como de interesse público e os meios utilizáveis pela Administração Pública para concretizá-los. No segundo capítulo, demonstramos que as agências reguladoras federais não estão imunes ao exercício de poder político, pois atuam na definição e hierarquização de objetivos, bem como dos instrumentos para a sua concretização. Portanto, as agências reguladoras federais tomam decisões políticas e elas devem ser controladas politicamente.

3.1 Os fundamentos do controle político pelo Presidente da República

O foco da propaganda independência das agências reguladoras é a espécie de relação existente entre elas e os demais órgãos do Poder Executivo, especialmente, no âmbito federal, o Presidente da República. Porém, é preciso avaliar as normas jurídicas que definem e caracterizam essas relações. O presente tópico pretende realizar essa avaliação e, para isso, está dividido em dois subtópicos. No primeiro subtópico, analisamos a relação que o Presidente da República mantém com os órgãos e entidades da Administração Pública federal. Para isso, fazemos uma avaliação da diferenciação usualmente aceita entre controle e relação hierárquica, no intuito de identificar a sua sustentação normativa e os predicados necessários ou suficientes para a caracterização de uma relação hierárquica. Em seguida, verificamos se as competências atribuídas ao Presidente da República pelo ordenamento jurídico são suficientes para afirmarmos a existência de um poder de controle sobre as agências reguladoras federais.

3.1.1 O controle e a relação hierárquica

É possível sustentar uma diferenciação entre o controle e a hierarquia. Enquanto o primeiro existiria em relação à Administração Pública descentralizada, a segunda estaria presente no caso de desconcentração administrativa. Isto afetaria os poderes detidos pelo controlador e pelo hierarca. No primeiro caso, caberia à lei definir os poderes existentes; no

segundo caso, os poderes estariam implicitamente estabelecidos na Constituição Federal⁴⁰⁵. Porém, tal distinção demanda um maior aprofundamento. Por isto, no presente subtópico (i) revisarei os fundamentos doutrinários da diferenciação e (ii) analisarei criticamente a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico nacional.

A maior parte da literatura nacional distingue o controle da hierarquia, apontando diferenças nos poderes existentes em cada um dos casos. Esse entendimento está baseado nas categorias da desconcentração e da descentralização. A desconcentração, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁰⁶, é uma divisão interna das atividades desenvolvidas pela Administração Pública. Neste sentido, o referido autor explica que as instituições estatais distribuem internamente determinados feixes do seu plexo de competências, os quais são agrupados em uma unidade individualizada localizada no interior do ente criador. É o caso, por exemplo, das delegacias regionais de polícia (desconcentração territorial), dos diferentes ministérios (desconcentração com base na matéria) e das chefias de órgãos (desconcentração hierárquica). Por outro lado, e ainda segundo Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁰⁷, a descentralização implica a criação de uma nova personalidade jurídica. Assim, outrem passa a deter competência sobre as atividades originalmente atribuídas a uma pessoa jurídica integrante da Administração Pública. É o caso, por exemplo, das autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista.

O conceito de desconcentração reflete a tradicional organização hierárquica da Administração Pública. Porém, a descentralização rompe com essa lógica. De fato, na desconcentração não há a criação de uma outra personalidade jurídica. Com isto, há uma mera divisão interna de competências, visando uma melhor organização das atividades públicas. Logo, o ente estatal mantém a totalidade da sua competência. Já na descentralização, a nova pessoa jurídica recebe as atribuições anteriormente detidas por outro ente, mas sem estar localizado em sua intimidade. Deste modo, as duas pessoas jurídicas não integram uma relação jurídica marcada pela hierarquia, pois o ordenamento jurídico delega a competência para o novo ente. Assim, a descentralização administrativa implica que a pessoa jurídica criada detém poderes para definir autonomamente as questões inseridas no seu plexo de competências, sem a interferência de outro ente estatal.

⁴⁰⁵ ZOCKUN, Carolina Zancaner; ZOCKUN, Maurício, Delegação da função pública, *in*: NUNES JR., Vidal Serrano *et al* (Orgs.), **Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional**, 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021, n. 67.

⁴⁰⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, **Curso de Direito Administrativo**, 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 157–160.

⁴⁰⁷ *Ibid.*

Diante disso, a desconcentração administrativa teria, como uma de suas características essenciais, a existência de uma relação hierárquica. Por seu turno, a descentralização administrativa estaria marcada justamente pela ausência dessa espécie de relação. Revisar as decisões tomadas por órgãos ou agentes subordinados é uma manifestação do poder hierárquico. Afinal, essa capacidade de modificar, anular ou revogar os atos administrativos alheios⁴⁰⁸ é uma das possíveis características das relações hierárquicas. Tal poder hierárquico não existiria na descentralização administrativa. Isto porque o ente descentralizado não é hierarquicamente inferior a outro ente. Assim, detém poderes para determinar o conteúdo dos atos sujeitos à sua competência⁴⁰⁹.

Porém, não há unanimidade quanto às qualidades necessárias ou suficientes para qualificar uma determinada relação como hierárquica. Em verdade, como demonstrado nos parágrafos seguintes, a confrontação da literatura jurídica com as normas do sistema jurídico nacional demonstra a dificuldade em definir as características inerentes a esse tipo de relação jurídica.

Parcela da literatura nacional compreende que a relação hierárquica implica uma atribuição, ao hierarca, de uma série de poderes. Isto possibilitaria uma autoridade continua e permanente sobre as atividades desenvolvidas pelo subalterno. É o caso, por exemplo, de Celso Antônio Bandeira de Mello⁴¹⁰. No seu entendimento, em uma relação hierárquica o superior tem poderes de comando, de fiscalização, de revisão, de punição, de dirimir controvérsias e de delegar ou avocar competências. Deste modo, e dentro dos limites legais, o órgão ou entidade superior sempre poderia alterar, revogar (quando inconveniente ou inoportuna) ou anular (quando viciada) as decisões dos subalternos.

É significativa a parte da literatura jurídica brasileira que integra essa corrente e caracteriza a relação hierárquica pela atribuição, ao hierarca, de amplos poderes sobre os atos do subalterno. Ruy Cirne Lima⁴¹¹ e Themístocles Brandão Cavalcanti⁴¹² adotam esse entendimento. Neste sentido, o primeiro indica três “princípios de ação” fundamentais à organização hierárquica, os quais podem ser corretamente sintetizados como poder de direção, poder de revogação e poder disciplinar. Além disso, insere no poder de revogação a capacidade

⁴⁰⁸ Lei Federal nº 9.784, de 29 de Janeiro de 1999, art. 64.

⁴⁰⁹ “A descentralização administrativa, para ser completa, supõe necessariamente: I – que os atos do agente, órgãos ou pessoa jurídica, oriundos da descentralização, não sejam revogáveis pelo Estado, ou Administração central; II – que o conteúdo desses atos não seja fixado pelo Estado, ou Administração central, mas pelo próprio agente, órgão ou pessoa jurídica, oriunda da descentralização.”, In: LIMA, **Princípios de Direito Administrativo**, p. 398.

⁴¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 158–159.

⁴¹¹ LIMA, **Princípios de Direito Administrativo**, p. 425–426.

⁴¹² CAVALCANTI, Themístocles Brandão, **Tratado de Direito Administrativo**, vol. 1, 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 53–56.

de avocar competências. Interessa ressaltar que, talvez por ter escrito antes do surgimento da Lei Federal nº 9.897/1999, Cirne Lima não é expresso quanto à possibilidade de o hierarca alterar a decisão do subordinado. De maneira semelhante, Themístocles Brandão Cavalcanti identifica o poder de direção e o poder disciplinar como fundamentais à relação hierárquica. Ademais, argumenta que o poder de revisão das decisões do subalterno é uma decorrência da posição de superioridade do hierarca. No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles⁴¹³ afirma que poder hierárquico visa ordenar, coordenar, controlar e corrigir os atos internos à Administração Pública. Razões

Portanto, para a corrente teórica integrada por Celso Antônio Bandeira de Mello, Themístocles Cavalcanti, Hely Lopes Meirelles e Cirne Lima, uma relação jurídica somente será qualificada como hierárquica quando o órgão ou ente superior detiver competência para (i) revisar as decisões, (ii) direcionar, usualmente pela via regulamentar, a atuação, (iii) aplicar sanções disciplinares e (iv) delegar ou avocar competências do órgão ou ente subalterno.

Tais relações seriam significativamente distintas daquelas existentes entre a Administração Pública central e os entes descentralizados que integram a Administração Pública indireta⁴¹⁴. Nestas, haveria uma relação de mero controle, na qual o controlador deteria somente os poderes previstos na lei de regência. No caso das autarquias, esta relação de controle é usualmente denominada de tutela. A Administração Pública central possui poderes para influenciar a atuação das autarquias, porém, não é capaz de impor a sua vontade devido à ausência dos poderes típicos de uma relação hierárquica. Portanto, somente em casos extraordinários o controlador poderia exceder o rol de poderes estabelecidos na lei de regência.

Esse posicionamento está em estreita conexão com o defendido por parte da literatura jurídica italiana. Isto é reconhecido pelos próprios autores. Assim, Alexandre Santos de Aragão⁴¹⁵ e Victor Rein Schirato⁴¹⁶ fundamentam o seu entendimento na proposta de Massimo Severo Giannini quanto à distinção das diferentes espécies de subordinação⁴¹⁷. Neste sentido, Giannini aponta a hierarquia como uma espécie de subordinação e a qualifica como aquela dotada das características apontadas anteriormente. A direção é, nesta classificação, uma outra espécie de subordinação, na qual inexistem os poderes tradicionais do hierarca e um centro de

⁴¹³ MEIRELLES, Hely Lopes, Os poderes do administrador público, **Revista dos Tribunais**, v. 266, n. 13, 1956.

⁴¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 172.

⁴¹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de, **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 356–357.

⁴¹⁶ SCHIRATO, Vitor Rhein, O controle interno da administração pública e seus mecanismos, **Revista dos Tribunais**, v. 956, n. 2015, p. 25–50, 2015, p. 7.

⁴¹⁷ GIANNINI, Massimo Severo, **Diritto Amministrativo**, 3. ed. Milão: Giuffrè Editore, 1993, p. 331–333, apud; ARAGÃO, **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**, p. 356.

competências somente fixa as diretrizes e controla os resultados da atuação do outro. Tal distinção também é endossada por Bernardo Mattarella⁴¹⁸, segundo o qual a subordinação é um gênero composto, principalmente, pelas duas figuras já mencionadas: a hierarquia e a direção. Desse modo, conforme ressaltado por Antonio Amorth⁴¹⁹, as normas de direito positivo podem atribuir um poder de direção, sobre determinada atividade ou setor, para quem não está em posição de superioridade hierárquica com os demais entes atuantes naquele tema.

Além disso, os referidos autores italianos afirmam que, na relação hierárquica, as competências do subordinado estão inteiramente contidas nas competências do hierarca. Por isso, Marcello Clarich⁴²⁰ aponta que, atualmente, a aplicada dessa espécie de relação jurídica é limitada às estruturas militares ou policiais. No entanto, a literatura jurídica nacional não envereda por esse caminho. No sistema jurídico nacional, a avocação e a delegação de competências não são características próprias das relações hierárquicas. De fato, como bem aponta Celso Antônio Bandeira de Mello⁴²¹ com base na Lei de Processo Administrativo Federal⁴²², a avocação pelo hierarca de uma competência do subordinado somente pode ocorrer de maneira episódica, está restrita a determinadas matérias e depende de previsão legal. Como regra geral, o hierarca não tem poderes para avocar competência legalmente atribuída para um subordinado⁴²³. Ademais, a delegação de competências pode ocorrer para órgãos ou titulares que não sejam hierarquicamente subordinados ao delegante, desde que não haja proibição legal⁴²⁴. Portanto, o poder de avocar ou de delegar competências não são é uma qualidade necessária ou suficiente para qualificar uma relação jurídica como relação hierárquica.

Ainda, a atribuição de competência para aplicar sanções disciplinares não é suficiente para afirmar a existência de uma relação hierárquica. Isto porque o poder disciplinar não decorre, necessariamente, de uma relação hierárquica. Neste sentido, o Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União é competente para julgar procedimentos disciplinares e aplicar eventuais sanções em determinados casos, sendo esse poder disciplinar fundamentado em

⁴¹⁸ MATTARELLA, Bernardo Giorgio, **Lezioni di diritto amministrativo**, Torino: G. Giappichelli Editore, 2018, p. 102.

⁴¹⁹ AMORTH, Antonio, La nozione di gerarchia, **Documentación Administrativa**, 229. ed. p. 325–334, 1992, p. 326.

⁴²⁰ CLARICH, Marcello, **Manuale di diritto amministrativo**, Bologna: Il mulino, 2017, p. 359.

⁴²¹ BANDEIRA DE MELLO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 128.

⁴²² BRASIL, Lei Federal nº 9.784/1999, art. 15.

⁴²³ “2. O poder hierárquico não autoriza, em regra, a assunção por órgão superior de atribuição legalmente conferida a órgão inferior. A avocação é medida de caráter excepcional, admitida apenas temporariamente e por motivos relevantes devidamente justificados (art. 15 da Lei nº 9.784/1999).”, In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal (plenário virtual), Ag.Reg. em Mandado de Segurança nº 30.304/DF. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Julgado em 30/10/2016.

⁴²⁴ BRASIL, Lei Federal nº 9.784/1999, art. 12 e 13.

delegação do Presidente da República⁴²⁵. No âmbito da ANEEL, por exemplo, o Regimento Interno da Corregedoria⁴²⁶ atribui ao Corregedor competência para aplicar penalidades, desde que respeitados os limites previstos na Lei Federal nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Por fim, a própria Lei Federal nº 8.112/1990 possibilita a atribuição de poder disciplinar por autoridades que não tenham vínculo hierárquico com quem será penalizado⁴²⁷. Logo, as normas do sistema jurídico nacional possibilitam a existência de poder disciplinar desvinculado de uma relação hierárquica.

Tampouco a função de controle é um predicado suficiente ou necessário para caracterizar uma relação hierárquica. Afinal, a função de controle pode ser exercida por entes não superiores hierarquicamente àqueles cujos atos estão sendo controlados⁴²⁸. Isto ocorre no controle externo, no qual o controlador não integra o mesmo ente no qual o controlado está inserido, porém, tem competência para exercer o controle. É o caso, por exemplo, da competência do Tribunal de Contas da União (“TCU”) para julgar as contas daqueles responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos de entes autárquicos⁴²⁹. No entanto, o poder de controle também existe dissociado de relação hierárquica na intimidade dos próprios entes administrativos, ou seja, no âmbito do controle interno. Exemplo dessa afirmação é a competência das corregedorias. Neste sentido, o Conselho Nacional de Justiça (“CNJ”) é o órgão competente para apreciar a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário⁴³⁰. No entanto, a Constituição Federal não atribui ao CNJ uma posição hierarquicamente superior aos demais órgãos do Poder Judiciário⁴³¹, de modo que a sua atuação no controle interno não decorre de uma relação hierárquica.

Diante disso, é perceptível a dificuldade em elencar os predicados suficientes ou necessários para a caracterização de uma relação hierárquica. De fato, ao analisarmos criticamente os elementos que a literatura jurídica nacional aponta como caracterizadores dessa espécie de relação jurídica, verificamos que ao menos três deles não são necessários ou suficientes para a identificação de uma relação hierárquica. Neste sentido, o poder de avocar competências do subordinado é restrito aos casos legalmente previstos ou a situações excepcionais; já a possibilidade de delegar competências independe de relação hierárquica,

⁴²⁵ BRASIL, Decreto Federal nº 11.123, de 7 de julho de 2022, art. 4º.

⁴²⁶ ANEEL, Portaria nº 6.868, de 6 de novembro de 2023, arts. 15, IV.

⁴²⁷ BRASIL, Lei Federal nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, arts. 141, III.

⁴²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabricio, **Administração pública e servidores públicos [livro eletrônico]**, 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, RB-1.12.

⁴²⁹ BRASIL, Constituição Federal, art. 71, II.

⁴³⁰ *Ibid.*, arts. 103-B, § 4º, II.

⁴³¹ *Ibid.*, art. 92.

desde que não exista impedimento legal; por sua vez, o poder disciplinar não é necessariamente fundado em uma superioridade hierárquica, podendo essa competência estar embasada, por exemplo, em uma delegação de competência; também a função de controle pode existir dissociada de uma posição de superioridade hierárquica.

Estabelecida a dificuldade em elencar os predicados necessários ou suficientes para caracterizar uma relação hierárquica, cabe demonstrar que a atribuição de poder de direção é suficiente para afirmar a existência de algum grau de superioridade hierárquica.

O Parlamento não dirige o Presidente da República, apesar de este ter a obrigação de seguir as leis elaboradas pelo Poder Legislativo. O poder de direção é algo distinto do simples poder normativo.

[Em elaboração]

Diante disso, podemos concluir que (i) é indevida a caracterização do controle como uma oposição à relação hierárquica e que (ii) o poder de direção é suficiente para afirmar a existência de algum grau de hierarquia.

3.1.2 A competência de direção superior

Neste subtópico, argumentarei que (i) a Constituição Federal atribui ao Presidente da República competência para definir os objetivos de interesse público e os meios a serem empregados pelos entes que lhe são subordinados. Além disso, (ii) essa competência constitucional é veiculada por meio de norma de eficácia plena e não pode ser restringida por legislação infraconstitucional.

O Presidente da República exerce, privativamente, a direção superior da Administração Pública federal⁴³². Neste sentido, José Afonso da Silva⁴³³ propõe dividir os entes que compõem o Estado em dois grupos: os supremos (constitucionais) e os dependentes (administrativos). O primeiro grupo é chamado por ele de governo ou órgãos governamentais, sendo responsável por formular, expressar e realizar a vontade do Estado por meio das suas funções. Por outro lado, os entes dependentes ou administrativos estão em um patamar hierarquicamente inferior aos órgãos governamentais e compõem, conjuntamente, a Administração Pública. Portanto, pela perspectiva do referido autor, a Constituição Federal estrutura hierarquicamente a relação entre Presidente da República (governo) e os integrantes da Administração Pública federal direta ou indireta.

⁴³² *Ibid.*, art. 84, II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal.

⁴³³ SILVA, **Comentário contextual à Constituição**, p. 42-43.

Apesar de o dispositivo não ser claro quanto ao significado do termo, é possível afirmarmos que a competência constitucional de direção superior da Administração Pública federal implica o exercício de poder político. Como demonstrado anteriormente⁴³⁴, poder político é a competência para definir os objetivos tidos como de interesse público, bem como os meios legítimos para a sua concretização. Esse poder integra a competência de direção superior da Administração Pública federal. Neste sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴³⁵ aponta que o Presidente da República deve fixar metas a serem concretizadas, bem como caminhos e procedimentos a serem seguidos. Além disso, no entendimento de Cretella Júnior⁴³⁶, a obrigatoriedade desses fins e meios decorre da relação hierárquica existente entre o Presidente da República e a Administração Pública federal. Desse modo, os entes da Administração Pública federal, direta e indireta, estão hierarquicamente vinculados ao definido pelo Presidente da República.

Essa relação hierárquica não caracteriza uma exceção ao princípio da legalidade, pois os agentes e entes administrativos continuam vinculados ao estabelecido em lei infraconstitucional. A Administração Pública está vinculada constitucionalmente ao princípio da legalidade⁴³⁷. Paralelamente, o Presidente da República tem o dever de atuar para dar cumprimento às leis editadas pelo Congresso Nacional, sendo crime de responsabilidade agir de maneira contrária⁴³⁸. Portanto, a relação hierárquica impõe aos agentes e entes administrativos o exercício de suas competências em observância à lei e às instruções de seus superiores sobre como cumprir as leis⁴³⁹. Isso possibilita a coordenação entre os entes da Administração Pública e uma maior eficiência na atuação do poder público para a concretização dos objetivos estabelecidos pelo Presidente da República.

O exercício da competência de direção superior independe de legislação infraconstitucional superveniente, tendo em vista a aplicabilidade plena da norma constitucional veiculadora dessa competência. Como apontado por José Afonso da Silva, as normas constitucionais possuem diferentes graus de eficácia⁴⁴⁰. Nesse sentido, elas podem ser classificadas entre normas de eficácia plena, contida ou limitada. As normas constitucionais de

⁴³⁴ Cf. tópico **Erro! Fonte de referência não encontrada.** deste trabalho.

⁴³⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**, São Paulo: Saraiva, 1992, p. 152.

⁴³⁶ CRETELLA JR., José, **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**, São Paulo: Forense, 1989, p. 2883–2889.

⁴³⁷ Constituição Federal, art. 37.

⁴³⁸ *Ibid.*, art. 85, VII.

⁴³⁹ CAVALCANTI, **Tratado de Direito Administrativo**, vol. 1, p. 52–57.

⁴⁴⁰ SILVA, José Afonso da, Aplicabilidade das normas constitucionais, **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 2, n. 1, p. 7–22, 1993, p. 7–11.

eficácia plena são aquelas que produzem, ou que podem produzir, todos os seus efeitos desde a entrada em vigor da Constituição Federal. Já as normas constitucionais de eficácia contida podem ter a sua eficácia restringida por lei infraconstitucional superveniente. Por fim, as normas constitucionais de eficácia limitada são incapazes de produzir, direta e imediatamente, efeitos sobre a matéria normatizada. Diante dessa classificação, a norma atribuidora de competência para direção superior da Administração Pública federal é dotada de aplicabilidade plena.

A referida norma constitucional institui a posição hierarquicamente superior do Presidente da República e não pode ser modificada por norma infraconstitucional. De fato, a Constituição Federal tem, como uma de suas tarefas precípua, a veiculação de normas sobre a organização dos poderes do Estado⁴⁴¹. São as normas constitucionais de organização. Tais normas definem a estrutura organizacional básica, atribuem competências e definem procedimentos a serem observados pelos órgãos estatais⁴⁴². Essas normas constitucionais não podem ser modificadas por legislação infraconstitucional. Nesse sentido, elas garantem, por exemplo, que somente aqueles órgãos ou sujeitos exercerão determinada competência⁴⁴³. Logo, não cabe ao legislador infraconstitucional afastar uma competência constitucionalmente atribuída.

O modo como a Constituição Federal dispôs sobre a Administração Pública federal enfraquece o argumento de que existiria, atualmente, uma estrutura administrativa não hierarquizada. Segundo Sérgio Guerra⁴⁴⁴, a Administração Pública brasileira foi historicamente estruturada de modo piramidal. Isso significa caracterizar o Poder Executivo como um ente unitário, composto por todos os órgãos da Administração Pública e tendo, no vértice, o Chefe do Poder Executivo. As agências reguladoras representariam o estabelecimento de uma Administração Pública policêntrica⁴⁴⁵. Nela, o poder decisório estaria distribuído entre

⁴⁴¹ LEAL, Vitor Nunes, Delegações legislativas, **Revista de Direito Administrativo**, v. 5, p. 378–390, 1946, p. 389.

⁴⁴² BARROSO, Luis Roberto, A efetividade das normas constitucionais revisitada, **Revista de Direito Administrativo**, v. 197, p. 30–60, 1994, p. 37–39.

⁴⁴³ “Com efeito, há, ainda, regras meramente atributivas de competências públicas e das quais não se pode extrair, diversamente das hipóteses anteriores, limitação ou constrangimento algum para seus titulares. Seus efeitos jurídicos são os de conferir poder aos destinatários das competências outorgadas. O único direito que delas procede para os indivíduos é o de que as competências em pauta não sejam exercidas senão pelos sujeitos nelas regularmente investidos.”, In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social, **Revista do Serviço Público**, v. 39, n. 4, p. 63–78, 1982, p. 67.

⁴⁴⁴ GUERRA, **Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede**, p. 123.

⁴⁴⁵ BINENBOJM, Gustavo, **Uma teoria do direito administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 332–334.

diferentes órgãos, de maneira que as decisões administrativas não remeteriam, em última instância, ao Presidente da República.

A visão de uma Administração Pública policêntrica reverberou na sociedade, como demonstra a edição da Lei das Agências Reguladoras⁴⁴⁶. A referida lei dispõe sobre a gestão, a organização, o processo social e o controle social das agências reguladoras. Neste sentido, estabelece que as agências reguladoras não estão sujeitas à tutela ou à subordinação hierárquica. Além disso, prevê que tais entes possuem autonomia funcional, decisória e administrativa, bem como que seus dirigentes são investidos a termo e dotados de estabilidade durante os mandatos⁴⁴⁷. Porém, é preciso compreender os exatos limites dessa autonomia perante as disposições constitucionais relativas ao Presidente da República.

O principal eixo da análise é a relação entre a ausência de tutela ou de subordinação hierárquica e a autonomia decisória da agência reguladora. Um primeiro passo é definir autonomia decisória. Ela pode ser compreendida como o conjunto de institutos previstos legalmente no intuito de resguardar a agência reguladora das pressões exercidas por grupos de interesse⁴⁴⁸. Tal conceituação revela a necessidade de distinguir entre a atividade administrativa e a atividade de grupos de interesse. Um exemplo torna clara a distinção. É possível que um Deputado Federal atue no Congresso Nacional para aprovar leis favoráveis a determinado setor econômico. Essa atuação pode ser por meio da proposição de projetos de leis, do uso de tempo na tribuna ou, apenas, com votos favoráveis à legislação. Em tal caso, o parlamentar estaria agindo dentro da sua esfera de competência funcional. Porém, ele também pode ultrapassar o campo de sua atuação funcional. É usual, por exemplo, que congressistas se reúnam com membros de órgãos da Administração Pública para representar os interesses de seus eleitores. Neste caso, estaria exercendo uma atividade própria de grupos de interesse.⁴⁴⁹

⁴⁴⁶ Cf. 2.1

⁴⁴⁷ Lei Federal nº 13.848/2019, art. 3º.

⁴⁴⁸ Em sentido ligeiramente diferente, alguns autores caracterizam a independência decisória, pelo prisma legal, como a capacidade conferida pela legislação à agência reguladora para resistir, no curto prazo, a pressões de grupos de interesse. Porém, discordo em dois pontos. Primeiramente, a independência legal só pode ser avaliada por meio dos institutos legalmente previstos. Desse modo, ela se distingue da independência real justamente por não ser uma avaliação da realidade fática, mas da realidade institucional. Portanto, não se trata de verificar a capacidade da agência reguladora, mas os institutos criados legalmente para resguardar essa independência. Além disso, não há razão para limitar tal independência à perspectiva de curto prazo. O risco de captura do regulador não se restringe ao curto prazo, estando presente enquanto a agência reguladora existir. Para uma visão diferente, cf. RIGOLON, Francisco José Zagari, Regulação da infra-estrutura: a experiência recente no Brasil, **Revista do BNDES**, v. 4, n. 7, p. 123–150, 1997, p. 144–145.

⁴⁴⁹ SANTOS, Luiz Alberto Dos, **Regulamentação da atividade de lobby e seu impacto sobre as relações entre políticos, burocratas e grupos de interesse no ciclo de políticas: Análise comparativa dos Estados Unidos e Brasil**, Tese (Doutorado), Universidade de Brasília, Brasília, 2008, p. 73–77.

A autonomia decisória abrange os institutos criados para resguardar as agências reguladoras da atuação dos grupos de interesse, mas não afasta a atuação legítima do Presidente da República. De fato, a Constituição Federal qualificou o Presidente da República como Chefe do Poder Executivo federal e lhe atribuiu competências para o exercício da função. Uma delas é a competência privativa de direção superior da Administração Pública. Portanto, o Presidente da República age no exercício de competência constitucional ao decidir sobre as matérias que lhe são atribuídas. Isso não significa arbitrariedade. Afinal, as normas constitucionais e infraconstitucionais delimitam os instrumentos à disposição. Porém, o sistema jurídico passa a dispor de uma série de provisões cujo objetivo é evitar a submissão da agência reguladora às pressões exercidas pelos diferentes grupos de interesse.

Os institutos criados pela legislação infraconstitucional ficam limitados à estrutura estabelecida nas normas constitucionais⁴⁵⁰. É o caso das previsões da Lei das Agências Reguladora. A autonomia decisória instituída na referida lei não tem a capacidade de afastar a competência do Presidente da República para exercer a função de direção superior da Administração Pública federal. Além disso, os institutos ligados a ela devem ser compreendidos com base nessa limitação. É o caso da ausência de subordinação hierárquica. Ela visa garantir a independência decisória da agência reguladora, porém, não possui o condão de afastar competência constitucionalmente prevista. Neste sentido, a ausência de subordinação hierárquica não é total, pois a Constituição Federal define uma estrutura administrativa piramidal, na qual o Presidente da República está no vértice superior. No entanto, ficam afastados os poderes não extraídos de previsão constitucional. É o caso, por exemplo, da possibilidade de avocação temporária de competência legalmente atribuída a uma agência reguladora⁴⁵¹.

O mesmo racional não é aplicável ao caso da estabilidade dos dirigentes durante o mandato, tendo em vista a sua plena adequação à estrutura constitucional. A Constituição Federal atribui ao Presidente da República a competência para prover os cargos públicos e para nomear determinados servidores públicos⁴⁵². Porém, essa competência é veiculada por meio de normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo ou organizativo⁴⁵³. Tais

⁴⁵⁰ “A orientação da atuação estatal brasileira em direção a um modelo regulador não significa a possibilidade de alteração estrutural da partilha de competências normativas abstratas consagrada constitucionalmente.”, In: JUSTEN FILHO, **O direito das agências reguladoras independentes**, p. 539.

⁴⁵¹ Lei Federal nº 9.784/1999, art. 15.

⁴⁵² Constituição Federal, art. 84, XIV e XXV.

⁴⁵³ SILVA, Aplicabilidade das normas constitucionais, p. 11; BARROSO, Luís Roberto, **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 127.

normas constitucionais instituíram o quadro geral das atribuições do Presidente da República, mas delegaram ao legislador ordinário a complementação de maneira definitiva. Portanto, ao estabelecer que a nomeação dos diretores das agências reguladoras federais dependerá da aprovação prévia pelo Senado Federal⁴⁵⁴, o Congresso Nacional exerce sua competência constitucional de definição do quadro geral de atribuições do Presidente da República⁴⁵⁵. Isso também se aplica à estabilidade provisória dos dirigentes das agências reguladoras federais. Ademais, a Constituição Federal somente atribui ao Presidente da República competência privativa para exonerar os Ministros de Estado, a qual não contém espaço para complementação por meio de norma infraconstitucional⁴⁵⁶.

A competência para preencher o quadro geral das atribuições não é uma abertura para que o Congresso Nacional usurpe competências constitucionalmente atribuídas a outros órgãos. O tema já foi analisado pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.949/RS (“ADI nº 1.949/RS”). A ação foi proposta pelo Governo do Estado do Rio Grande do Sul em face de dispositivos da Lei Estadual nº 11.292/98, os quais atribuíam à Assembleia Estadual competência para destituir os dirigentes da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (“AGERGS”)⁴⁵⁷. O STF decidiu pela inconstitucionalidade da norma estadual. Neste sentido, o tribunal entendeu existir uma violação ao princípio da separação dos poderes, tendo em vista que o Chefe do Poder Executivo estadual foi excluído do processo de destituição dos dirigentes da AGERGS⁴⁵⁸.

É perceptível a diferença quanto às possibilidades de limitação legislativa da função política e da função administrativa do Presidente da República. Isso decorre das normas constitucionais que veiculam as competências relacionadas a tais funções. A competência para exercer a direção superior da Administração Pública expressa tanto uma função política quanto uma função administrativa. Em relação à primeira, a Constituição Federal não contém dispositivos que possibilitem a sua restrição pelo legislador ordinário. Desse modo, as agências reguladoras não possuem uma verdadeira autonomia decisória, já que sua atuação precisará observar as decisões políticas do Presidente da República⁴⁵⁹. No entanto, em relação à função

⁴⁵⁴ Lei Federal nº 9.986, de 18 de Julho de 2000, art. 5º.

⁴⁵⁵ Constituição Federal, art. 52, III, f.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, art. 84, I.

⁴⁵⁷ Lei Estadual nº 11.292, de 23 de dezembro de 1998, art. 8º - O Conselheiro só poderá ser destituído, no curso de seu mandato, por decisão da Assembleia Legislativa.

⁴⁵⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno), Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.949/RS. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgada em 17/09/2014.

⁴⁵⁹ “1. A atuação da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos do Rio Grande do Sul – AGERGS não se opõe à autonomia do Chefe do Poder Executivo (inc. II do art. 84 da Constituição da República). Não lhe incumbe atuar na conformação de políticas de governo, mas prevenir e arbitrar, conforme a lei e os contratos, os conflitos de interesses entre concessionários e usuários ou entre aqueles e o Poder concedente.”, In: BRASIL,

administrativa, outras normas constitucionais permitem ou exigem uma atuação legislativa infraconstitucional. Por isso, as agências reguladoras federais podem ser dotadas de uma maior autonomia administrativa, porém, esta jamais deve ser entendida como uma total ausência de uma relação hierárquica.

Ainda assim, autores nacionais argumentam pela inexistência de subordinação hierárquica na relação entre as agências reguladoras e os demais entes da Administração Pública federal. É o caso de Alexandre Aragão⁴⁶⁰. De acordo com o autor, a subordinação das agências reguladoras está limitada à sua inserção nas diretrizes e programas a serem implementos pelo Poder Público. Neste sentido, elas integrariam a Administração Pública. Todavia, não estariam hierarquicamente subordinadas à Administração Pública central. Portanto, no entendimento do referido autor, a criação das agências reguladoras dotadas de autonomia (ou independência) implicaria a modificação da estrutura piramidal típica da Administração Pública brasileira. Em seu lugar, passaria a existir uma estrutura policêntrica, na qual os entes não estão, necessariamente, em uma relação hierárquica com outra instituição.

No entanto, além de contrariar as disposições normativas da Constituição Federal, o entendimento também vai de encontro ao estabelecido em algumas das agências reguladoras federais. A relação hierárquica tem no poder disciplinar a sua mais forte expressão. Neste sentido, salvo quando o sistema jurídico expressamente indica o contrário, é possível afirmar que existe uma relação de hierarquia quando uma parte da relação jurídica tem competência para exercer o poder disciplinar sobre a outra parte⁴⁶¹. É o caso do Presidente da República na sua relação com os dirigentes das agências reguladoras federais. Essa competência fica evidente quando a legislação prevê que o julgamento do processo disciplinar caberá ao Presidente da República quando envolver diretores da ANAC⁴⁶², da ANTT ou da ANTAQ⁴⁶³. No entanto, isso não ocorre para a maioria das agências reguladoras federais. De fato, a Lei das Agências Reguladoras revogou dispositivos semelhantes existentes na legislação da ANA e da ANS. Não obstante, sendo o Presidente da República competente para nomear os ocupantes dos cargos de direção, também cabe a ele a prática de eventual ato de exoneração ao fim de processo administrativo disciplinar⁴⁶⁴.

Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno), Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.095/RS. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgada em 11/10/2019.

⁴⁶⁰ ARAGÃO, *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, p. 355–357.

⁴⁶¹ Cf. 3.1.1.

⁴⁶² BRASIL, Lei Federal nº 11.182/2005, art. 14, § 2º.

⁴⁶³ BRASIL, Lei Federal nº 10.233/2001, art. 56, Parágrafo único.

⁴⁶⁴ GROTTI, *As agências reguladoras*, p. 4–5.

Portanto, as agências reguladoras brasileiras integram uma relação hierarquizada com o Presidente da República e estão submetidas à supervisão do respectivo Ministro de Estado ao qual estão vinculadas. De fato, a Constituição Federal estabelece expressamente a supervisão ministerial sobre todos os órgãos e entidades da Administração Pública federal⁴⁶⁵. Além disso, a supervisão ministerial tem como um de seus principais objetivos garantir que os supervisionados atuem em consonância com a política governamental para o setor e concretizem os objetivos para os quais foram criados⁴⁶⁶. Com isso, os entes da Administração Pública indireta ficam sujeitos à observância das decisões políticas tomadas pelos órgãos constitucionalmente competentes para tanto. Logo, as agências reguladoras estão sujeitas às decisões que o Presidente da República adotar no exercício de competência que a Constituição Federal lhe atribui. Essa competência não é afastada por norma infraconstitucional. Por fim, o Ministro de Estado e o próprio Presidente da República exercem a função de supervisionar as agências reguladoras para garantir uma atuação adequada.⁴⁶⁷

3.2 Os instrumentos de controle abstrato

O sistema jurídico atribuiu ao Presidente da República poderes para a consecução do seu dever de controle sobre os órgãos que compõem a Administração Pública. Tais poderes são efetivados por meio de instrumentos previstos nas normas constitucionais e infraconstitucionais. Isso explica a relação entre poderes e instrumentos⁴⁶⁸. No âmbito jurídico, afirmar a existência de um poder é reconhecer a possibilidade de alguém modificar, legitimamente, a situação jurídica de outrem. Sendo assim, os poderes existem enquanto algo em potencial. Por outro lado, os instrumentos legais são aqueles atos jurídicos que podem ser legitimamente praticados pois decorrem de um poder estabelecido pelo sistema jurídico. Portanto, os instrumentos são a maneira por meio do qual os poderes se tornam realidade.

⁴⁶⁵ Constituição Federal, art. 87, Parágrafo único, I; Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, art. 19.

⁴⁶⁶ Decreto-Lei nº 200/1967, art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente: I – A realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade. II – A harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade.

⁴⁶⁷ “Conclui-se que, sendo a agência reguladora entidade da administração indireta, encontra-se, em tese, sob a supervisão do Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade, conforme dispõe o art. 4º, parágrafo único do Dec.-lei 200/67. Ademais, sendo autarquia, sujeita-se às normas constitucionais que impõem a supervisão da mesma pelo Executivo (arts. 84, II e 87, parágrafo único, I, da CF/1988. (...). Assim, infere-se que os órgãos da administração indireta não podem funcionar como se fossem “Estados independentes” ou até entidades soberanas como, já se pretendeu.”, In: WALD, O controle político sobre as agências reguladoras no direito brasileiro e comparado, p. 2.

⁴⁶⁸ CRETELLA JÚNIOR, José, Polícia e poder de polícia, *Revista de informação legislativa*, v. 22, n. 88, p. 105–128, 1985, p. 116.

No entanto, somente alguns desses instrumentos podem ser legitimamente utilizados no controle político, enquanto outros estão limitados ao controle administrativo. De fato, os instrumentos são os meios de exercício de determinado poder. Estes, por sua vez, visam o cumprimento de um dever e à concretização de uma finalidade. Portanto, os instrumentos só são utilizados de maneira legítima quando relacionados à realização da finalidade e do dever para a qual foram criados. Diante disso, é preciso identificar os instrumentos que podem ser legitimamente empregados no controle político das agências reguladoras federais.

3.2.1 A Medida Provisória

A Constituição Federal especificou a estrutura do poder normativo do Presidente da República e atribuiu-lhe competência normativa primária e secundária. As medidas provisórias constituem instrumento do poder normativo primário. Neste sentido, as medidas provisórias são atos normativos primários, criadores de normas gerais, abstratas e impessoais, editados pelo Chefe do Poder Executivo no exercício de competência constitucional em casos de relevância e urgência⁴⁶⁹. Por outro lado, os regulamentos compõem instrumento do poder normativo secundário. Os regulamentos são veiculados por meio de atos normativos secundários, criadores de normas gerais, abstratas e impessoais, praticados pelo Presidente da República no exercício de competência constitucional, mas visando desenvolver o disposto em lei⁴⁷⁰.

O Chefe do Poder Executivo pode utilizar as medidas provisórias para modificar a composição do órgão dirigente da agência reguladora federal, para restringir o seu rol de competências ou para superar uma norma editada pela agência. Isso é comprovado pelo histórico legislativo recente. O primeiro exemplo é dado pela Medida Provisória nº 1.120/2022, por meio da qual foi ampliado de três para cinco o número de membros da diretoria da ANTAQ⁴⁷¹. Por seu turno, a Medida Provisória nº 1.154/2023 modificou o rol de competências da ANA e retirou a sua competência para editar normas de referência para o setor de saneamento básico⁴⁷². A legalidade dessas previsões normativas é auto evidente. No entanto, a análise deve considerar uma eventual utilização das medidas provisórias para controlar politicamente as agências reguladoras federais. Para facilitar a avaliação, utilizarei cenários hipotéticos em que

⁴⁶⁹ Constituição Federal, art. 62.

⁴⁷⁰ BANDEIRA DE MELLO, **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, p. 359.

⁴⁷¹ Medida Provisória nº 1.120, de 6 de Junho de 2022, art. 2º.

⁴⁷² Medida Provisória nº 1.154, de 01 de Janeiro de 2023, art. 60.

essas mesmas medidas provisórias fossem editadas no intuito específico de exercer o referido controle.

A primeira hipótese envolve a edição de Medida Provisória aumentando a quantidade de membros do órgão dirigente da agência reguladora no intuito de exercer uma maior influência em suas decisões. Neste sentido, o incremento no número de diretores não visaria promover a eficiência na atuação da entidade. Ao invés disto, o Presidente da República visaria indicar os novos diretores da agência reguladora para, por meio deles, influenciar as decisões a do órgão dirigente dotado de natureza colegiada. De fato, utilizando o caso da ANTAQ como parâmetro, o Governo Federal conseguiu indicar dois novos membros em um órgão colegiado anteriormente composto por somente três diretores. Esta mudança na estrutura institucional e na composição do órgão é suficiente para modificar, ou pelo menos influenciar, o perfil decisório da agência reguladora. No entanto, reconhecer a sua provável consequência não é suficiente para avaliar a legitimidade do ato normativo.

Uma outra hipótese envolve a edição de Medida Provisória para modificar o rol de competência de determinada agência reguladora. Esta modificação pode ter duas formas. A primeira delas seria a alteração do conjunto de matérias sujeitas à regulação normativa da agência reguladora. Neste sentido, a Medida Provisória transferiria para outro ente da Administração Pública um tema que, anteriormente, cabia à agência reguladora. Em sentido inverso, a regulação de atividades de pesquisa e lavra de minérios nucleares foi recentemente transferida da Agência Nacional de Segurança Nuclear (“ANSN”) para a ANM⁴⁷³. Já a segunda forma seria a modificação do rol de medidas normativas passíveis de serem adotadas pela agência reguladora. Em tal caso, a agência reguladora continua tendo competência sobre a matéria, porém, a sua capacidade de intervenção normativa é alterada. Foi o caso da já citada Medida Provisória nº 1.154/2023, a qual manteve a competência da ANA para atuar em matéria de saneamento básico, mas parece ter-lhe retirado a possibilidade de editar normas de referência para o setor.

Qualquer julgamento sobre a legitimidade dos atos normativos passa pela análise da competência do Presidente da República para tratar das matérias. Primeiramente, é inquestionável que o Presidente da República é competente para editar Medida Provisória sobre aumento de cargos⁴⁷⁴. De fato, o tema não está entre as matérias vedadas à normatização por

⁴⁷³ Medida Provisória nº 1.133, de 12 de Agosto de 2022.

⁴⁷⁴ “4. In casu, o artigo 11 da Lei federal 10.869/2004, Lei de Conversão da Medida Provisória 163/2004, respeitou os lindes constitucionais ao criar 1.321 cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS e 1.472 funções gratificadas – FG no âmbito da Administração Pública federal, destinados à ocupação por fomentadores e coordenadores de políticas públicas. Apesar do número elevado, esses cargos guardaram relação

meio de Medida Provisória⁴⁷⁵. Do mesmo modo, não há vedação constitucional à utilização dessa espécie normativa para modificação de competências dos entes da Administração Pública. De fato, é cabível a transferência de matérias para outros órgãos, bem como a alteração dos instrumentos normativos à disposição de determinado ente.

Feita a análise acima, cabe verificar os processos legislativos e administrativos necessários à efetivação dessas Medidas Provisórias que aumentem a quantidade de diretores de uma agência reguladora ou alterem a sua competência. As Medidas Provisórias possuem força de lei a partir da sua edição. Assim, ainda que a sua conversão em lei dependa da aprovação pelo Congresso Nacional, elas produzem efeitos quando o Presidente da República pratica o ato normativo. Todavia, no caso de aumento do número de diretores, o preenchimento desses novos cargos é condicionado à concordância do Senado Federal⁴⁷⁶. Portanto, os efeitos dessas medidas são limitados e, eventualmente, condicionados. Eles são limitados porque o Congresso Nacional pode decidir não converter a Medida Provisória em lei⁴⁷⁷. Além disso, eles podem ser condicionados, já que a efetiva nomeação dos diretores depende do aval do Senado Federal às indicações do Presidente da República.

Questão interessante envolve as consequências de uma eventual não conversão em lei da Medida Provisória⁴⁷⁸. Esta não tem o condão de revogar lei anterior. Tendo em vista o seu caráter transitório e precário, ela apenas suspende os efeitos da lei no ordenamento jurídico. Assim, aprovada a Medida Provisória pela Câmara e pelo Senado, surge nova lei, a qual terá o efeito de revogar lei antecedente. Todavia, caso a medida provisória seja rejeitada (expressa ou tacitamente), a lei suspensa volta a ter eficácia, pois mantém a sua vigência no ordenamento jurídico.

3.2.2 A edição de lei em sentido estrito

O Presidente da República também pode iniciar o processo legislativo por meio da apresentação de um projeto de lei perante o Congresso Nacional, o qual possui competência

de proporcionalidade e equilíbrio com o quantitativo de cargos efetivos do Poder Executivo federal, que contabilizava, à época, 495.464 vínculos.”, In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno), Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.145/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgada em 03/10/2019.

⁴⁷⁵ Constituição Federal, art. 62, § 1º.

⁴⁷⁶ Lei Federal nº 9.986, de 18 de Julho de 2000, art. 5º.

⁴⁷⁷ Neste caso, caberia ao Congresso Nacional editar Decreto Legislativo regulamentando as relações jurídicas decorrentes do Medida Provisória. Constituição Federal, art. 62, § 3º. Neste caso, caberia ao Congresso Nacional editar Decreto Legislativo regulamentando as relações jurídicas decorrentes do Medida Provisória.

⁴⁷⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno), Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.709/DF. Relatora: Ministra Rosa Weber. Julgada em 27/03/2019.

constitucional para dispor sobre todas as matérias de competência da União⁴⁷⁹. Essa tarefa não pode ser transferida para outros entes. De fato, mesmo nos casos passíveis de delegação legislativa⁴⁸⁰, o Parlamento não renuncia à sua competência constitucional. Afinal, possuindo envergadura constitucional, não cabe ao Congresso Nacional transferir esse poder-dever para outrem. Portanto, o estabelecimento de poder normativo às agências reguladoras não afasta a capacidade atribuída, constitucionalmente, ao Poder Legislativo.

Essa competência legislativa possibilita que o Congresso Nacional edite leis para controlar politicamente a atuação normativa das agências reguladoras. Esse controle pode ser material ou procedimental. No primeiro tipo, a lei estabelecerá os contornos substantivos da regulação. Neste sentido, o Parlamento desenhará o quadro normativo no qual a agência reguladora poderá atuar. É o caso, por exemplo, dos requisitos para que as operadoras de planos privados de assistência à saúde obtenham autorização de funcionamento. A lei federal previu os requisitos mínimos a serem observados, independentemente de outros estabelecidos pela ANS⁴⁸¹. Já no segundo tipo de controle político, o Congresso Nacional definirá legalmente os procedimentos a serem observados para a edição de ato normativo infralegal. Isto foi feito na Lei das Agências Reguladoras. Em tal caso, o Parlamento impôs uma série de normas procedimentais cogentes para as agências reguladoras federais, como, por exemplo, a obrigatoriedade de indicação dos pressupostos de fato e de direito que embasaram a edição do ato normativo⁴⁸². É importante distinguir entre essas duas formas de controle político pela via da edição de legislação infraconstitucional.

O controle material é capaz de impor maiores ou menores constringências à atuação normativa da agência reguladora. De acordo com Sérgio Guerra e Natasha Salinas, o Congresso Nacional, ao delegar poderes normativos, pode promover uma outorga ampla, condicionada ou restrita⁴⁸³. Neste sentido, haveria uma gradação na extensão da competência normativa atribuída às agências reguladoras. Assim, na outorga ampla a agência teria ampla discricionariedade normativa, enquanto na outorga restrita essa discricionariedade seria quase inexistente. Por fim, a outorga condicionada configuraria uma espécie de meio termo entre as outras duas possibilidades. No entanto, a atribuição de competência normativa não pode chegar ao ponto de configurar uma delegação disfarçada por parte do Poder Legislativo.

⁴⁷⁹ Constituição Federal, art. 48.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, art. 68.

⁴⁸¹ Lei Federal nº 9.656, de 3 de Junho de 1998, art. 8º.

⁴⁸² Lei Federal nº 13.848/2019, art. 5º.

⁴⁸³ GUERRA; SALINAS, Controle político da atividade normativa das agências reguladoras no Brasil, p. 415–421.

Além disso, o Congresso Nacional exerce o controle material tanto previamente quanto posteriormente à edição de norma regulatória. No controle prévio, o Parlamento aprova leis estabelecendo os contornos materiais da regulação de determinado tema ou setor. Desse modo, quando a agência reguladora for elaborar o ato normativo infralegal, ela deve se ater ao instituído pela lei de regência. Neste sentido, o Congresso Nacional estabeleceu o prazo máximo de 5 horas para carga e descarga de Veículo de Transporte Rodoviário de Cargas, determinando ser devido, ao Transportador Autônomo de Carga ou à Empresa de Transporte Rodoviário de Cargas, o valor de R\$ 1,38 por tonelada/hora ou fração quando ultrapassado o referido prazo⁴⁸⁴. Já no controle *a posteriori*, o Poder Legislativo edita lei em sentido diverso do determinado pela agência reguladora. Sendo a norma editada pela agência reguladora hierarquicamente inferior à lei, a norma criada pelo Parlamento deverá, a princípio, prevalecer. Este cenário é exemplificado pela determinação, advinda do Congresso Nacional, para que as operadoras de assistência à saúde autorizem a cobertura de procedimentos não previstos no rol da ANS⁴⁸⁵.

Já o controle procedimental está diretamente ligado à própria legitimidade das normas editadas pelas agências reguladoras. De fato, a processualização da atividade administrativa é uma realidade. Com isso, não só os atos administrativos isolados, mas também o conjunto de atos administrativos, estão sujeitos ao controle quanto ao cumprimento das normas constitucionais e legais⁴⁸⁶. Isso se aplica com maior intensidade às agências reguladoras. Afinal, não possuindo representatividade democrática, a legitimidade das suas normas jurídicas é condicionada, entre outros critérios, à observação do procedimento estabelecido pelo Congresso Nacional. Ainda que a regulação seja entendida como algo além da estratégia de processualização da atuação normativa, é inegável uma tendência à institucionalização de procedimentos aplicáveis à implementação de normas regulatórias⁴⁸⁷.

As normas procedimentais miram diferentes campos da atuação regulatória, sendo o processo de tomada de decisões apenas o seu aspecto mais visível. Em linha com o afirmado,

⁴⁸⁴ Lei Federal nº 11.442, de 5 de janeiro de 2007, art. 11, § 5º.

⁴⁸⁵ Lei Federal nº 14.454, de 21 de setembro de 2022.

⁴⁸⁶ SCHIRATO, Vitor Rhein, Discricionariedade e poder sancionador: uma breve análise da proposta de regulamento da ANATEL, **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, v. 17, 2009, p. 10–11.

⁴⁸⁷ JUSTEN FILHO, **O direito das agências reguladoras independentes**, p. 559–565; BANDEIRA DE MELLO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 506–509; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de, **Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)**, 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 139–142; ARAGÃO, **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**, p. 435–441; MENDES, Conrado Hubner, Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão, in: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.), **Direito Administrativo Econômico**, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 131–133.

Martin Lodge e Lindsay Stirton⁴⁸⁸ elencam cinco dimensões do desenho regulatório, estando ao menos três delas relacionadas a aspectos procedimentais. A primeira é, obviamente, o processo por meio do qual as decisões regulatórias são tomadas. Também apontam o processo seguido pelas agências reguladoras para obter informações das atividades reguladas e utilizá-las para criar ou modificar a regulação setorial. Além destas, citam o processo de aplicação dos padrões regulatórios.

3.2.3 Os regulamentos editados pelo Chefe do Poder Executivo

Por outro lado, o Presidente da República também atua por meio da edição de normas infralegais. É o caso dos regulamentos. Esta competência está expressamente prevista na Constituição Federal e permite ao Presidente da República editar atos normativos regulamentando as previsões contidas em leis. Neste sentido, os regulamentos visam complementar as normas já estabelecidas pelo Parlamento, de modo a propiciar a sua fiel execução. Sendo assim, eles não criam obrigações autonomamente. A sua validade depende da existência de lei em sentido estrito que contenha espaço para a complementação normativa via regulamento.

Apesar de os regulamentos estarem condicionados ao estabelecido pelo Congresso Nacional, a competência do Presidente da República encontra fundamento na própria Constituição Federal. De fato, trata-se de uma atribuição instituída constitucionalmente⁴⁸⁹. Por isso, o legislador ordinário não tem poderes para extinguir tal competência, mas pode definir os seus contornos. Afinal, o Poder Executivo deverá atuar nos estritos limites do quadro normativo desenhado pelo Poder Legislativo ao editar a lei. Diante disso, o Parlamento dispõe de discricionariedade para instituir um maior ou menor raio de ação para o Presidente da República, desde que não suprima a sua competência constitucional.

A atribuição de competência normativa a uma agência reguladora não modifica a distribuição de poderes estabelecida na Constituição Federal, mas determina a amplitude dessa competência. Como já visto, a legislação infraconstitucional é incapaz de modificar os institutos de estatura constitucional. Isso não significa uma blindagem total. Evidentemente, há uma interação entre o disposto na Constituição Federal e o previsto nas demais normas do sistema

⁴⁸⁸ LODGE, Martin; STIRTON, Lindsay, *Accountability in the Regulatory State*, in: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Orgs.), **The Oxford Handbook of Regulation**, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 6.

⁴⁸⁹ Constituição Federal, art. 84, IV.

jurídico. O Congresso Nacional é competente para legislar sobre a criação de órgãos da Administração Pública, com a sanção do Presidente da República⁴⁹⁰, a quem cabe iniciar o processo legislativo⁴⁹¹. Essa competência permite ao Congresso Nacional atribuir ao ente competência normativa sobre determinadas matérias, desde que elas não estejam sujeitas à competência regulamentar que a Constituição Federal atribui ao Presidente da República⁴⁹². Desse modo, o reconhecimento de poderes normativos às agências reguladoras implica uma redução dos poderes do Presidente da República⁴⁹³.

Diante disso, as agências reguladoras devem observar o disposto nos regulamentos editados pelo Presidente da República quando este agir no exercício de sua competência constitucional ou legal. As normas emitidas pelas agências reguladoras são hierarquicamente subordinadas aos decretos presidenciais. Por isso, eventual conflito entre tais normas implicará em um vício de invalidade do estabelecido pela agência reguladora. Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Neste sentido, a Primeira Sessão do tribunal julgou caso envolvendo um conflito entre o Decreto Federal nº 5.731/2006, o qual regulamenta a lei de criação da ANAC, e o disposto no regimento interno da agência. No caso, o STJ decidiu pela invalidade do estabelecido pela agência, tendo em vista a sua posição hierarquicamente inferior ao Decreto Federal⁴⁹⁴. Este é o entendimento predominante na corte⁴⁹⁵. Portanto, o Chefe do

⁴⁹⁰ *Ibid.*, art. 48, X e XI.

⁴⁹¹ *Ibid.*, art. 61, § 1º, e.

⁴⁹² *Ibid.*, art. 84, VI.

⁴⁹³ JUSTEN FILHO, **O direito das agências reguladoras independentes**, p. 525, nota de rodapé 70.

⁴⁹⁴ “ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. CORREGEDORIA. ANAC. COMPETÊNCIA PARA INSTAURAÇÃO DE PAD. SUBMISSÃO PRÉVIA À DIRETORIA DA AGÊNCIA. DESNECESSIDADE. (...). 7. A Lei n. 11.182/2005, que criou a ANAC e disciplinou seu estatuto jurídico, é regulamentada pelo Decreto n. 5.731/2006, o qual rege que compete à Corregedoria instaurar, de ofício ou por determinação superior, sindicâncias e processos administrativos disciplinares relativamente aos servidores, submetendo-os à decisão da Diretoria (art. 30, IV). 8. O regimento interno da ANAC, por outro lado, previa (art. 23, II) que a própria instauração do PAD pela Corregedoria deveria ser precedida de aval da Diretoria. 9. Diante do conflito de normas existentes ao tempo da deflagração do processo administrativo, deve prevalecer a previsão contida no art. 30, IV, Decreto n. 5.731/2006, porque hierarquicamente superior na pirâmide de validade dos atos normativos, sendo inválida a disposição regimental que ultrapassa a função regulamentar e com aquela colide.”, In: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Primeira Sessão), Mandado de Segurança nº 25.318/DF. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Julgado em 22/06/2022.

⁴⁹⁵ “AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. INDEVIDA NEGATIVA DE COBERTURA A TRATAMENTO INDICADO PELO MÉDICO ASSISTENTE. VIOLAÇÃO À RESOLUÇÃO NORMATIVA N. 387/2015 DA ANS. DISPOSIÇÃO NORMATIVA QUE NÃO SE ENQUADRA NO CONCEITO DE LEI FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA. ACÓRDÃO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. Não é possível a interposição do recurso especial sob a alegação de violação a resolução da ANS, porquanto resoluções, portarias, circulares e demais atos normativos de hierarquia inferior a decreto não se enquadram no conceito de lei federal.”, In: BRASIL, Brasil, Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma), AgInt no AREsp nº 1.693.796/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 19/10/2020.

Poder Executivo é capaz de editar regulamentos aos quais as agências reguladoras estarão submetidas.

Essa subordinação das agências reguladoras às normas criadas pelo Presidente da República, no exercício de competência regulamentar, poderia ser entendida como uma forma de controle político. Os decretos federais são a vontade normativa do Chefe do Poder Executivo. Sendo assim, seria possível imaginar situações em que o Presidente da República tentasse utilizar dessa competência normativa para modificar ou suprimir normas editadas por uma agência reguladora. No entanto, tal situação configuraria uma forma de excesso de poder por parte do Chefe do Poder Executivo.

Primeiramente, é preciso retomar a noção de que a lei estabelece o campo de atuação normativa legítima do poder regulamentar. A lei de criação da ANAC, por exemplo, delegou ao Poder Executivo competência para aprovar, via decreto, o regulamento interno da agência⁴⁹⁶. Com base nisso, o Presidente da República editou Decreto Federal contendo o regulamento que disciplina a matéria⁴⁹⁷. Portanto, a competência constitucional foi exercida nos estritos limites do contorno legislativo dado à matéria, conforme impõe o princípio da legalidade. Sendo assim, cabe à agência reguladora se submeter às normas estabelecidas pela via regulamentar⁴⁹⁸.

No entanto, o Chefe do Poder Executivo não tem liberdade para ingressar nas competências legalmente atribuídas à agência reguladora. Isto inviabiliza o exercício de controle político, por meio de regulamentos, das normas já editadas por uma agência reguladora. O Congresso Nacional define, por meio de lei, o campo próprio de atuação dos entes administrativos. Tais competências deverão ser exercidas exclusivamente por eles⁴⁹⁹ e estar dentro do conjunto de competências passíveis de atribuição ao Poder Executivo. Porém, o Presidente da República não tem poderes para regulamentar matérias legalmente atribuídas a uma agência reguladora. Neste sentido, seria ilegal um Decreto Federal regulamentando as autorizações de horários de pouso e decolagem de aeronaves civis, por exemplo, pois é matéria sujeita à atuação normativa da ANAC⁵⁰⁰. Por isso, não é viável a utilização da competência regulamentar para um controle *a posteriori* das normas editadas por agências reguladoras.

⁴⁹⁶ Lei Federal nº 11.182/2005, art. 7º. O Poder Executivo instalará a ANAC, mediante a aprovação de seu regulamento e estrutura organizacional, por decreto, no prazo de até 180 (cento e oitenta) dias a partir da publicação desta Lei.

⁴⁹⁷ BRASIL, Decreto Federal nº 5.731, de 20 de Março de 2006.

⁴⁹⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta, A ANEEL e Serviços de Energia Elétrica, *in*: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.), **Direito Administrativo Econômico**, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 341.

⁴⁹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari, Desvio de poder regulamentar na regulação pró-competição, *in*: **Direito administrativo econômico**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, v. 1, p. 674.

⁵⁰⁰ Lei Federal nº 11.182/2005, art. 8º, XIX.

Modifica-se a situação quando o controle político for exercido previamente à atuação normativa da agência reguladora pois, neste caso, o regulamento limitará o campo de competência discricionária do ente administrativo. Afinal, como visto, o Chefe do Poder Executivo é competente para exercer a direção superior da Administração Pública. Em virtude disso, as leis de regência de cada agência reguladora federal atribuem ao Presidente da República a tarefa de definir as políticas setoriais. É o caso da ANEEL⁵⁰¹ e da ANAC⁵⁰², por exemplo, em linha com o previsto na Lei das Agências Reguladoras⁵⁰³. Portanto, ao definir as políticas setoriais, o Chefe do Poder Executivo utiliza os regulamentos como uma forma de controle político prévio à atuação normativa das agências reguladoras. Este controle será legítimo desde que o ato normativo esteja contido no campo legalmente atribuído ao regulamento.

3.3 Os instrumentos de controle concreto

3.3.1 O recurso hierárquico impróprio

Os autores brasileiros importaram o instituto do direito italiano denominado de "recurso hierárquico impróprio"⁵⁰⁴, porém, o legislador nacional não o incorporou ao nosso sistema jurídico. De fato, os autores italianos inserem, dentre os chamados "recursos hierárquicos", os denominados "recursos hierárquicos impróprios"⁵⁰⁵. Diversos autores nacionais adotam esta concepção, identificando o gênero "recurso hierárquico" composto pelas espécies "recurso hierárquico próprio" e "recurso hierárquico impróprio"⁵⁰⁶. No entanto, esta assimilação merece ser repensada. Isto porque, diferente do que ocorre na Itália, o sistema jurídico brasileiro não provê fundamento normativo para tal classificação. No sistema jurídico italiano, o artigo 1º do Decreto del Presidente de nº 1.199, de 24 de novembro de 1971, classifica como hierárquicos (i) os recursos apresentados à autoridade superior, bem como (ii) aqueles apresentados para órgão que não detém poder hierárquico sobre o emissor da decisão recorrida⁵⁰⁷. Ainda,

⁵⁰¹ Lei Federal nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, art. 3º, I.

⁵⁰² BRASIL, Lei Federal nº 11.182/2005, art. 2º.

⁵⁰³ BRASIL, Lei Federal nº 13.848/2019, art. 15.

⁵⁰⁴ CAVALCANTI, Themístocles Brandão, **Tratado de Direito Administrativo**, 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 539–540; AMARAL, Diogo Freitas do, **Conceito e Natureza do Recurso Hierárquico**, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 127–129.

⁵⁰⁵ ZANOBINI, Guido, **Corso di Diritto Amministrativo**, 7. ed. Milano: Dott A. Giuffrè, 1954, p. 77.

⁵⁰⁶ BANDEIRA DE MELLO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 154–155; CAVALCANTI, Themístocles Brandão, Da hierarquia e do poder hierárquico no Direito Administrativo, **Revista do Serviço Público**, v. 3, n. 1, p. 62–63, 1940, p. 63; MEIRELLES, Hely Lopes, A administração pública e seus controles, **Revista de Direito Administrativo**, v. 114, p. 23–33, 1973, p. 28.

⁵⁰⁷ Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, art. 1º.

estabelece que neste segundo caso, o recurso se dará nos limites e nas formas da lei ou do regulamento. O sistema jurídico brasileiro não possui uma disposição normativa com significado semelhante.

Dita diferenciação relaciona-se com a natureza do recurso hierárquico em sua versão original, pois decorria da estrutura organizacional do Estado italiano. A legislação italiana criou o recurso hierárquico para lidar com questões atinentes à dinâmica de um Estado unitário. Neste sentido, a Lei nº 2248, de 20 de março de 1865, estabelecia uma estrutura estatal unitária e hierarquizada, composta por províncias, distritos, mandamentos e municípios⁵⁰⁸. Tais órgãos compunham a administração pública direta. Com base nisto, a legislação previa o recurso hierárquico, por meio do qual a autoridade governamental superior podia rever a decisão emanada da autoridade governamental inferior. Esta competência existia sempre que a legislação específica não dispusesse em sentido diverso⁵⁰⁹. Ademais, somente em 2001 a Constituição italiana passou a prever a autonomia dos entes locais⁵¹⁰. Portanto, a origem do recurso hierárquico está intimamente ligada à estrutura unitária do então reino italiano.

O recurso hierárquico é um instrumento típico do controle administrativo⁵¹¹. É uma espécie do gênero recurso administrativo. Neste sentido, trata-se de um pleito apresentado por uma das partes de um processo administrativo, visando a revisão, por uma autoridade ou instância hierarquicamente superior, de determinada decisão administrativa. Desse modo, somente os integrantes da relação jurídica processual possuem legitimidade para interpor recurso hierárquico. Assim, caso um terceiro seja afetado pela decisão administrativa, poderá peticionar à autoridade competente, porém, o seu pedido não será qualificado como um recurso hierárquico. Justamente por isto que, apenas excepcionalmente, admitia-se o recurso hierárquico em face de decisão exarada por ente administrativo integrante da administração indireta (como, por exemplo, as autarquias).

Esses recursos hierárquicos serão próprios ou impróprios, a depender da autoridade competente para apreciá-lo. Os recursos hierárquicos próprios são aqueles em que o reexame será realizado por uma autoridade ou instância integrante da mesma estrutura administrativa. É o caso, por exemplo, da Diretoria Colegiada da ANS, a qual é competente para julgar os recursos interpostos em face de decisões dos Diretores⁵¹². Já os recursos hierárquicos

⁵⁰⁸ ITÁLIA, Legge 20 marzo 1865, n. 2248 Allegato A, art. 1.

⁵⁰⁹ ITÁLIA, Regio Decreto 3 marzo 1934, n. 383, art. 5. Salvo che la legge non disponga altrimenti, contro i provvedimenti delle autorità governative inferiori e' ammesso ricorso in via gerarchica alle autorità superiori.

⁵¹⁰ ITÁLIA, Costituzione, art. 114.

⁵¹¹ BANDEIRA DE MELLO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 156–157.

⁵¹² Resolução Regimental - RR nº 21, de 26 de Janeiro de 2022, art. 24, VIII; Decreto Federal nº 3.327, de 5 de Janeiro de 2000, art. 9º, VII.

impróprios ensejam a revisão por uma autoridade ou instância pertencente a outra pessoa jurídica. É a situação de eventual recurso interposto em face de decisão de uma autarquia federal, em que a parte pleiteia a análise pelo Ministério ao qual a entidade está vinculada.

Devido à referida diferença entre ambos, o seu cabimento também é distinto, pois o recurso hierárquico impróprio depende de previsão expressa em lei⁵¹³. O recurso hierárquico próprio é cabível independentemente de previsão, ou não, em dispositivo legal. De fato, ele é uma decorrência direta do poder hierárquico e do direito constitucional ao recurso administrativo⁵¹⁴. No entanto, de maneira geral, o recurso hierárquico impróprio demanda a previsão em lei. Ademais, ainda que exista uma relação hierárquica entre a Administração Pública central e os entes da Administração Pública indireta, o poder hierárquico daquela é sensivelmente reduzido. Em decorrência disto, somente quando a lei assim estabelecer é que as partes poderão manejar o recurso hierárquico impróprio.

Em virtude disso, a maior parcela da literatura jurídica nacional entende pelo descabimento de recurso hierárquico impróprio em face de decisões de agências reguladoras federais. Tal entendimento se baseia em dois argumentos. O primeiro deles é que as leis de regência de cada agência reguladora não previram a possibilidade de recurso hierárquico impróprio⁵¹⁵. Tendo em vista a já citada exigência de lei prévia estabelecendo essa espécie de recurso administrativo, ele não seria oponível às decisões das agências administrativas federais. O segundo argumento aponta que a Lei das Agências Reguladoras teria afastado qualquer forma de tutela sobre estes entes. Logo, as decisões finais das agências reguladoras federais seriam insuscetíveis ao reexame na esfera administrativa⁵¹⁶. No entanto, esses argumentos não merecem acolhida.

Inicialmente, é relevante ressaltar que o recurso hierárquico impróprio pode envolver uma reavaliação política ou administrativa⁵¹⁷. Ou seja, a autoridade ou instância revisora não está sujeita à uma restrição inerente à tal espécie recursal. É um instrumento de controle amplo

⁵¹³ ROCHA, Carmem Lucia Antunes, Princípios constitucionais do processo administrativo brasileiro, **Revista de direito administrativo**, v. 209, p. 189–222, 1997, p. 212; BANDEIRA DE MELLO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 155; CAVALCANTI, Da hierarquia e do poder hierárquico no Direito Administrativo, p. 63.

⁵¹⁴ Constituição Federal, art. 5º, LV; Lei Federal nº 9.784/1999, art. 2º, X.

⁵¹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de, As agências reguladoras independentes brasileiras: o caso da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, **Revista de Direito Sanitário**, v. 10, n. 3, p. 77–89, 2010, p. 84.

⁵¹⁶ “Enunciado 25. A ausência de tutela a que se refere o art. 3º, caput, da Lei n. 13.848/2019 impede a interposição de recurso hierárquico impróprio contra decisões finais proferidas pela diretoria colegiada das agências reguladoras, ressalvados os casos de previsão legal expressa e assegurada, em todo caso, a apreciação judicial, em atenção ao disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.”, *In: JORNADA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, I Jornada de Direito Administrativo: enunciados aprovados*, Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2020.

⁵¹⁷ MEIRELLES, A administração pública e seus controles, p. 30.

da decisão administrativa. Neste sentido, são passíveis de revisão tanto aspectos relacionados à legalidade, quanto aqueles tipicamente elencados dentre o mérito do ato administrativo. Além disso, não há, neste aspecto, uma diferenciação entre o recurso hierárquico próprio e o impróprio. Portanto, por meio do recurso hierárquico impróprio é possível a efetivação de um controle político, financeiro e administrativo dos entes descentralizados.

De fato, a supervisão ministerial visa concretizar objetivos administrativos, políticos e financeiros. Isto é perceptível ao verificar os objetivos da supervisão ministerial⁵¹⁸. No caso das entidades da Administração Pública indireta, é perceptível a existência de um foco maior nas questões políticas. É o que se depreende do Decreto-Lei nº 200/1967, segundo o qual a supervisão ministerial das entidades descentralizadas visa assegurar a realização dos objetivos legais e a harmonia com as políticas governamentais, bem como a eficiência administrativa e a autonomia da entidade⁵¹⁹. Por isso, é preciso que existam instrumentos para a efetivação dessa competência constitucional.

Dito isso, os argumentos que apontam a inexistência de previsão legal para tais recursos, merecem ser superados por não possuírem fundamentação legal. A exigência de previsão legal expressa para os recursos hierárquicos impróprios é uma construção teórica que não foi reproduzida pelo legislador nacional. De fato, não identificamos norma tratando genericamente sobre o tema e impondo tal exigência. A própria Lei das Agências Reguladoras não é expressa sobre o tema, apenas tratando da ausência de tutela ou de subordinação hierárquica. Portanto, salvo nos casos em que as leis setoriais estabelecerem o caráter final das decisões prolatadas pela agência reguladora, não há razão para exigir, *a priori*, previsão expressa quanto à possibilidade de recurso hierárquico impróprio.

(...) mesmo antes da aprovação da Lei nº 13.848/201 o nosso entendimento era no sentido de que atentaria contra a juridicidade o cabimento de recurso hierárquico impróprio contra decisões finais das Agências Reguladoras, cuja lei de criação disponha que suas decisões se deem em último grau. Isto é, não caberia recurso hierárquico impróprio quando as Agências Reguladoras exercessem, com base na reflexividade administrativa, as suas funções executivas, normativas e judicantes dentro dos limites de suas competências preponderantemente técnicas. Contudo, também sustentamos que se as Agências Reguladoras usurpassem competência legal dos Ministérios, proferindo decisões em flagrante contraste às normas legais que lhes outorgam competências de natureza técnica, poder-se-ia admitir o cabimento de recurso hierárquico impróprio. Com a edição da Lei nº 13.848/2019 o nosso entendimento está mantido, com argumento renovado. Essa normativa, (...), apenas se referiu à autonomia decisória caracterizada pela “ausência de tutela ou de

⁵¹⁸ Decreto-Lei nº 200/1967, art. 25.

⁵¹⁹ *Ibid.*, art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente: I - A realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade. II - A harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade. III - A eficiência administrativa. IV - A autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade.

subordinação hierárquica”, silenciando sobre o cabimento ou não de revisão das suas decisões pela Administração Direta, permanecendo inconcluso o debate.⁵²⁰

Essa possibilidade é mais bem compreendida quando a qualificamos como uma forma de controle político, e não administrativo. As decisões políticas estabelecem os objetivos de interesse público e os instrumentos para a sua realização. Os objetivos constam das políticas setoriais elaborados pelos Poderes Legislativo e Executivo, cabendo às agências reguladoras implementarem-nos por meio, por exemplo, da sua competência normativa. No entanto, é possível que a agência atue em sentido contrário aos referidos objetivos, que crie objetivos ou que priorize objetivos tidos como menos relevantes pelo Poder Executivo. Em tais casos, entendemos ser possível a atuação do ministério supervisor, seja de ofício, seja por meio de recurso hierárquico impróprio.

Entendimento semelhante foi expressa Advocacia-Geral da União por meio do Parecer Vinculante nº AC-51/2006:

II – Estão sujeitas à revisão ministerial, de ofício ou por provação dos interessados, inclusive pela apresentação de recurso hierárquico impróprio, as decisões das agências reguladoras referentes às suas atividades administrativas ou que ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou, ainda, violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta.
 III – Excepcionalmente, por ausente o instrumento da revisão administrativa ministerial, não pode ser provido recurso hierárquico impróprio dirigido aos Ministérios supervisores contra as decisões das agências reguladoras adotadas finalisticamente no estrito âmbito de suas competências regulatórias previstas em lei e que estejam adequadas às políticas públicas definidas para o setor.⁵²¹

Retomemos o exemplo da ANA para exemplificar o argumento. A Lei Federal nº 11.445/2007, como vimos, estabeleceu os objetivos da Política Federal de Saneamento Básico, mas também delegou à União, “sob a coordenação do Ministério das Cidades”, competência para elaborar o Plano Nacional de Saneamento Básico⁵²². Este deve conter “os objetivos e metas nacionais e regionalizadas (...) para a universalização dos serviços de saneamento básico”⁵²³. Tais objetivos deverão ser observados pela ANA para que os concretize por meio da sua função normativa.

Atualmente, o referido plano está em processo de atualização, mas podemos supor cenários em que não haja concordância integral entre os seus objetivos e aqueles indicados pela

⁵²⁰ GUERRA, **Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede**, p. 228–229.

⁵²¹ AGU, Advocacia-Geral da União, Parecer Vinculante AGU nº AC-51/2006.

⁵²² Lei Federal nº 11.445/2007, art. 52, I.

⁵²³ *Ibid.*, I, a.

ANA. Isso pode ocorrer, por exemplo, se a União não considerar que a amplitude do ato regulatório deveria ser um dos objetivos a serem perseguidos; ou, ainda que concorde sobre a sua inclusão, defina que tal objetivo é menos prioritário do que os relacionados aos benefícios à saúde ou ao meio ambiente; ou então, crie um objetivo que não tenha sido considerado anteriormente quando da elaboração da norma regulatória. Em todos esses casos, haveria um descasamento entre as decisões políticas do Poder Executivo e aquelas da agência reguladora, de modo que seria cabível o socorro ao recurso hierárquico impróprio.

No entanto, discordamos da possibilidade de revisão ministerial de eventual decisão tomada pela agência reguladora, pois eventual ilegalidade da agência reguladora não transfere a sua competência normativa para o ministério supervisor. Veja o caso da ANA. O Ministério das Cidades não poderia editar um regulamento sobre a cobrança pelo serviço de manejo de resíduos sólidos urbanos. Esta é uma competência legalmente atribuída à ANA. Nesse caso, o Ministério das Cidades poderia intervir⁵²⁴ na agência reguladora para determinar a elaboração de uma nova norma condizente com os objetivos da Política Federal de Saneamento Básico.

Concordamos com eventuais críticas à essa proposta que apontem o fato de não estar expressamente prevista em lei, pois o Decreto-Lei nº 200/1967 apenas possibilita a intervenção, mas não esclarece como ela ocorreria. Desse modo, não há previsão expressa de que tal intervenção atribua ao ministério supervisor competência para determinar à agência reguladora a elaboração de uma nova norma. No entanto, entendemos que essa interpretação seja a mais condizente com o arcabouço normativo. E isso pelos seguintes motivos.

Primeiramente, ela mantém incólume a autonomia decisória das agências reguladoras. O ministério supervisor não avocará competência para editar norma que esteja no âmbito de atribuições da agência reguladora, tampouco poderá impor à agência que modifique o conteúdo da norma anterior. A sua intervenção imporá, unicamente, que a agência refaça o processo normativo considerando, agora, os objetivos constantes da política estabelecida pelo Poder Executivo. Caso desse processo normativo resulte uma norma com conteúdo idêntico à anterior, e a agência reguladora tenha efetivamente considerado os referidos objetivos, encerrar-se-á a intervenção ministerial.

Segundamente, ela resguarda a competência legalmente atribuída ao Poder Executivo para definir objetivos e instrumentos setoriais. O ministério supervisor terá instrumentos condizentes com as competências constitucionais dos ministros de Estado. Evita-se o esvaziamento da supervisão ministerial. Assim não fosse, o dever constitucional de supervisão

⁵²⁴ Decreto-Lei nº 200/1967, art. 26, parágrafo único, “i”.

não poderia ser cumprido adequadamente, já que faltariam instrumentos hábeis para tanto. Pensando as competências como deveres-poderes, teríamos apenas os deveres sem os respectivos poderes.

Portanto, apesar de reconhecermos que o ideal seria a edição de lei dispendo sobre a relação dinâmica entre as agências reguladoras e os respectivos ministérios supervisores, entendemos que a intervenção ministerial, nos moldes aqui propostos, atende satisfatoriamente os parâmetros normativos.

3.3.2 A sustação por meio de Decreto Legislativo⁵²⁵

Os Decretos Legislativos não possuem natureza normativa, segundo Ferreira Filho, pois constituem edição de norma individual⁵²⁶. Em sentido contrário, cf. Guerra e Salinas⁵²⁷

Os atos normativos produzidos pelas agências reguladoras visam concretizar os objetivos setoriais definidos pelo Parlamento e pelo Presidente da República. As agências reguladoras são criadas no intuito de concretizar finalidades tidas como relevantes pela comunidade política. Nesse sentido, a legitimidade dos seus atos depende de sua conformidade com esses fins. Portanto, os atos normativos das agências reguladoras são legítimos na exata medida da sua capacidade de concretizar os objetivos setoriais. Essas finalidades estão previstas nas normas produzidas pelo Congresso Nacional e que servem de parâmetro para avaliar a legitimidade dos atos praticados pelas agências reguladoras.

As agências reguladoras precisam regulamentar muitas das normas editadas pelo Congresso Nacional. O Parlamento não tem como prever, antecipadamente, todos os fatos que deverão ser normatizados. Nesse sentido, a Administração Pública possui competência regulamentar para exercer função normativa nos espaços deixados pelo legislador. Essa competência não pode ultrapassar os limites estabelecidos pelo Poder Legislativo, sob pena de violação ao princípio da legalidade. Desse modo, o princípio da legalidade, previsto no art. 37, caput, e 84, IV, da Constituição Federal, constitui uma garantia constitucional de que a liberdade e a propriedade só serão reguladas (por proibição ou por imposições) por meio de mandamentos provenientes do Parlamento.⁵²⁸

⁵²⁵ Os decretos legislativos não são

⁵²⁶ FERREIRA FILHO, **Do processo legislativo**, p. 197–198.

⁵²⁷ GUERRA; SALINAS, Controle político da atividade normativa das agências reguladoras no Brasil.

⁵²⁸ BANDEIRA DE MELLO, O princípio da legalidade e algumas de suas consequências para o direito administrativo sancionador, p. 62–63.

O Poder Legislativo deve fornecer parâmetros suficientes para a regulamentação infralegal, sob pena de caracterizar uma delegação disfarçada. A lei tem que deixar claro o direito e a obrigação ao qual o administrado está sujeito. Ou seja, “quais a natureza e o âmbito da restrição que lhe está sendo imposta”. A lei não pode delegar à Administração Pública essa caracterização⁵²⁹. Nesse caso, estaria caracterizada uma delegação disfarçada e o Congresso Nacional estaria descumprindo suas obrigações constitucionais.

O Congresso Nacional possui competência para sustar os atos normativos que ultrapassem a competência regulamentar ou os limites da delegação legislativa. Tais Decretos Legislativos não possuem natureza normativa, segundo Ferreira Filho, pois constituem edição de norma individual⁵³⁰.

O regulamento não é fonte de direitos e de obrigações. Ele está limitado aos estritos limites estabelecidos pela lei regulamentada. A lei delegada deve ser elaborada conforme o conteúdo e os termos da delegação, os quais são definidos por resolução do Congresso Nacional⁵³¹. As agências reguladoras não recebem delegação do Parlamento para elaborar normas. No entanto, no caso de delegação disfarçada, devem ser aplicados os mesmos parâmetros impostos à delegação ao Presidente da República. Dessa forma, a norma “delegada” precisa observar o conteúdo e os termos definidos na lei tida como fonte da “delegação”. Nesse sentido, o Congresso Nacional tem o dever-poder de sustar os atos normativos que exorbitem do poder regulamentar ou da delegação disfarçada⁵³².

Tradicionalmente, o Congresso Nacional não costuma editar Decretos Legislativos para controlar politicamente as agências reguladoras. Porém, isso não significa que o instrumento seja relegado. Desde a implantação do modelo de agências reguladoras, ainda na década de 1990, somente um Decreto Legislativo foi editado para sustar decisão do regulador⁵³³. No entanto, a quantidade de Projetos de Decreto Legislativo propostos aumentou

⁵²⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Lei e Regulamento - A chamada “reserva de lei” - as delegações legislativas disfarçadas, **Revista Trimestral de Direito Público - RTDP**, v. 49-50, p. 5-16, 2005, p. 12.

⁵³⁰ FERREIRA FILHO, **Do processo legislativo**, p. 197-198. Em sentido contrário, cf. GUERRA; SALINAS, Controle político da atividade normativa das agências reguladoras no Brasil.

⁵³¹ Constituição Federal, artigo 68, § 2º.

⁵³² *Ibid.*, artigo 49, V.

⁵³³ “Em 6 de outubro de 2011, a Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) editou a Resolução n. 52/2011, que vedou expressamente a fabricação, importação, exportação, distribuição, manipulação, prescrição e uso de medicamentos ou fórmulas medicamentosas para emagrecimento que fizessem uso das substâncias anfepramona, femproporex e mazindol. Essa resolução limitou também o uso da substância sibutramina nesses medicamentos a uma dose diária de 15 mg. Inconformados com as implicações da norma editada pela Anvisa, os parlamentares a sustaram por meio do Decreto Legislativo n. 273/2014. A Resolução n. 52/2011 foi o primeiro, e até hoje único, ato normativo sustado pelo Congresso Nacional por meio de decreto legislativo, desde que as agências reguladoras foram criadas na década de 1990.”, *In: JORDÃO et al*, Sustação de normas de agências reguladoras pelo Congresso Nacional, p. 2.

consideravelmente a partir de 2015⁵³⁴. Neste sentido, mais de 160 Projetos de Decreto Legislativo foram propostos no Congresso Nacional até o final do ano de 2019⁵³⁵. Além disso, 23,8% das normas contestadas pelo Parlamento sofreram modificações (10,76%) ou revogação (13,01%) pela própria agência⁵³⁶. Para alguns, isso parece demonstrar a efetividade do controle político exercido pelo Congresso Nacional por meio desse instrumento⁵³⁷.

⁵³⁴ GUERRA; SALINAS, Controle político da atividade normativa das agências reguladoras no Brasil, p. 423–424.

⁵³⁵ JORDÃO *et al*, Sustação de normas de agências reguladoras pelo Congresso Nacional, p. 2.

⁵³⁶ *Ibid.*, p. 23.

⁵³⁷ SOUZA; MENEGUIN, O decreto legislativo e o controle da atividade normativa do poder executivo, p. 101.

CONCLUSÃO

Fomos condenados a suportar as consequências das nossas escolhas. E isso é uma dívida. Por séculos, o povo brasileiro foi excluído dos processos decisórios e ficou à mercê da vontade dos donos do poder. A democracia é uma conquista recente e cambaleante, que requer a vigília constante sobre aqueles que exercem poder político.

O pensamento tecnocrata tende a enxergar negativamente as decisões políticas, muitas vezes com a boa intenção de alcançar melhores resultados econômicos e sociais para aqueles que mais precisam. Mas esse pensamento traz riscos. A intenção de promover a eficiência da Administração Pública por meio de fundamentos técnicos não pode ocultar a necessidade de decisões políticas. Elas fazem parte do fenômeno social. E isso é reconhecido pela Constituição Federal, a qual estabeleceu uma série de normas limitadoras do exercício de poder político, como é próprio do Estado de Direito. Portanto, qualquer análise jurídica da relação entre o sistema jurídico e o sistema político deve partir da normatização dada ao tema pela Constituição Federal.

Negar a ocorrência de decisões políticas tomadas pelas agências reguladoras federais, inviabiliza o seu controle por aqueles que a Constituição Federal atribui competência para exercer poder político. Os Poderes Executivo e Legislativo receberam da Constituição Federal a responsabilidade de representarem o detentor de todo o poder: o povo. Decorre das suas competências constitucionais o dever de atuarem buscando satisfazer o interesse de quem representam, ou seja, o povo. Para isso, precisam praticar os atos que lhes foram atribuídos e, também, controlarem os agentes e entes administrativos responsáveis por implementar os objetivos que os Poderes Executivo e Legislativo definiram como de interesse público, bem como o uso dos instrumentos que colocaram à disposição da Administração Pública para concretizar tais objetivos.

Além disso, um controle efetivo depende da correta identificação do seu objeto. O Poder Judiciário, por exemplo, não tem competência para substituir a decisão política do legislador quanto aos fins que deverão ser perseguidos pela Administração Pública. Tal questão extrapola o exame de legalidade, mesmo quando vista pelas lentes da juridicidade ampla. Ademais, esse controle só será bem exercido se existirem instrumentos hábeis para tanto. Afinal, de nada adiantaria identificar corretamente o objeto se disso resultasse afirmarmos a sua insindicabilidade por se tratar de uma decisão política. Afirmações desse tipo não condizem com o Estado de Direito.

O controle das decisões políticas das agências reguladoras federais incide em todas as fases do processo normativo, sendo este um importante instrumento de legitimação das referidas decisões. Porém, precisamos evitar o risco de neutralização da política. A sociedade é permeada por interesses divergentes, antagônicos, que são temporariamente pacificados por meio das decisões políticas. Isso é visível ao observarmos o funcionamento dos Poderes Executivo e Legislativo, por exemplo, nos quais vemos as diferentes forças políticas atuando em prol de uma decisão que lhes seja favorável. O processo normativo das agências reguladoras dificulta essa observação. Lá, os atos normativos parecem decorrer de mera análise técnica, impessoal, neutra. Essa aparência merece ser desfeita, pois a realidade é que os processos normativos não raramente envolvem decisões políticas sobre os objetivos perseguidos pela agência reguladora.

Uma importante ressalva: é preciso cuidado para não sairmos da frigideira e cairmos no fogo⁵³⁸. O modelo institucional das agências reguladoras exige o controle das decisões políticas tomadas por tais entes. Isso implica reconhecer a competência dos Poderes Executivo e Legislativo para controlar politicamente a atuação normativa das agências reguladoras federais. Há nisso um risco de abuso do poder pelos integrantes dos poderes políticos. As agências reguladoras devem ser controladas, mas sem deixarmos espaço para práticas autoritárias voltadas a impor a vontade arbitrária do governo de ocasião. Isso colocaria em risco os avanços sociais e econômicos conquistados nas últimas décadas por meio da atuação das agências reguladoras federais.

⁵³⁸ KOVACS, Kathryn E., From Presidential Administration to Bureaucratic Dictatorship, **Harv. L. Rev. F.**, v. 135, p. 104, 2021; FREEMAN, Jody; JACOBS, Sharon, Structural Deregulation, **Harv. L. Rev.**, v. 135, p. 585, 2021.

BIBLIOGRAFIA

ABERBACH, Joel; ROCKMAN, Bert. Civil Servants and Policymakers: Neutral or Responsive Competence? **Governance**, v. 7, n. 4, p. 461–469, 1994.

ABIGNENTE, Angelo. Il contributo di Rudolf Smend ed Hermann Heller al dibattito weimariano su diritto e stato. **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, v. 21, n. 1, p. 213–257, 1992.

ABRUCIO, Fernando Luiz. Trajetória recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. **Revista de Administração Pública**, v. 41, p. 67–86, 2007.

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. (Coleção ANPR de Direito e Democracia).

AGU, Advocacia-Geral da União. Parecer Vinculante AGU nº AC-51/2006.

ALBERTO, Marco Antônio Moraes. Regime jurídico à brasileira: as duas bases de construção do regime de direito público no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 115, p. 493–510, 2020.

ALBRECHT, Pricila Anny Tomachski; KRAWULSKI, Edite. Concurseiros e a busca por um emprego estável: reflexões sobre os motivos de ingresso no serviço público. **Cadernos de Psicologia Social do Trabalho**, v. 14, n. 2, p. 211–226, 2011.

ALMEIDA, Márcio Wohlers de. **Reestruturação, Internacionalização e Mudanças Institucionais nas Telecomunicações: Lições das Experiências Internacionais para o caso Brasileiro**. Tese (Doutorado), Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Economia, Campinas, 1994. Disponível em:

<<https://www.repositorio.unicamp.br/acervo/detalhe/80132?guid=1669996102564&returnUrl=%2fresultado%2flistar%3fguid%3d1669996102564%26quantidadePaginas%3d1%26codigoRegistro%3d80132%2380132&i=24>>. Acesso em: 2 dez. 2022.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Conceito e Natureza do Recurso Hierárquico**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

AMORTH, Antonio. La nozione di gerarchia. **Documentación Administrativa**, 229. ed. p. 325–334, 1992.

ANA, Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico. Relatório de Análise de Impacto Regulatório nº 1/2021/GT Saneamento. Disponível em: <https://www.gov.br/ana/pt-br/acesso-a-informacao/governanca-regulatoria/analise-de-impacto-regulatorio-air/copy_of_AIRRes.ANA79.2021NRManejoResiduosSlidos.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2024.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, v. 236, p. 51–64, 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes brasileiras: o caso da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Revista de Direito Sanitário**, v. 10, n. 3, p. 77–89, 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Considerações Iniciais sobre a Lei Geral das Agências Reguladoras. **Revista de Direito da Administração Pública**, v. 1, n. 1, 2020. Disponível em: <<http://www.redap.com.br/index.php/redap/article/view/209>>. Acesso em: 8 maio 2023.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. The four pillars for the preservation of the regulatory agencies' technical impartiality in Brazil. **Public Administration and Policy**, v. 24, n. No. 1, p. 36–48, 2021.

ARTES, Joana Schmidt; SIMAS, Renata Regiane Lacerda. A participação popular na análise de impacto regulatório e seus efeitos. In: ZOCKUN, Maurício (Org.). **Aspectos gerais da lei de liberdade econômica**. Curitiba: Íthala, 2020, p. 169–188.

BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. Really Responsive Regulation. **The Modern Law Review**, v. 71, n. 1, p. 59–94, 2008.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding regulation: theory, strategy, and practice**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Criação de secretarias municipais: Inconstitucionalidades do art. 43 da Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura | RDAI**, v. 3, n. 11, p. 433–439, 2019.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 36. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. **Revista do Serviço Público**, v. 39, n. 4, p. 63–78, 1982.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Lei e Regulamento - A chamada “reserva de lei” - as delegações legislativas disfarçadas. **Revista Trimestral de Direito Público - RTDP**, v. 49–50, p. 5–16, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. **Revista de Direito administrativo e infraestrutura-RDAI**, v. 1, p. 347–374, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O princípio da legalidade e algumas de suas consequências para o direito administrativo sancionador. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. I, p. 61–75, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Teoria dos servidores públicos. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura| RDAI**, v. 6, n. 21, p. 357–376, 2022.

BARROSO, Luis Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. **Revista de Direito Administrativo**, v. 197, p. 30–60, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BATISTA DA SILVA, Mariana Batista. Independence after delegation? Presidential calculus and political interference in Brazilian regulatory agencies. **Brazilian Political Science Review**, v. 5, n. 2, p. 39–74, 2011.

BAUME, Sandrine. On political theology: A controversy between Hans Kelsen and Carl Schmitt. **History of European Ideas**, v. 35, n. 3, p. 369–381, 2009.

BERNSTEIN, Marver H. **Regulating Business by Independent Commission**. Reprint. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2015. (Princeton Legacy Library).

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BLACK, J. Proceduralizing Regulation: Part I. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 20, n. 4, p. 597–614, 2000.

BLACK, J. Proceduralizing Regulation: Part II. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 21, n. 1, p. 33–58, 2001.

BLACK, Julia. Constructing and contesting legitimacy and accountability in polycentric regulatory regimes. **Regulation & Governance**, v. 2, n. 2, p. 137–164, 2008.

BLACK, Julia. Critical reflections on regulation. **Australasian Journal of Legal Philosophy**, v. 27, n. 2002, p. 1–46, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri, SP: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade. Fragmentos de um dicionário político**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 27. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2022.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. 14^o reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. Trad. Denise Agostinetti. 3^a edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BOURDIEU, Pierre. **Razões práticas: Sobre a teoria da ação**. Trad. Mariza Corrêa. Campinas, SP: Papyrus, 1996.

BRAITHWAITE, John. The Essence of Responsive Regulation Fasken Lecture. **U.B.C. Law Review**, v. 44, n. 3, p. 475–520, 2011.

BRASIL. **Guia de Análise de Impacto Regulatório**. Versão 4. Brasília: Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), 2022. Disponível em: <http://antigo.anvisa.gov.br/documents/10181/6328934/Guia+17_2021_vers%C3%A3o+4_de_13+12+22.pdf/96c97aba-de44-47f6-8a22-65f003a9d6e8>. Acesso em: 9 maio 2023.

BRASIL. **Manual de Análise do Impacto Regulatório (AIR) e Avaliação de Resultado Regulatório (ARR)**. 3. ed. Brasília: Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), 2020. Disponível em: <<https://portal.antt.gov.br/documents/3116054/3118105/Manual+de+Analise+de+Impacto+Regulatorio+%28AIR%29+e+Avalia%C3%A7%C3%A3o+de+Resultado+Regulatorio+%28ARR%29+-+2020.pdf/2ea7dfbd-3b18-f5a3-7362-8a054ec05c6a?t=1635196329297>>. Acesso em: 9 maio 2023.

BRASIL, Ministério da Infraestrutura. Guia de Orientações para o Planejamento Tático Federal de Transportes. Disponível em: <https://www.gov.br/transportes/pt-br/assuntos/planejamento-integrado-de-transportes/Guia_4320027_2021_06_02_Guia_Orientacao_Planos_Setoriais1.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2024.

BRASIL, Senado Federal. Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Pandemia - CPI da Pandemia.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Referencial básico de governança aplicável a organizações públicas e outros entes jurisdicionados ao TCU / Tribunal de Contas da União**. 3. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Externo da Administração do Estado - SecexAdministração, 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari; SOUZA, Matheus Silveira de. A abordagem Direito e políticas públicas: temas para uma agenda de pesquisa. **Sequência (Florianópolis)**, v. 43, n. 90, p. e85500, 2022.

BUCHANAN, James M. Politics without romance. In: BUCHANAN, James M.; TOLLISON, Robert D. (Orgs.). **The Theory of public choice—II**. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1984, p. 11–22.

BURRIER, Grant. Politics or Technical Criteria? The Determinants of Infrastructure Investments in Brazil. **The Journal of Development Studies**, v. 55, n. 7, p. 1436–1454, 2019.

CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tarifa nas concessões**. 1ª. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

CAMPOS, Francisco. A Política e o Nosso Tempo. In: **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 11–38.

CAMPOS, Francisco. Diretrizes do Estado Nacional. In: **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 39–70.

CAMPOS, Francisco. Problemas do Brasil e soluções do regime. In: **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 71–106.

CARVALHO, Gabriela Duque Poggi de. **O Controle dos Contratos Administrativos pelo Tribunal de Contas da União**. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Da hierarquia e do poder hierárquico no Direito Administrativo. **Revista do Serviço Público**, v. 3, n. 1, p. 62–63, 1940.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. 4v.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo, vol. 1**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

CHAMBÔ, Pedro L. **Federalismo cooperativo: uma análise bidimensional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

CHRISTENSEN, Tom. Bureaucratic Roles: Political Loyalty and Professional Autonomy. **Scandinavian Political Studies**, v. 14, n. 4, p. 303–320, 1991.

CHRISTODOULIDIS, Emílios. **Constitucionalismo político e a ameaça do “mercado total”**. Trad. Pedro Canário. São Paulo: Contracorrente, 2023. (Desafios Constitucionais Contemporâneos, 2).

CLARICH, Marcello. **Manuale di diritto amministrativo**. Bologna: Il mulino, 2017. Disponível em: <<https://iris.luiss.it/handle/11385/181059>>. Acesso em: 3 fev. 2024.

COHEN, Felix S. Transcendental Nonsense and the Functional Approach. **ETC: A Review of General Semantics**, v. 2, n. 2, p. 82–115, 1944.

COMISSÃO ARNS. **O Conselho Federal de Medicina e a saúde pública no Brasil**. Disponível em: <<https://comissaoarns.org/pt-br/blog/o-conselho-federal-de-medicina-e-a-sa%C3%BAdade-p%C3%BAblica-no-brasil/>>. Acesso em: 19 jul. 2024.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CRETELLA JR., José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Forense, 1989.

CRETELLA JÚNIOR, José. Polícia e poder de polícia. **Revista de informação legislativa**, v. 22, n. 88, p. 105–128, 1985.

CUÉLLAR, Leila. **O poder normativo das agências reguladoras brasileiras**. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2000. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/76294/D%20-%20T%20-%20LEILA%20CUELLAR.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 9 abr. 2023.

CUNHA, Paulo César Melo da. **Regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DE LISI, Gaspare. **La crisi della rappresentanza politica e le prospettive della e-democracy**. Tese (Doutorado em Direito), Università di Bologna, Bologna, 2019. Disponível em: <<https://amsdottorato.unibo.it/8885/>>. Acesso em: 18 mar. 2024.

DEFFAINS, Bruno; PERROUD, Thomas. La régulation. In: RACINE, Jean-Baptiste (Org.). **Le droit économique au XXI^e siècle**. Paris: LGDJ, 2020, p. 611–630. Disponível em: <<https://hal.science/hal-03119541>>. Acesso em: 14 mar. 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 19–50.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabricio. **Administração pública e servidores públicos [livro eletrônico]**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. (Tratado de direito administrativo).

DOMORENOK, Ekaterina; GRAZIANO, Paolo; POLVERARI, Laura. Introduction: policy integration and institutional capacity: theoretical, conceptual and empirical challenges. **Policy and Society**, v. 40, n. 1, p. 1–18, 2021.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DZIADZIO, Andrzej. The Academic Portrait of the Creator of the Pure Theory of Law. Several Facts from Thomas Olechowski's Book Entitled Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers. Tübingen: Mohr Siebeck, 2020 (1027 pp.). **Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa**, v. 14, n. 3, p. 383–395, 2021.

FARAZMAND, Ali. Bureaucracy, bureaucratic politics, and democracy. In: FARAZMAND, Ali (Org.). **Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy and Governance**. Boca Raton, Fl: Springer, 2018, p. 613–619.

FERRAZ, Claudio. Electoral Politics and Bureaucratic Discretion: Evidence from Environmental Licenses and Local Elections in Brazil. 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade. **Revista tributária e de finanças públicas**, v. 35, p. 144–158, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Planejamento, direito tributário e segurança jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público - RTDP**, v. 12, p. 11–15, 1995.

FILGUEIRAS, Fernando. Indo além do gerencial: a agenda da governança democrática e a mudança silenciada no Brasil. **Revista de Administração Pública**, v. 52, p. 71–88, 2018.

FONTAINHA, Fernando de Castro; GERALDO, Pedro Heitor Barros; VERONESE, Alexandre; *et al.* **Processos seletivos para a contratação de servidores públicos: Brasil, o país dos concursos?** Rio de Janeiro: Direito Rio, 2014. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/10438/11929>>. Acesso em: 25 jul. 2024.

FREEMAN, Jody; JACOBS, Sharon. Structural Deregulation. **Harv. L. Rev.**, v. 135, p. 585, 2021.

FREITAS, Juarez. Regulação administrativa e os principais vieses. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 16, n. 63, p. 93–105, 2016.

GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto Amministrativo**. 3. ed. Milão: Giuffrè Editore, 1993.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Francisco campos e a ilusão da técnica do Estado Totalitário a serviço da democracia. A constituição de 1937 e o Estado Novo. **Revista da AGU**, v. 18, n. 2, p. 19–34, 2019.

GOMIDE, Alexandre de Ávila; PEREIRA, Ana Karine; MACHADO, Raphael Amorim. Burocracia e capacidade estatal na pesquisa brasileira. In: PIRES, Roberto; LOTTA, Gabriela; OLIVEIRA, Vanessa Elias de (Orgs.). **Burocracia e políticas públicas no Brasil : interseções analíticas**. Brasília: Ipea : Enap, 2018, p. 87–104. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8596>>. Acesso em: 3 dez. 2022.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1998**. 17^a. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos. **Revista de Concorrência e Regulação**, v. Ano II, n. 7–8, p. 349–373, 2012.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 46, p. 74–106, 2004.

GUARAGNI, Fábio André. Critérios de compatibilização da Norma Penal em branco com o Princípio da Reserva Legal, no aspecto formal da competência legislativa exclusiva para edição de normas incriminadoras. Disponível em: <https://site.mppr.mp.br/sites/hotsites/arquivos_restritos/files/migrados/File/Arquivos_Antigos/criterios__2.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2023.

GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. **Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal**. São Paulo: Almedina, 2014.

GUASCHINO, Edoardo. The Role of Regulatory Agencies in Framing Public Problems: An Empirical Analysis. **European Policy Analysis**, v. 5, n. 2, p. 285–316, 2019.

GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

GUERRA, Sérgio. Separação de Poderes, Executivo Unitário e Estado Administrativo no Brasil. **REI - Revista Estudos Institucionais**, v. 3, n. 1, p. 123–152, 2017.

GUERRA, Sérgio; FREITAS, Rafael Vêras de. O modelo institucional do setor portuário: os institutos da Análise do Impacto Regulatório (AIR) e da Conferência de Serviços como mecanismos de equalização do controle político sobre as agências reguladoras. **Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro**, p. 419–451, 2015. (Edição Especial).

GUERRA, Sérgio; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Controle político da atividade normativa das agências reguladoras no Brasil. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, v. 9, n. 3, p. 402–430, 2018.

HANSON, Jonathan K.; SIGMAN, Rachel. Leviathan's Latent Dimensions: Measuring State Capacity for Comparative Political Research. **The Journal of Politics**, v. 83, n. 4, p. 1495–1510, 2021.

HART, H. L. A. Discretion. **Harvard Law Review**, v. 127, n. 2, p. 652–665, 2013.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. (Biblioteca jurídica WMF).

HATHAWAY, Oona A.; SHAPIRO, Scott J. **The internationalists: how a radical plan to outlaw war remade the world**. New York: Simon & Schuster, 2017.

HEINEN, Juliano. Natureza Jurídica Da Lei do Planejamento Econômico por Regulação de Acordo com a Interpretação do Artigo 174 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Economic Analysis of Law Review**, v. 10, n. 3, p. 21–35, 2019.

JORDANA, Jacint; FERNÁNDEZ-I-MARÍN, Xavier; BIANCULLI, Andrea C. Agency proliferation and the globalization of the regulatory state: Introducing a data set on the institutional features of regulatory agencies. **Regulation & Governance**, v. 12, n. 4, p. 524–540, 2018.

JORDANA, Jacint; LEVI-FAUR, David. The Diffusion of Regulatory Capitalism in Latin America: Sectoral and National Channels in the Making of A New Order. **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**, v. 598, p. 102–124, 2005.

JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros, 2016.

JORDÃO, Eduardo Ferreira; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; *et al.* Sustação de normas de agências reguladoras pelo Congresso Nacional: pesquisa empírica sobre a prática do art. 49, V, da CRFB. **Revista Direito GV**, v. 19, p. e2315, 2023.

JORNADA DE DIREITO ADMINISTRATIVO. **I Jornada de Direito Administrativo: enunciados aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Regulatório. **Interesse Público -IP (versão digital)**, v. 43, n. 9, 2007.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans. **A democracia**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019. (Biblioteca jurídica WMF).

KELSEN, Hans. Essência e valor da democracia. *In: A democracia*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, p. 23–107.

KELSEN, Hans. Fundamentos da democracia. *In: A democracia*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, p. 137–299.

KELSEN, Hans. God and the state. *In: WEINBERGER, Ota (Org.). Essays in legal and moral philosophy*. Trad. Peter Heath. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1973, p. 61–82.

KELSEN, Hans. Science and Politics. **American Political Science Review**, v. 45, n. 3, p. 641–661, 1951.

KELSEN, Hans. **Society and nature: A sociological inquiry**. Chicago: The University of Chicago Press, 1943.

KELSEN, Hans. State-form and World-outlook. *In: WEINBERGER, Ota (Org.). Essays in legal and moral philosophy*. Trad. Peter Heath. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1973, p. 95–113.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

KLEIN, Fabio Alvim; MASCARENHAS, André Ofenhejm. Motivação, satisfação profissional e evasão no serviço público: o caso da carreira de especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental. **Revista de Administração Pública**, v. 50, p. 17–39, 2016.

KOVACS, Kathryn E. From Presidential Administration to Bureaucratic Dictatorship. **Harv. L. Rev. F.**, v. 135, p. 104, 2021.

LEAL, Vitor Nunes. Delegações legislativas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 5, p. 378–390, 1946.

LEVI-FAUR, David. Regulation & Regulatory Governance. *In: LEVI-FAUR, David (Org.). Handbook on the Politics of Regulation*. Jerusalem: The Hebrew University of Jerusalem, 2011, p. 1–25.

LEVI-FAUR, David. The politics of liberalisation: Privatisation and regulation-for-competition in Europe's and Latin America's telecoms and electricity industries. **European Journal of Political Research - EUR J POLIT RES**, v. 42, p. 705–740, 2003.

LIMA, Rui Cirne. Direito administrativo e direito privado. **Revista de Direito Administrativo**, v. 26, p. 19–33, 1951.

LIMA, Rui Cirne. O conceito fundamental do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 12, p. 59–64, 1948.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

LODGE, Martin; STIRTON, Lindsay. Accountability in the Regulatory State. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Orgs.). **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010. (Oxford Handbooks Online).

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. O decisionismo jurídico de Carl Schmitt. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, v. 32, p. 201–215, 1994.

MAJONE, Giandomenico. The regulatory state and its legitimacy problems. **West European Politics**, v. 22, n. 1, p. 1–24, 1999.

MAJONE, Giandomenico. The rise of the regulatory state in Europe. **West European Politics**, v. 17, n. 3, p. 77–101, 1994.

MANN, Michael. The autonomous power of the state: its origins, mechanisms and results. **European Journal of Sociology / Archives Européennes de Sociologie / Europäische Archiv für Soziologie**, v. 25, n. 2, p. 185–213, 1984.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 72–98.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, v. 1, p. 69–93, 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MARTINS, Ricardo Marcondes. “Políticas Públicas” e Judiciário: uma abordagem neoconstitucional. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 18, n. 71, p. 145–165, 2018.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**. 1. ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2011.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria do ato administrativo nos trinta anos da Constituição de 1988: o que mudou? **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 6, p. 449–477, 2020.

MATTARELLA, Bernardo Giorgio. **Lezioni di diritto amministrativo**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2018.

MAYNE, Quinton; DE JONG, Jorrit; FERNANDEZ-MONGE, Fernando. State Capabilities for Problem-Oriented Governance. **Perspectives on Public Management and Governance**, v. 3, n. 1, p. 33–44, 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. A administração pública e seus controles. **Revista de Direito Administrativo**, v. 114, p. 23–33, 1973.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. Os poderes do administrador público. **Revista dos Tribunais**, v. 266, n. 13, 1956.

MENDES, Conrado Hubner. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 99–139.

MIRANDA, Pontes de. **Sistema de ciência positiva do direito**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2005. 4v.

MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do Direito da Regulação no Brasil? **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, p. 107–139, 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF—mutação constitucional do princípio da legalidade? **Revista de Direito Público da Economia**, v. 43, n. ano 11, p. 35–57, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no direito administrativo sancionador. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, v. 11, n. 43, 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=98862>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

MOUFFE, Chantal. **On the political**. Abingdon: Routledge, 2005.

MUELLER, Bernardo; PEREIRA, Carlos. Credibility and the design of regulatory agencies in Brazil. **Brazilian Journal of Political Economy**, v. 22, p. 449–472, 2002.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O controle jurisdicional da função normativa das agências reguladoras**. São Paulo: Contracorrente, 2021.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. A ANEEL e Serviços de Energia Elétrica. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 329–351.

PALMA, Juliana Banacorsi de. **Atividade normativa da Administração Pública. Estudo do processo administrativo normativo**. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em:

<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18052017-131051/publico/Tese_Juliana_Bonacorsi_de_Palma_versao_final.pdf>.

PAULSON, Stanley L. Lon L. Fuller, Gustav Radbruch, and the “Positivist” Theses. **Law and Philosophy**, v. 13, n. 3, p. 313–359, 1994.

PAVÓN MEDIANO, Andrés; GONZÁLEZ, Camilo Ignacio. Independent regulatory agencies in Latin America. In: MAGGETTI, Martino; MASCIU, Fabrizio Di; NATALINI, Alessandro (Orgs.). **Handbook of Regulatory Authorities**. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2022, p. 43–59. Disponível em:

<<https://www.elgaronline.com/view/book/9781839108990/book-part-9781839108990-12.xml>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

PEABODY, Gerald E. Scientific Paradigms and Economics: an Introduction. **Review of Radical Political Economics**, v. 3, n. 2, p. 1–16, 1971.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: Ed. 34, 1998.

PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; LANCIERI, Filippo Maria; ADAMI, Mateus Piva. O Diálogo Institucional das Agências Reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: uma Proposta de Sistematização. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Orgs.). **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 140–185.

PEREZ, Marcos Augusto. **O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas**. Tese (Livre-Docência em Direito do Estado), Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, 2018. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/livredocencia/2/tde-22042019-144541/>>. Acesso em: 1 jul. 2024.

PINHEIRO, Alexandre Pereira. **Estado pós-regulador: contribuições teóricas para a regulação estatal**. Tese (Doutorado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. Demystifying Schmitt. **Public Law and Legal Theory Working Papers**, n. 333, 2011. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1088&context=public_law_and_legal_theory>. Acesso em: 2 jul. 2024.

POSNER, Richard A. **Law, pragmatism, and democracy**. Cambridge/Massachusetts/London: Harvard University Press, 2003.

PRADO, Mariana Mota. Implementing independent regulatory agencies in Brazil: The contrasting experiences in the electricity and telecommunications sectors. **Regulation & Governance**, v. 6, n. 3, p. 300–326, 2012.

PRADO, Mariana Mota. The Challenges and Risks of Creating Independent Regulatory Agencies: A Cautionary Tale from Brazil. **Vanderbilt Law Review**, v. 41, n. 2, p. 435–503, 2007.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Jussara Simões; Álvaro de Vita. 4ª ed. rev. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

RIGOLON, Francisco José Zagari. Regulação da infra-estrutura: a experiência recente no Brasil. **Revista do BNDES**, v. 4, n. 7, p. 123–150, 1997.

ROCHA, Carmem Lucia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo brasileiro. **Revista de direito administrativo**, v. 209, p. 189–222, 1997.

ROMERO, Felipe Lima Araujo. **Avocação legislativa da escolha regulatória: teoria e prática da interação entre agências reguladoras e Poder Legislativo na construção da política regulatória**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

SADDY, André. Elementos e características essenciais da concepção de regulação estatal. **Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado**, n. 11, p. 1–33, 2016.

SALES, Léa Silveira. Estruturalismo—história, definições, problemas. **Revista de Ciências Humanas**, v. 33, p. 159–188, 2003.

SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. Análise de impacto regulatório: uma abordagem exploratória. **IPEA: Texto para Discussão n. 1463**, 2010. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/2669>>. Acesso em: 9 maio 2023.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica; Princípios e Fundamentos Jurídicos**. 3ª. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

SANTOS, Luiz Alberto Dos. **Regulamentação da atividade de lobby e seu impacto sobre as relações entre políticos, burocratas e grupos de interesse no ciclo de políticas: Análise comparativa dos Estados Unidos e Brasil**. Tese (Doutorado), Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <<https://www.funag.gov.br/ipri/btd/index.php/9-teses/1981-regulamentacao-da-atividade-de-lobby-e-seu-impacto-sobre-as-relacoes-entre-politicos-burocratas-e-grupos-de-interesse-no-ciclo-de-politicas-analise-comparativa-dos-estados-unidos-e-brasil>>. Acesso em: 1 abr. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Discrecionalidade e poder sancionador: uma breve análise da proposta de regulamento da ANATEL. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, v. 17, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 8 maio 2023.

SCHIRATO, Vitor Rhein. O controle interno da administração pública e seus mecanismos. **Revista dos Tribunais**, v. 956, n. 2015, p. 25–50, 2015.

SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**. Trad. Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press, 2008.

SCHMITT, Carl. **The concept of the political**. Trad. George Schwab. Chicago: University of Chicago Press, 2007.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 2, n. 1, p. 7–22, 1993.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Alexis Sales De Paula e; MENEGUIN, Fernando Boarato. O decreto legislativo e o controle da atividade normativa do poder executivo. **REGEN Revista de Gestão, Economia e Negócios**, v. 1, n. 1, 2021. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/regen/article/view/5152>>. Acesso em: 7 maio 2023.

STIGLER, George. The theory of economic regulation. **Bell Journal of Economics**, v. 2, n. 1, p. 3–21, 1971.

SUNDFELD, Carlos Ari. Desvio de poder regulamentar na regulação pró-competição. In: **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, v. 1. (Coleção pareceres).

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 17–38.

SUNDFELD, Carlos Ari. O processo administrativo de consulta pública. In: **Licitação, processo administrativo, propriedade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, v. 3, p. 449–464. (Coleção pareceres).

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Da regulação política à regulação técnica: o efeito da liberdade empresarial nos serviços públicos. **Revista de Direito Público da Economia**, 2009.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Knowledge & politics**. New York: Free Press, 1975.

URUGUAI, Visconde do. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862. 2v.

VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo Jurídico e Nazismo: Formação, Refutação e Superação da Lenda do Positivismo**. 1ª edição. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

VELJANOVSKI, Cento. Economic Approaches to Regulation. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Orgs.). **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 21–36.

VINX, Lars. **Hans Kelsen's pure theory of law: legality and legitimacy**. Oxford: Oxford University Press, 2007. Disponível em: <<https://books.google.com/books?hl=pt-BR&lr=&id=HbcvCzD23LoC&oi=fnd&pg=PR9&dq=hans+kelsen%27s+pure+theory+of+law+legality+and+legitimacy&ots=B7pCylCyvM&sig=yJI7h4uCDVcQAVlKTkyVj-MNTas>>. Acesso em: 27 mar. 2024.

WALD, Arnaldo. O controle político sobre as agências reguladoras no direito brasileiro e comparado. **Revista dos Tribunais**, v. 834, p. 84–98, 2005.

WEBER, Max. **The Theory of Social and Economic Organization**. Trad. A. M. Henderson; Talcott Parsons. Glencoe: Free Press, 1947.

WILLIAMS, Martin J. Beyond state capacity: bureaucratic performance, policy implementation and reform. **Journal of Institutional Economics**, v. 17, n. 2, p. 339–357, 2021.

WORLD BANK. **World Development Report 1994: Infrastructure for Development**. Washington, DC: World Bank, 1994. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/5977>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

ZANOBINI, Guido. **Corso di Diritto Amministrativo**. 7. ed. Milano: Dott A. Giufre, 1954.

ZOCKUN, Carolina Zancaner; ZOCKUN, Maurício. Delegação da função pública. In: NUNES JR., Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; *et al* (Orgs.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/546/edicao-1/delegacao-da-funcao-publica->>>. Acesso em: 10 fev. 2024.

ZOCKUN, Maurício. As competências normativas da agência nacional de águas e saneamento básico (ANA) em razão do advento da Lei Federal 14.026, de 2020, modificativa do “marco legal” do saneamento. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (Orgs.). **O direito administrativo do pós-crise [recurso eletrônico]**. Curitiba: Íthala, 2021, p. 351–366.

ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner. A regulação administrativa e o princípio da legalidade. In: ZOCKUN, Maurício (Org.). **Aspectos gerais da lei de liberdade econômica**. Curitiba: Íthala, 2022, p. 11–22.