

Princípio da legalidade administrativa e competência regulatória no regime jurídico-administrativo brasileiro

VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA

Sumário

1. Introdução. 2. Notas sobre o princípio do Estado Democrático de Direito. 3. Princípio da legalidade no regime jurídico-administrativo brasileiro. 4. O conceito jurídico de regulação. 5. Competências regulatórias da Administração Pública. 6. Considerações finais.

1. Introdução

No sistema do Direito Positivo brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), promulgada em 5 de outubro de 1988, serve como fundamento de validade de todas as normas jurídicas que compõem tal ordem jurídica.

Ao se examiná-la, verifica-se que ela adotou o modelo de Estado Democrático Social de Direito, no qual se legitima a intervenção estatal na ordem econômica e na ordem social para a concretização das diretrizes de justiça social constantes da CRFB (MELLO, 2009, 2010; BONAVIDES, 2002; CASTRO, 2003; GRAU, 2002; SILVA, 2002).¹

Por outro lado, a CRFB consagra a dignidade da pessoa humana e a livre iniciativa como fundamentos da República², e reconhece às pessoas naturais e às pessoas jurídicas de direito privado³, um conjunto de direitos

Vladimir da Rocha França é mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Associado I do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Consultor-Geral Adjunto do Estado do Rio Grande do Norte

¹ Vide arts. 1º, *caput*, e IV; 3º; 170, *caput*; e 193 – todos da CRFB.

² Vide art. 1º, III e IV, da CRFB.

³ Doravante, para se referir a ambas, sem ressalvas, emprega-se a expressão *pessoa privada*. Também se valerá da palavra *administrado* para esse sentido, quando julgado conveniente e oportuno.

fundamentais individuais⁴ que delimita a ação estatal quando no exercício daqueles escopos socioeconômicos (DIMOULIS; MARTINS, 2007; FERREIRA FILHO, 1995; REALE, 1998).

Na CRFB, notadamente em face da adoção do sistema presidencialista de governo, cabe ao Poder Executivo o papel preponderante na proposição e na execução de políticas públicas socioeconômicas (BUCCI, 2002; MORAES, 2004). Ainda que se reserve à lei a instituição dessas políticas⁵, a iniciativa legislativa cabe ao chefe do Poder Executivo e sua materialização, à Administração Pública⁶.

É notório que as políticas públicas dificilmente deixam de atingir os direitos fundamentais individuais. Assim, a CRFB estabelece a *legalidade* como garantia fundamental dos administrados em face do Estado. Determina-se, em seu art. 5º, II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Nesse quadro, há uma tensão entre a legalidade e as demandas socioeconômicas pela expansão das competências⁷ normativas da Administração Pública. De um lado, reivindica-se que a intervenção estatal nos direitos fundamentais individuais somente seja admitida se houver base legal; do outro, que essa intervenção seja ágil e possa adequar-se às intensas transformações socioeconômicas e tecnológicas

que influenciam as metas constitucionais de justiça social.

Atualmente, quer-se outorgar à Administração Pública competências normativas que lhe permitam agir com eficiência e celeridade, ainda que ela, desse modo, acabe dispondo sobre a liberdade individual e a propriedade privada. Ou, até mesmo, instituir entes administrativos dotados de autonomia perante o chefe do Poder Executivo, de modo a garantir-lhes certo grau de imunização às pressões político-partidárias comuns à democracia.

O objetivo do presente trabalho é investigar a relação entre o princípio da legalidade e a outorga de competências administrativas destinadas à efetivação de políticas públicas no domínio econômico e no domínio social, no contexto do sistema do Direito positivo brasileiro. Para tanto, emprega-se a metodologia preconizada pela Dogmática Jurídica (KELSEN, 1991, 1992; VILANOVA, 1997, 2000).

2. Notas sobre o princípio do Estado Democrático de Direito

No art. 1º, *caput*, da CRFB, determina-se que o Estado brasileiro é um “Estado democrático de Direito”.

O princípio do Estado Democrático de Direito determina que nenhuma competência estatal exista e seja válida sem prévia norma jurídica, bem como que o exercício do poder estatal deve ser feito em conformidade com ela. Assim, ele se apresenta como *juridicidade*.

A juridicidade abrange a *constitucionalidade*, ou seja, a sujeição do Estado à CRFB⁸ – sem prejuízo, do respeito que o Estado deve ter em relação às normas que ele mesmo expede

⁴ Vide art. 5º da CRFB.

⁵ Vide arts. 48; 61, *caput*, e § 1º; 84, XXIII; 165; e 174, *caput*, e § 1º – todos da CRFB.

⁶ Vide arts. 37; 84; e 87 – todos da CRFB.

⁷ Como dito em trabalho anterior: “A *competência* nasce (...) em uma regra jurídica geral, sendo reconhecida a todo aquele que preencha as condições de sua outorga, no bojo de um ato jurídico individual. Quando este se aperfeiçoa, o titular da competência passa ter o direito de exercê-la, devendo as demais pessoas se submeter aos efeitos jurídicos gerados pelo desenvolvimento desse poder em suas respectivas esferas de direito. Na competência não há referência a um bem jurídico específico, mas a uma classe de bens jurídicos” (FRANÇA, 2007, p. 41).

⁸ Recorde-se que o Estado nem precede nem sucede a Constituição, mas nasce com a entrada em vigor desse complexo de normas jurídicas (KELSEN, 1991, 1992).

no sistema do Direito Positivo, no exercício das suas funções jurídicas: (i) a função legislativa⁹; (ii) a função administrativa¹⁰; e, (iii) a função jurisdicional¹¹.

Diz-se *democrático* o Estado de Direito instituído pela CRFB, para negar que a juridicidade seja meramente formal (REALE, 1998; ROCHA, 1994). O respeito a esse princípio pressupõe a observância, pelo Estado, das diretrizes de justiça social presentes no texto constitucional, bem como dos direitos e garantias fundamentais que dão amparo axiológico ao próprio sistema do Direito positivo (REALE, 1998; ROCHA, 1994). Um dos desdobramentos expressos do princípio do Estado Democrático de Direito é o *princípio da legalidade administrativa*.

3. Princípio da legalidade no regime jurídico-administrativo brasileiro

Enuncia-se no art. 5º, II, da CRFB, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa *senão em virtude de lei*” (grifo nosso). No art. 37, *caput*¹², determina-se que a Administração Pública deverá obedecer, entre outros, ao princípio da legalidade. Mais adiante, em seu art. 170, parágrafo único, a CRFB assegura a todos o livre exercício da atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em *lei*.

A rigor, no sistema do Direito Positivo brasileiro *lei* compreende um dos atos jurídicos constantes do art. 59¹³ da CRFB. Ao conjugá-lo com os

⁹ A função legislativa é atividade de expedição de normas que inovam primária e originariamente o sistema do Direito positivo, realizada por órgãos do Estado designados pela Constituição, sem prejuízo da observância às normas constitucionais (FRANÇA, 2005, 2007).

¹⁰ Constitui a atividade do Estado de expedição de normas complementares à lei (ou à própria Constituição), exercida pelo Estado (ou por quem esteja no exercício de prerrogativas públicas), sujeitas ao controle jurisdicional e voltadas à harmonização do interesse público com os direitos fundamentais. Reforma-se, assim, conceito anteriormente proposto, que vinculava a função administrativa apenas à concretização do interesse público (FRANÇA, 2005, 2007). Deve-se tal revisão ao destaque que os direitos fundamentais têm no Direito Administrativo (BINENBOJM, 2006; JUSTEN FILHO, 2012). Mas não se pode relevar o papel do interesse público numa sociedade fundada num Estado Democrático Social de Direito (MELLO, 2010; DI PIETRO, 2013). O conjunto de normas jurídicas que disciplinam a função administrativa constitui o *regime jurídico-administrativo* (MELLO, 2010; FRANÇA, 2005, 2007).

¹¹ Compreende, por sua vez, a atividade de expedição de normas subsidiárias à lei (ou à própria Constituição), exercida pelos órgãos independentes e imparciais do Estado, vinculados ao Poder Judiciário, destinados à resolução de conflitos em caráter definitivo (FRANÇA, 2005, 2007).

¹² Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte”.

¹³ Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação: “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I – emendas à Constituição; II – leis complementares;

preceitos constitucionais que regem o processo legislativo¹⁴, observa-se que a lei ordinária é o instrumento adequado para dispor sobre os deveres das pessoas privadas¹⁵ sem prejuízo, evidentemente, das exceções que a CRFB estabelece para tal regra.¹⁶

Ao tratar das competências do Presidente da República, o art. 84, IV, da CRFB, confere-lhe a atribuição para “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir *decretos e regulamentos para sua fiel execução*” (grifo nosso). Por sua vez, os Ministros de Estado têm a competência para, além de outras atribuições constitucionais e legais, expedir instruções para a execução de leis, decretos e regulamentos.¹⁷

O princípio da legalidade administrativa determina, portanto, que os administrados somente poderão ser obrigados a fazer (ou proibidos de não fazer) ou deixar de fazer (ou proibidos de fazer) junto à Administração Pública, sem seu consentimento, caso lei adequada assim o determine.

Do ponto de vista da lógica jurídica (CARVALHO, 1999; FRANÇA, 2007; VILANOVA, 1997, 2000), a norma definidora de dever jurídico do administrado, em sua integralidade, tem a seguinte composição: (i) norma primária dispositiva, cujo antecedente normativo prevê um evento de possível ocorrência na realidade e, no consequente normativo; estabelece-se uma relação jurídica na qual a conduta do administrado é qualificada como obrigatória ou proibida perante a Administração Pública; (ii) norma primária sancionadora, que prevê em seu antecedente o evento do descumprimento do dever jurídico instituído pela referida norma primária

III – leis ordinárias; IV – leis delegadas; V – medidas provisórias; VI – decretos legislativos; VII – resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis”.

¹⁴ Vide arts. 60 a 69 da CRFB.

¹⁵ Vide especialmente o disposto no art. 48, *caput*, da CRFB: “Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre”. E, também, o previsto no art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: “Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I – ação normativa; II – alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie. § 1º Os decretos-lei em tramitação no Congresso Nacional e por este não apreciados até a promulgação da Constituição terão seus efeitos regulados da seguinte forma: I – se editados até 2 de setembro de 1988, serão apreciados pelo Congresso Nacional no prazo de até cento e oitenta dias a contar da promulgação da Constituição, não computado o recesso parlamentar; II – decorrido o prazo definido no inciso anterior, e não havendo apreciação, os decretos-lei ali mencionados serão considerados rejeitados; III – nas hipóteses definidas nos incisos I e II, terão plena validade os atos praticados na vigência dos respectivos decretos-lei, podendo o Congresso Nacional, se necessário, legislar sobre os efeitos deles remanescentes. § 2º Os decretos-lei editados entre 3 de setembro de 1988 e a promulgação da Constituição serão convertidos, nesta data, em medidas provisórias, aplicando-se-lhes as regras estabelecidas no art. 62, parágrafo único.

¹⁶ Vide arts. 62 e 69 da CRFB.

¹⁷ Vide art. 87, parágrafo único, II, da CRFB.

dispositiva e, no conseqüente, prescreve-se a restrição a um bem jurídico do administrado, ou a retirada de ato jurídico ou norma jurídica do sistema do Direito positivo; (iii) norma secundária, que tem em seu antecedente a inobservância do dever jurídico do administrado e, no conseqüente, assegura-se a tutela jurisdicional à Administração Pública – ou mesmo a possibilidade de esta atuar diretamente sem intervenção do Poder Judiciário – para superar a controvérsia em torno do cumprimento daquele dever, ou a mesmo para viabilizar a execução da sanção prevista na norma primária sancionadora.

A rigor, interessam ao estudo da legalidade administrativa as normas primárias que tratam do dever jurídico do administrado e da correspondente sanção, bem como a norma secundária que garante à Administração Pública o poder de superar a controvérsia ou de executar a sanção sem intervenção jurisdicional. Mas, por questões metodológicas, tratar-se-á apenas da norma primária dispositiva que institui o dever jurídico do administrado, ou seja, a *regra matriz do dever jurídico do administrado*.¹⁸ Mesmo assim, as considerações feitas a essa norma serão plenamente aplicáveis às demais.

Quando se diz que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” – à luz da lógica jurídica –, determina-se que as proposições jurídicas necessárias para a composição da referida regra matriz devem ser veiculadas por *lei*. Destarte, para a instituição do dever jurídico do administrado, demanda-se que as proposições que comporão os aspectos da regra matriz do dever do administrado devem ser originárias de lei.

Na hipótese normativa dessa regra matriz, há a descrição de um fato – natural ou huma-

no – de possível ocorrência na realidade, com a indicação de suas coordenadas de espaço e tempo. Pelos princípios da razoabilidade e da igualdade, deve-se guardar uma relação de pertinência entre o fato hipotético e o administrado, sob pena de se instituir um dever jurídico arbitrário.¹⁹

As proposições legais usadas para tanto podem compreender *conceitos jurídicos indeterminados*²⁰, fazendo com que a identificação do fato tipificado na realidade fique sujeita a um juízo mais amplo de juridicidade da Administração Pública no momento da incidência e aplicação da referida norma (FRANÇA, 2000, 2007). Pode, conforme o caso concreto, até mesmo dar espaço para o juízo de oportunidade da autoridade administrativa e, portanto, à discricionariedade (MELLO, 1992; FRANÇA, 2007).

Nesse caso, não há ofensa à legalidade administrativa, justamente porque se reconhece a insuficiência de uma tipificação cerrada para assegurar sua própria permanência e atualidade da lei em face das contínuas transformações socioeconômicas e técnico-científicas. Ademais, essas mudanças frequentemente exigem a ação administrativa em prol do interesse público e da preservação dos direitos fundamentais dos administrados.

¹⁹ Sobre o princípio da razoabilidade, consultar Mello (2010) e França (2000, 2007). Sobre o princípio da igualdade, consultar Mello (1993).

²⁰ Os conceitos jurídicos indeterminados são conceitos cuja definição padece de fluidez. Essa fluidez pode residir na dúvida quanto ao volume de elementos que podem ser abarcados pelo conceito – vaguidade – ou, na controvérsia quanto aos critérios que devem ser usados para enquadrar o elemento no conceito – ambigüidade. Eles podem ser classificados em conceitos empíricos ou conceitos axiológicos. Os conceitos empíricos são aqueles cuja identificação pressupõe a experiência no caso concreto, seja ela conduzida pelo senso comum, seja ela orientada por padrões técnico-científicos (poluição, por exemplo). Em contrapartida, os conceitos axiológicos exigem, para sua compreensão, uma abordagem comprometida com a imputação de um valor positivo ou negativo a uma conduta, segundo padrões éticos (má fé, por exemplo). Sobre a matéria, consultar Mello (1992) e França (2000).

¹⁸ Toma-se, por empréstimo, a expressão cunhada por Carvalho (1999) para a norma primária dispositiva que prescreve a obrigação tributária.

Também pode haver espaço para discricionariedade, no plano da hipótese normativa, quando exige para a incidência que a Administração Pública entenda conveniente e oportuna a aplicação da regra matriz no caso concreto. Assim, o fato jurídico que enseja o dever jurídico do administrado somente se configurará caso a Administração Pública *resolva* pela necessidade de tal dever, diante do interesse público.

No conseqüente normativo da regra matriz, por sua vez, prescreve-se uma relação jurídica entre a Administração Pública e o administrado. Este é o sujeito passivo e, portanto, é obrigado a fazer (ou proibido de não fazer) ou proibido de fazer (ou obrigado a não fazer) algo perante aquela. Logo, a Administração Pública é o sujeito ativo e tem a prerrogativa de exigir do administrado que realize tal conduta, caso haja a concretização do fato descrito na hipótese normativa.

Cabe à lei estabelecer as proposições que servirão para identificar os sujeitos ativo e passivo diante da incidência da regra matriz do dever jurídico do administrado. Trata-se de uma injunção da legalidade administrativa. Mas ao fazê-lo, o princípio federativo²¹ (em relação ao sujeito ativo) e o princípio da igualdade²² (quanto ao sujeito passivo), deverão ser fielmente observados.

Como em toda relação jurídica, é crucial que a conduta qualificada como obrigatória ou proibida – a *prestação* – seja delineada com um grau de densidade mínimo para que possa ser exigível. Do contrário, a própria incidência da regra matriz fica decisivamente comprometida. Afinal, há a incidência quando o fato, descrito na hipótese normativa, ocorre na realidade e, *simultaneamente*, eclode a relação jurídica

prescrita no conseqüente normativo (VILANOVA, 2000).

As proposições legais podem desenhar a prestação de modo exaustivo, sem deixar espaço para a discricionariedade administrativa.²³ Em tese, é possível que a intensidade ou a extensão da prestação fique submetida ao juízo de oportunidade da Administração Pública. Mas essa situação deve ser ponderada com a devida cautela, conforme a natureza da prestação e do vínculo do administrado com o Estado no contexto descrito na hipótese normativa.

A legalidade administrativa pode ser vista como uma garantia fundamental do administrado que se destina à proteção de seus demais direitos fundamentais individuais (FERREIRA FILHO, 1995). Mas sua robustez pressupõe que um grau mínimo de densidade normativa da lei, para prevenir que a Administração Pública acabe por delinear integralmente a esfera de direitos dos administrados (CAVALCANTI, 2009).

Em face disso, à luz do direito fundamental de liberdade, o administrado tem a permissão de fazer e de não fazer algo, quando a lei não estatui qualquer obrigação ou proibição em torno dessa conduta. Em contrapartida, ainda sob o prisma do direito fundamental de liberdade, a Administração Pública somente tem legitimidade para fazer aquilo que a lei lhe permitir, ainda que essa permissão simplesmente decorra de obrigação ou proibição que a lei lhe imponha.

Daí se dizer que a legalidade administrativa não é apenas negativa, mas sim positiva (CASTRO, 2003; CORREIA, 1987). Em face do fenômeno da discricionariedade administrativa

²¹ Vide arts. 1º, 18, 25 e 30 – todos da CRFB.

²² Vide arts. 5º, *caput*, e I; e 37, *caput* – ambos da CRFB. Sobre o princípio da igualdade, consultar Mello (1993).

²³ Na tributação, por exemplo, essa modalidade de delineamento normativo é vista como imperativa pela doutrina tributarista (CARRAZZA, 2008; CARVALHO, 2008). Mas há quem entenda que essa concepção seria incompatível com o modelo constitucional brasileiro de Estado de Direito (TORRES, 2009).

e do emprego dos conceitos jurídicos indeterminados, essa legalidade positiva não é sempre exaustiva, como já visto. Quando se diz, portanto, que na Administração Pública, só é permitido fazer o que a lei autoriza (MEIRELLES, 2001), deve-se ponderar que essa autorização pode ser expressa ou implícita, conforme o modo de atuação do legislador na disciplina da atividade administrativa do Estado.

Contudo, em se tratando de autorização implícita do atuar administrativo, é imperativo que a lei estabeleça os postulados que deverão ser seguidos pela Administração Pública (CAVALCANTI, 2009). A norma que outorga a competência administrativa não é um cheque em branco (TÁCITO, 1997).

4. O conceito jurídico de regulação

4.1. Premissas

O termo *regulação* tem-se inserido com mais intensidade no discurso doutrinário brasileiro a partir das reformas constitucionais dos anos 1990²⁴, as quais ensejaram o surgimento das *agências reguladoras* (ARAGÃO, 2003; MELLO, 2010; DI PIETRO, 2008; FIGUEIREDO, 2005; JUSTEN FILHO, 2002; MARQUES NETO, 2000, 2002, 2005; MARTINS, 2011; MAZZA, 2005; MOREIRA NETO, 2000, 2003; SUNDFELD, 2000).

Os conceitos são relevantes para a Dogmática Jurídica já que se prestam à identificação das normas jurídicas (KELSEN, 1991, 1992). Portanto, os conceitos da Dogmática Jurídica somente são verdadeiros na medida em que viabilizem a descrição do sistema do Direito positivo (VILANOVA, 1997). Assim, todo e qualquer esforço na apresentação de

²⁴ Vide ECs nºs 6/1995, 8/1995, 9/1995, 19/1998 e 20/1998. Embora elas tenham sido tachadas como *neoliberais* (MELLO, 2010; CASTRO, 2003; MAZZA, 2005; MARTINS, 2011), ou mesmo como provas da superação do modelo clássico de Estado Social de Direito (TORRES, 2009), dificilmente elas satisfariam plenamente os defensores de um modelo liberal de Estado (HAYEK, 1978; HAYEK, 1994; MISES, 2009, 2010). O Estado brasileiro não deixou de ser intervencionista ou voltado para as metas constitucionais de justiça social com essas modificações constitucionais, pois: (i) a CRFB tem em seu lastro o ideal de bem-estar social que se consolidou após a Segunda Guerra Mundial e tais reformas não o descaracterizaram; e, (ii) a ampliação da participação dos administrados na prestação de serviços públicos e os monopólios federais, bem como a privatização de empresas estatais, não retiraram do Estado as suas prerrogativas de autoridade. Na verdade, haveria sim uma reforma liberal (ou neoliberal, caso se prefira), se a CRFB tivesse sido reformada de modo a eliminar a titularidade jurídica do Estado sobre as atividades hoje classificadas como serviços públicos ou monopólios federais, deixando-as integralmente para a iniciativa privada. E, mesmo assim, essa providência padeceria de flagrante inconstitucionalidade, uma vez que a justiça social integra e forma a própria identidade da CRFB e, por conseguinte, de todo sistema do Direito positivo. Como mostra Reale (1998), a CRFB transita entre os campos do social-liberalismo e da social-democracia, sendo avessa aos modelos político-econômicos preconizados pelo liberalismo e pelo totalitarismo (comunismo, fascismo e nacional-socialismo).

um conceito *jurídico* de regulação para a Dogmática Jurídica que tenha por objeto o sistema do Direito positivo brasileiro pressupõe o exame desse sistema normativo.

O art. 174, *caput*, da CRFB, prescreve que, “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Em dois dispositivos constitucionais – o art. 21, XI²⁵, e o art. 177, § 2º, III²⁶, – há referências a órgão regulador para o setor das telecomunicações e para o setor do petróleo e gás natural. Também não se deve perder de vista o disposto no art. 173, § 4º, da CRFB.²⁷

Em primeiro lugar, a expressão “agente normativo e regulador” não deve induzir à ideia de que a função normativa – a expedição de normas gerais – deve ser integralmente afastada do rol de competências associadas à regulação, pelo simples fato de ela constar do texto constitucional. O preceito hermenêutico clássico de que não há palavras inúteis no texto constitucional ignora por completo que os seus redatores não tinham o dever de ter formação profissional ou científica específica, tal como os legisladores não o têm hoje em dia (CARVALHO, 1999). Se há redundâncias, elas não deixam de serem redundâncias malgrado identificadas nos textos normativos.

Também não deve impressionar o fato de que *regulador* se encontra empregado nos referidos dispositivos constitucionais e, ao mesmo tempo, ausente nos enunciados da CRFB que cuidam da *ordem social*.

4.2. Panorama doutrinário sobre o conceito jurídico de regulação

Existem tentativas doutrinárias de conceituação de regulação com base na Economia.²⁸ Nesse sentido, a regulação é vista como uma modalidade de intervenção do Estado no domínio econômico, que seria alternativa à atuação do Estado como empresário, à regulamentação e ao planejamento

²⁵ Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação: “Art. 21. Compete à União: (...) XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um *órgão regulador* e outros aspectos institucionais” (grifo nosso).

²⁶ Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação: “§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: (...) III - a estrutura e atribuições do *órgão regulador* do monopólio da União”.

²⁷ Esse enunciado legal tem a seguinte redação: “Art. 173. (...) § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

²⁸ Para uma visão econômica sobre o fenômeno da regulação, consultar Baldwin, Cave e Lodge (2012). Para o exame do modelo liberal de regulação, consultar Hayek (1978, 1994) e Mises (2009, 2010).

(SOUZA, 1999). Haveria uma distinção entre regulação e regulamentação: (i) na regulação, o Estado atuaria como mediador entre público e o privado e promotor do desenvolvimento econômico, em prol do interesse público, sem a substituição da iniciativa privada por empresas estatais; em contrapartida, (ii) a regulamentação abrangeria uma atuação mais exaustiva do Estado, voltada a uma disciplina mais densa das atividades econômicas (SOUZA, 1999).

Nesse contexto, o art. 174, *caput*, da CRFB conferiria ao Estado as competências de regulação, regulamentação e planejamento²⁹, sendo tais prerrogativas instrumentos de intervenção do Estado no domínio econômico (SOUZA, 1999).

ARAGÃO (2003) vincula a regulação à Economia e identifica três poderes que lhe seriam inerentes: (i) o poder de editar a regra; (ii) o poder de assegurar a aplicação de tal regra; e, (iii) o poder de reprimir as infrações.

A regulação da Economia, segundo ARAGÃO (2003), pode assumir uma dessas modalidades: (i) a regulação estatal, feita pelos órgãos do próprio Estado, ainda que com a participação de representantes de entidades da sociedade; (ii) a regulação pública não-estatal, realizada por entidades da própria sociedade, por delegação ou por incorporação de suas normas ao ordenamento jurídico estatal; (iii) a autorregulação, efetivada autonomamente por instituições privadas, geralmente de cunho associativo, sem delegação ou chancela do Estado; e, (iv) a desregulação, a ausência de qualquer regulação institucional, pública ou privada, ficando os agentes econômicos sujeitos apenas ao livre desenvolvimento do mercado.

²⁹Nessa abordagem doutrinária, o planejamento é visto como ato político da intervenção, que enseja a conversão do *plano* em lei. No plano, por sua vez, “estão inseridos os elementos que definem a situação econômica e indicam medidas para que possam ser atingidos os ‘objetivos’ considerados convenientes pelos seus elaboradores” (SOUZA, 1999, p. 378).

Com efeito, propõe a regulação estatal da Economia como:

“o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis” (ARAGÃO, 2003, p. 37).

Para Grau (2002), a regulação compreende as competências constantes do art. 174 da CRFB e incide sobre toda a atividade econômica.³⁰ Quando exercida sobre a atividade econômica em sentido estrito, cuidaria da intervenção sobre o domínio econômico mediante a expedição de normas de direção ou de indução.³¹

Segundo Cavalcanti (1997), a regulação representa a intervenção do Estado na ordem econômica pelo exercício do poder de polícia, voltado à concretização dos princípios constitucionais do art. 170 da CRFB.

Consoante Carvalho Filho (2012), o art. 174, *caput*, da CRFB, prevê a atuação do Estado no domínio econômico como *Estado Regulador*.³²

³⁰ Recorde-se que Grau (2002) identifica, ao contrário de Mello (2010), a atividade econômica como gênero que compreende a atividade econômica em sentido estrito e o serviço público como espécies. A atividade econômica em sentido estrito seria de titularidade da iniciativa privada; o serviço público, do Estado (GRAU, 2002).

³¹ Nesse sentido, assevera Grau (2002, p. 175): “(...) o Estado intervirá *sobre* o domínio econômico, isto, sobre o campo da *atividade econômica em sentido estrito*. Desenvolve ação, então, como regulador dessa atividade. Quando o faz por *direção*, o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da *atividade econômica em sentido estrito*. Quando o faz, por *indução*, o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados”.

³² Ainda segundo Carvalho Filho (2012, p. 903, grifo do autor): “(...) é ele o agente regulador do sistema econômico. Nessa posição, cria normas, estabelece restrições e faz um

Nesse contexto, ele exerceria as competências legislativas e administrativas destinadas a viabilizar a fiscalização, o incentivo e o planejamento da atividade econômica (CARVALHO FILHO, 2012).³³

De acordo com Mello (2010), o art. 173, § 4o³⁴, e o art. 174, *caput*, ambos da CRFB, conferem ao Estado a competência para intervir no domínio econômico como *polícia administrativa*.³⁵ Mesmo com a inserção de órgão regulador no art. 21, XI, e no art. 177, § 2º, III, ambos do texto constitucional, e o advento das leis que instituíram as *agências reguladoras*, a inovação restringiu-se à criação de autarquias que exercem competências já conhecidas no Direito Administrativo brasileiro sob regime jurídico que lhes concede algumas prerrogativas não extensíveis às demais autarquias, nem sempre compatíveis com a CRFB (MELLO, 2010; MAZZA, 2005).

Em momento algum, essa linha doutrinária chega a oferecer um conceito de regulação. Talvez ela veja esse conceito como algo ocioso, com forte lastro na tentativa de se importar modelos jurídicos de Administração Pública de constitucionalidade questionável.

Para Martins (2011), a regulação, compreendida como a disciplina de conduta, abrangeria naturalmente todas as funções jurídicas do Estado. Logo, haveria a regulação legislativa, a regulação administrativa e a regulação jurisdicional (MARTINS, 2011).

Num sentido amplo, a *regulação administrativa* seria sinônima da própria função administrativa (MARTINS, 2011). Entretanto, num sentido mais estrito e técnico-jurídico, a regulação administrativa teria amparo no art. 174, *caput*, da CRFB, e compreenderia: (i) a regulação administrativa normal, voltada para atividade econômica e orientada

diagnóstico social das condições econômicas. É um fiscal da ordem econômica organizada pelos particulares. Pode-se dizer que, sob esse ângulo, temos o *Estado Regulador*”. Quando o Estado executa atividades econômicas, ele atuaria como Estado Executor (CARVALHO FILHO, 2012).

³³ Em sentido similar, Barroso (2004, p. 97) também identifica o fenômeno da regulação com o art. 174, *caput*, da CRFB. Todavia, pondera o seguinte: “(...) A ideia de regulação não é nova. A novidade surge, agora, na forma como o poder regulatório passa a ser exercido. É que a atração do setor privado para o investimento nas atividades econômicas de interesse coletivo está condicionada à garantia da estabilidade e previsibilidade das *regras do jogo* nas relações entre a empresa concessionária com o Poder Público, de um lado, e com os usuários, de outro”.

³⁴ Esse enunciado legal tem a seguinte redação: “Art. 173. (...) § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

³⁵ Define-a como “a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento na supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (*non facere*) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo” (MELLO, 2010, p. 837).

para a concretização da equidade e eficiência econômicas; e (ii) a regulação administrativa excepcional, com foco nas atividades privadas sob regime especial³⁶ e na preservação dos bens jurídicos tutelados nas relações delas decorrentes (MARTINS, 2011).

A regulação administrativa não se confundiria com a regulamentação, ou seja, com a expedição de normas abstratas pelo chefe do Poder Executivo para a fiel execução da lei (MARTINS, 2011). Essa função administrativa envolveria necessariamente a ponderação das circunstâncias do caso concreto e, por conseguinte, a expedição de atos administrativos concretos, haja vista o enunciado do art. 174, *caput*, da CRFB ter empregado a expressão “agente normativo e regulador”.³⁷

Haveria três meios de regulação administrativa: (i) a direção ou regulação por ordenação, com amparo no conceito de *administração ordenadora*; (ii) a indução ou regulação por fomento, mediante o incentivo dos administrados em fazer ou deixar de fazer algo; e, (iii) a participação ou regulação por exploração direta, quando o Estado emprega empresas estatais com finalidade regulatória (MARTINS, 2011).

Segundo Martins (2011), a regulação administrativa pressupõe a distinção entre o regulador e o regulado e o direito fundamental à liberdade econômica, razão pela qual não se poderia

³⁶ Seriam elas: (i) as atividades econômicas que teriam por objeto produtos perigosos, nocivos à saúde; (ii) serviços sociais; (iii) atividades expressamente submetidas à regulação especial, embora não qualificadas como serviços sociais; (iv) atividades diretamente relacionadas com a dignidade da pessoa humana (MARTINS, 2011).

³⁷ Nesse sentido, assevera Martins (2011, p. 113-114, grifo do autor): “(...) a regulação administrativa nada tem a ver com *regulamentação*; refere-se à edição de normas administrativas concretas. Pode ser que as ponderações concretas, resultantes da *regulação*, importem a enunciação de regras abstratas (regras de precedência condicionada), quer dizer, o exercício da função normativa. São porém inconfundíveis: a função normativa da Administração e função administrativa reguladora”.

admitir o seu exercício no campo dos serviços públicos e dos monopólios estatais. Também não se confundiria com o poder de polícia³⁸, somente sendo admitido excepcionalmente na regulação administrativa das atividades privadas sob o regime especial (MARTINS, 2011). Há quem entenda que a regulação “constitui-se o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público” (DI PIETRO, 2008, p. 189-190).

Na regulação, haveria uma concentração de competências normativas³⁹, de polícia⁴⁰, de fomento⁴¹ e de intervenção⁴² num mesmo ente da Administração Pública Indireta (DI PIETRO, 2008, 2013). Logo, a *regulação ficaria restrita às agências reguladoras e entidades afins* (DI PIETRO, 2008). É interessante anotar que Di Pietro (2008) entende que a regulação voltada ao funcionamento equilibrado do mercado e à atuação das empresas estatais consiste numa espécie de regulação, a *regulação econômica*. Ao lado desta, defende a existência de uma *regulação social*, que teria por objeto os serviços públicos.⁴³

³⁸ Advirta-se que, para Martins (2011), o poder de polícia constitui a prerrogativa de a Administração Pública impor obrigações de não fazer nas relações de supremacia geral, em concretização direta da Constituição.

³⁹ Recorde-se que nessa concepção, associa-se *norma*, como se costuma dizer, à regra geral e abstrata (DI PIETRO, 2013).

⁴⁰ Segundo Di Pietro (2013, p. 123), o poder de polícia “é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”.

⁴¹ Ainda com recurso à Di Pietro (2013, p. 56, grifo do autor): “O *fomento* abrange a atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada de utilidade pública.”

⁴² Consoante Di Pietro (2013, p. 56), a intervenção “compreende a regulamentação e fiscalização da atividade econômica de natureza privada (intervenção indireta), bem como a atuação direta do Estado no domínio econômico (intervenção direta), o que se dá normalmente por meio das empresas estatais”.

⁴³ Registre-se o seu conceito de serviço público: “(...) toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que

Por fim, faz-se nessa posição doutrinária uma distinção entre *regulação* e *regulamentação* (DI PIETRO, 2008). Esta se restringiria às competências normativas do Chefe do Poder Executivo, constante do art. 84, IV e VI, da CRFB (DI PIETRO, 2008, 2013).

Segundo Justen Filho (2002), a regulação consiste na intervenção estatal indireta na economia mediante a expedição de regras e outras providências com a finalidade de influir sobre a atuação das pessoas e instituições.⁴⁴ Destina-se à promoção da satisfação das necessidades econômicas coletivas pelos próprios particulares, que passam a assumir-las com controle intenso e contínuo do Estado (JUSTEN FILHO, 2002, 2012). Mas a regulação não se restringiria apenas aos serviços públicos, abrangendo também as atividades econômicas e outras manifestações privadas, ainda que estas estejam “destituídas imediatamente de cunho econômico” (JUSTEN FILHO, 2002, p. 29). Submetido à regulação, o particular assumiria os meios para a satisfação de necessidades coletivas, mas, em contrapartida, os fins de sua atividade passariam a ser ditados pelo Estado e tal atuação passaria a ser objeto de intenso controle estatal (JUSTEN FILHO, 2002).

Seguindo-se essa linha de raciocínio, a regulação passa a ser vista como “um conjunto ordenado de políticas públicas, que busca a realização de valores econômicos e não econômicos, reputados como essenciais para determinados grupos ou para a coletividade em seu conjunto” (JUSTEN FILHO, 2002, p. 40). Justen Filho (2002, p. 40) ainda acrescenta que tais políticas envolvem “a adoção de medidas de cunho legislativo e de natureza administrativa, destinadas a incentivar práticas privadas desejáveis e a reprimir tendências individuais e coletivas incompatíveis com a realização dos valores prezados”.

Quando a regulação envolve a atuação da Administração Pública, estar-se-ia diante da *função administrativa regulatória ou regulação econômica-social* (JUSTEN FILHO, 2012). É interessante anotar que, ainda segundo Justen Filho (2002), a regulação também envolveria a atividade

a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente privado” (DI PIETRO, 2013, p. 106). Di Pietro (2008, p. 189) justifica sua posição quanto à existência de tal modalidade de regulação nos seguintes termos: “(...) Para essas áreas [serviços públicos], o conceito de regulação econômica não se adapta inteiramente, porque a finalidade não é de ordem econômica. Daí ser preferível um conceito mais amplo, em que estejam presentes os dois primeiros elementos já assinalados (fixação de regras de conduta e controle), mas se amplie o terceiro elemento, referente à finalidade da regulação jurídica, que é a de organizar os vários aspectos da vida econômica e social, para proteger o interesse público.”

⁴⁴ Justen Filho (2012, p. 637) chega a empregar a expressão *regulação econômico-social* para designar um tipo de função administrativa: “A regulação econômico-social consiste na atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e realização dos direitos fundamentais.”

jurisdicional, uma vez que ela cuida da expedição de normas jurídicas. Convém registrar que, segundo Justen Filho (2002, 2012), a outorga de competências regulatórias a *agências reguladoras independentes*⁴⁵ constitui uma opção do Estado no Direito brasileiro. Isso permite concluir que essa abordagem doutrinária admite a possibilidade da outorga dessa modalidade de competência para órgãos e entidades da Administração Pública desprovidos das prerrogativas usualmente reconhecidas às agências reguladoras.

Aparentemente, Sundfeld (2000) tende a empregar o termo regulação para sintetizar as competências das agências reguladoras, embora entenda ofereça um abrangente rol de ações estatais como exemplos de intervenção estatal sob o mesmo rótulo.⁴⁶ De todo modo, Sundfeld (2000) defende o modelo legal de agências reguladoras como o mais adequado para a intervenção estatal na sociedade no atual contexto socioeconômico, fundado numa crítica à concepção tradicional de separação dos poderes e ao conceito de serviço público.

Para Marques Neto (2002, 2005), a regulação é o modo de intervenção do Estado nas relações econômicas que se dá pela mediação dos interesses públicos e privados em conflito, com vistas à concretização de objetivos socioeconômicos, por meio do exercício de prerrogativas de autoridade. Tem fundamento no art. 174, *caput*, da CRFB, que justificaria o modelo legal de agências reguladoras (MARQUES NETO, 2000, 2002, 2005).

Outra posição que merece registro é a de Moreira Neto (2000, 2003), que defende a existência de uma *função reguladora* no Direito Administrativo.⁴⁷ A rigor, a inovação não residiria nas competências

⁴⁵ Segundo Justen Filho (2002, p. 344), a agência reguladora independente é “uma autarquia especial, criada por lei para intervenção estatal no domínio econômico, dotada de competência para regulação de setor específico, inclusive com poderes de natureza regulamentar e para arbitramento de conflitos entre particulares, e sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração Indireta”.

⁴⁶ Nesse sentido, Sundfeld (2000, p. 18) assevera o seguinte: “A regulação, enquanto espécie de intervenção estatal, manifesta-se tanto por poderes e ações com objetivos declaradamente econômicos (o controle de concentrações empresariais, a repressão de infrações à ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado) como por outros com justificativas diversas, mas efeitos econômicos inevitáveis (medidas ambientais, urbanísticas, de normalização, de disciplina das profissões etc.). Fazem regulação autoridades cuja missão seja cuidar de um específico campo de atividades considerado em seu conjunto (o mercado de ações, as telecomunicações, a energia, os seguros de saúde, o petróleo), mas também aquelas com poderes sobre a generalidade dos agentes da economia (exemplo: órgãos ambientais). A regulação atinge tanto os agentes atuantes em setores dito privados (o comércio, a indústria, os serviços comuns – enfim, as ‘atividades econômicas em sentido estrito’) como os que, estando especialmente habilitados, operam em áreas de reserva estatal (prestação de ‘serviços público’, exploração de ‘bens públicos’ e de ‘monopólios’ estatais)”.

⁴⁷ Nesse sentido, assevera Moreira Neto (2005, p. 107-108): “Esse complexo de funções vai cometido a um único órgão regulador, para que este defina especificamente o *interesse que deverá prevalecer e ser satisfeito* nas relações sujeitas à regulação”.

– administrativas, normativas e judicantes – que compõem o feixe de prerrogativas outorgada às agências reguladoras, *mas sim no método de decisão, lastreado na ponderação de todos os interesses – públicos ou privados – tutelados pela ordem jurídica, na eficiência e na deslegalização* (MOREIRA NETO, 2003). Com efeito, haveria distinção entre *norma reguladora* e *norma legal* (MOREIRA NETO, 2003).

A norma reguladora teria as seguintes características, segundo Moreira Neto (2003): (i) envolveria a ponderação do interesse público com os demais interesses tutelados pela ordem jurídica, com vistas à harmonização de todos os valores envolvidos, em setores socioeconômicos específicos; (ii) conferiria uma liberdade relativa para a Administração nesse mister, de modo a atingir resultados eficientes dentro de um espaço de opções deslegalizadas delimitado por princípios ou *standards* estabelecidos pela lei deslegalizadora;⁴⁸ (iii) deveria ser expedida por um ente da Administração Pública que seja tornado politicamente neutro; e (iv) teria conteúdo preceptivo de resultados, orientado pela eficiência e pela preocupação com o equilíbrio das relações interprivadas. Por sua vez, a norma legal: (i) envolveria um interesse público específico, previamente determinado pelo legislador, a ser realizado pela Administração Pública de modo vinculado ou discricionário; (ii) poderia abrir espaços para discricionariedade administrativa; (iii) deveria ser expedida por órgão de natureza política; e (iv) teria conteúdo preceptivo de conduta, predominantemente restritivo ou condicionante das decisões privadas (MOREIRA NETO, 2003).

Nesse contexto, a regulamentação compreenderia uma prerrogativa do poder político para impor regras secundárias à norma legal, com o objetivo de explicitá-las e executá-las, sem a definição de interesses públicos específicos ou a criação, modificação ou extinção de direitos subjetivos (MOREIRA NETO, 2003).

Mas convém ponderar o seguinte: se a norma apresenta os atributos que a fazem *reguladora* for veiculada por *lei*, como lhe negar o caráter de *legal*?

Moreira Neto (2003) entende ainda que haveria três princípios básicos para que a regulação possa ser satisfatoriamente aplicada no Brasil: (i) a competência regulatória, outorgada por meio da deslegalização e pela adoção de funções híbridas (administrativas, normativas e judicantes); (ii) a independência regulatória, que abrange a independência funcional, a independência dos agentes e a independência financeira, em prol do

⁴⁸ Há a deslegalização quando lei deixa de estabelecer qualquer regra sobre determinada conduta ou remete tal atribuição à Administração Pública, limitando-se a determinar os princípios ou parâmetros a serem observados no exercício dessa competência normativa (MOREIRA NETO, 2003).

ente regulador; e (iii) a participação regulatória, consubstanciada na publicidade e na processualidade aberta.

De certo modo, a regulação vista por Moreira Neto (2003) pressupõe um modelo específico de Administração Pública.⁴⁹ Outra questão, é a compatibilidade de tal modelo com a CRFB.

4.3. Conceito proposto

A *regulação* pode naturalmente compreender tanto a estática jurídica – as normas jurídicas – como a dinâmica jurídica – a criação e a aplicação das normas jurídicas.⁵⁰ Mas, se o conceito de regulação designa todo o fenômeno jurídico, sua utilidade para a Dogmática Jurídica é bem discutível.

Melhor sorte não tem quem procura restringir *regulação* às normas jurídicas produzidas pelo Estado e ao processo empregado na sua criação e aplicação. Aqui, regulação passa a abranger todas as funções jurídicas do Estado, ou seja, as funções legislativa, administrativa e jurisdicional. Logo, regulação passa a ser sinônimo de atividade estatal, apresentando uma abrangência pouco menor do que o conceito anterior, mas com grau similar de inutilidade.

Outra possibilidade é ver *regulação* como a intervenção do Estado no domínio econômico, com vistas à concretização de finalidades específicas, reputadas de interesse público. Entretanto, não se pode perder de vista que

esse termo – tal como *regulador* – tem sido empregado para designar as atuações estatais no domínio social. Ademais, dificilmente uma medida estatal no campo social deixa de ter impacto no campo econômico, e vice-versa, no Estado democrático de Direito. Opta-se aqui por empregar *regulação* para abranger tanto a estática jurídica (as normas jurídicas), como a dinâmica jurídica (a criação e a aplicação das normas jurídicas) pertinentes ao exercício da função administrativa, quando trata da efetivação de políticas públicas no domínio econômico ou no domínio social.

Como atividade administrativa, a regulação encontra-se integralmente subordinada ao regime jurídico-administrativo. Isso significa dizer que as normas editadas pelo Estado no exercício de competências regulatórias são normas complementares à lei (ou à própria Constituição), sujeitas ao controle jurisdicional e voltadas à harmonização dos interesses públicos com os direitos fundamentais. Nesse sentido, convém anotar que a regulação abrange tanto a expedição de atos administrativos que veiculam normas gerais – os atos normativos – como aqueles que veiculam normas individuais. Em ambos os casos, a validade do provimento regulatório dependerá naturalmente de sua subordinação e compatibilidade com a lei.

O *domínio econômico* envolve a produção, a circulação, a repartição e o consumo de bens e serviços no mercado.⁵¹ Como a CRFB adotou um modelo de Estado de bem-estar social, reconhece-se o *setor privado do domínio econômico* e o *setor público do domínio econômico*.

No setor privado do domínio econômico, tem-se a *atividade econômica* – que abarca a

⁴⁹ É curioso comparar tal concepção, com a proposta de Pinto (2002), feita sob a égide da Constituição Federal de 1937. Embora reflita o ambiente autoritário da época, ela se alinha com os defensores contemporâneos do modelo de agências reguladoras que foram positivados em lei a partir dos anos 1990 (MARQUES NETO, 2005; MOREIRA NETO, 2003; SUNDFELD, 2000), no que concerne à crítica à separação dos poderes, para justificar a concentração de competências normativas, sancionatórias e judicantes em órgãos (ou entes) específicos do Poder Executivo.

⁵⁰ Sobre a estática jurídica e a dinâmica jurídica, consultar Kelsen (1991, 1992).

⁵¹ Vide arts. 1º, IV; 5º; e 170 a 191 – todos da CRFB. Sobre a matéria, consultar Mello (2010), Grau (2002) e Souza (1999). Para uma perspectiva econômica sobre a matéria, consultar Baldwin, Cave e Lodge (2012), Hayek (1978, 1994), Mises (2009, 2010) e Sen (2000).

produção, a circulação, a repartição e o consumo de bens e serviços no mercado – sujeita ao regime jurídico de Direito privado. Em razão dos direitos fundamentais de liberdade econômica e de propriedade privada, a atividade econômica é campo de atuação, por excelência, do particular.⁵²

Entretanto, admite-se que o Estado desenvolva atividade econômica por imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, mediante a criação e manutenção de empresas públicas e sociedades de economia mista.⁵³ Essas empresas estatais não deixam de compor o setor privado do domínio econômico, haja vista elas concorrerem no mercado com suas congêneres privadas, sendo naturalmente exigível que aqueles entes empresariais sejam geridos de modo a lhes garantir lucro e sustentabilidade econômico-financeira.

O setor público do domínio econômico é composto pelos *serviços públicos econômicos* e pelos *monopólios federais*. Os serviços públicos econômicos consistem na prestação de comodidades ou utilidades materiais aos administrados pelo Estado, diretamente ou sob o regime de concessão, segundo os princípios do regime jurídico-administrativo e os princípios constitucionais da ordem econômica que lhes sejam compatíveis (FRANÇA, 2010).⁵⁴ Os monopólios federais, por sua vez, são atividades econômicas cuja titularidade é constitucionalmente atribuída à União.⁵⁵ Estão sujeitas ao regime jurídico de Direito privado, sem prejuízo do reconhecimento de competências para a

Administração Pública Federal que assegurem os interesses públicos que justificam a retirada desses bens e serviços da iniciativa privada (FRANÇA, 2011).

Ao lado do domínio econômico, o *domínio social* abrange as prestações que têm pertinência direta à Justiça Social e devem ser asseguradas pelo Estado.⁵⁶ Por essa razão, tende-se a reconhecer a predominância do setor público, embora se reconheça a existência de um setor privado, desde que o administrado se abstenha da busca do lucro. Havendo a constatação de finalidade lucrativa, as prestações assumem cunho econômico e passam a submeter-se ao regime jurídico da atividade econômica.⁵⁷

Tanto no domínio econômico como no domínio social, o Estado deve concretizar as metas constitucionais de justiça social (MELLO, 2009, 2010). Para tanto, ele realiza *políticas públicas*. A política pública compreende um conjunto de atos legislativos e administrativos unificados em razão de objetivos comuns, que pretendem conceder densidade teleológica às diretrizes e objetivos constitucionais de justiça social.⁵⁸ Encontra-se usualmente sistematizada por lei em *plano* ou *política*, no qual são fixados

⁵² Vide arts. 1º, IV; 5º, *caput*, XXII, XXIV e XXV; e 170, *caput*, II, e parágrafo único – todos da CRFB. Sobre a matéria, consultar Aguillar (1999), Mello (2010), Bastos (2000), Ferreira Filho (2008), Grau (2002), Silva (2002), e Tavares (2003).

⁵³ Vide arts. 37, XIX e XX; e 173 – ambos da CRFB.

⁵⁴ Vide art. 175 da CRFB.

⁵⁵ Vide art. 177 da CRFB.

⁵⁶ Vide arts. 1º, IV; 3º, 6º; e 193 a 231 – todos da CRFB. A atuação do Estado no domínio social pode ocorrer mediante a prestação de *serviços públicos sociais* ou por meio do *fomento* a atividades privadas destinadas a prestar essas comodidades, sem cunho lucrativo. Nesses serviços, os administrados podem agir desde que o façam sob o poder de polícia administrativa do Estado. Logo, ao contrário dos serviços públicos econômicos, não há a necessidade da aplicação do regime de concessão ou permissão. Pode-se estabelecer como exceção a essa regra os serviços de comunicação social, em face do disposto nos arts. 223 e 224 – da CRFB. Sobre a matéria, consultar Mello (2010), França (2003), Rocha (2003), Silva (2002), Sundfeld (1993), e Zockun (2009).

⁵⁷ O setor privado do domínio social é composto por administrados que atuam sob o regime de fomento. Caso o administrado decida prestar serviços materialmente enquadráveis como de saúde ou educação, por exemplo, essas atividades comporão o setor privado do domínio social.

⁵⁸ Sobre a matéria, consultar Mello (2010) e Buccini (2002).

os fins a serem alcançados e os instrumentos adequados para alcançá-los.⁵⁹

Convém registrar que os princípios constitucionais da ordem econômica⁶⁰ e da ordem social⁶¹ funcionam como garantias fundamentais dos administrados em face das políticas públicas. Esses preceitos da CRFB podem perfeitamente servir de parâmetros para o controle da juridicidade das políticas públicas, seja em razão de excesso intervencionista contra os direitos fundamentais individuais dos administrados, seja em virtude da insuficiência ou omissão do Estado perante a Justiça Social.⁶²

A rigor, se a competência administrativa estiver associada – naturalmente com amparo legal – à efetivação de políticas públicas, estar-se-á diante de uma *competência regulatória*.

5. Competências regulatórias da Administração Pública

Para a concretização das políticas públicas, a CRFB legitima a *lei* a outorgar à Administração Pública as competências de planejamento, de ordenação, de fomento e de gestão, que têm por objeto a disciplina de atividades vinculadas ao domínio econômico ou ao domínio social.

A regulação por planejamento parece restringir-se ao exercício de competências

normativas destinadas à complementação da lei do plano ou política.⁶³ Nesse sentido, os atos normativos de cunho regulatório devem ser determinantes para o setor público e indicativos para o setor privado.⁶⁴

Com inspiração no conceito de *administração ordenadora*⁶⁵, afirma-se que a regulação por ordenação compreende as seguintes competências administrativas, quando pertinentes à efetivação de políticas públicas:⁶⁶ (i) criação da constituição de direitos individuais por ato administrativo; (ii) estabelecimento de condicionamentos administrativos (limites, encargos ou sujeições) aos direitos dos administrados; (iii) o sacrifício total ou parcial de direitos dos administrados; e (iv) imposição de prestações dos particulares em favor da Administração Pública.⁶⁷ É interessante ressaltar que a regulação por ordenação está voltada somente para os setores privados do domínio público e do domínio social, haja vista ter por objeto as atividades constitucionalmente facultadas à iniciativa privada.

⁵⁹ Vide art. 174, *caput*, da CRFB.

⁶⁴ A lei do plano ou política também é determinante à iniciativa privada, por força dos princípios da legalidade e da função social da propriedade. Se a norma legal for incompatível com os direitos fundamentais dos administrados, estar-se-á diante de um problema de constitucionalidade. Sobre a matéria, consultar Mello (2010), Grau (2002) e Souza (1999).

⁶⁵ Segundo Sundfeld (1993, p. 20), a administração ordenadora “é a parcela da função administrativa, desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo de atividades que lhe é próprio”.

⁶⁶ Se o escopo da administração ordenadora se limita a prevenir ou a reprimir a atividade privada lesiva aos interesses públicos e à harmonia dos direitos fundamentais, não se está diante de regulação. Na administração ordenadora de cunho regulatório, vai-se mais além, pois ela ensaja a intervenção do Estado na esfera jurídica dos administrados para a efetivação de um plano ou política estabelecida em lei.

⁶⁷ Vide arts. 5º, XXIV; 182, §§ 3º e 4º; 184; 173, § 4º; e 174, *caput* – todos da CRFB. Vide o 78 da Lei Federal nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional). Sobre a matéria consultar Mello (2010), Di Pietro (2013), Martins (2011), Justen Filho (2012) e Sundfeld (1993).

⁵⁹ Vide arts. 21, IX, XX e XXI; 22, VII, IX, XII e XXIV; 43, § 1º, II; 48, *caput*, IV; 58, § 2º, VI; 84, XI; 159, I, c; 165, § 4º; 166, § 1º, II; 174, *caput*, e § 1º; 182; 187; 188; 196; 200, IV; 204, II; 210, § 3º; 214; 215, § 3º; 216-A; e 227, §§ 1º e 8º, II – todos da CRFB. Ao se consultar os dispositivos constitucionais *supra* citados, verifica-se sem desforço que se exige *lei* para a inserção das políticas públicas às quais fazem referência no sistema do Direito positivo. Sobre a matéria, consultar Mello (2010), Bucci (2002), Grau (2002) e Souza (1999).

⁶⁰ Vide art. 170 da CRFB. Sobre a matéria, consultar Mello (2010), Bastos (2000), Grau (2002), Tavares (2003) e Souza (1999).

⁶¹ Vide art. 193 da CRFB. Sobre a matéria, consultar Mello (2009, 2010).

⁶² Pela admissibilidade do controle jurisdicional das políticas públicas, consultar Mello (2010).

A regulação por fomentos, por sua vez, abrange as competências administrativas de aplicação de sanções premiais ou da fixação de ônus, voltadas respectivamente ao estímulo e ao desestímulo de atividades econômicas ou sociais desenvolvidas pelos administrados.⁶⁸ Ao contrário da anterior, a regulação por fomento envolve todos os setores do domínio econômico e do domínio social. E, acresça-se, parece ser injustificável o fomento sem suporte numa política pública, sob pena de se consagrar grave violação aos princípios constitucionais da igualdade e da eficiência.⁶⁹ Logo, não há fomento válido sem regulação.

Por fim, a regulação por gestão⁷⁰ diz respeito às atividades que integram os setores públicos do domínio econômico e do domínio social. Nessa modalidade de regulação, ocorre essencialmente o exercício das competências da Administração Pública em sede de contratos administrativos⁷¹, na prestação de serviços públicos econômicos⁷² e de serviços públicos sociais⁷³, na exploração econômica de bens pú-

blicos⁷⁴ e nos monopólios federais.⁷⁵ A regulação por gestão abarca igualmente as prerrogativas destinadas a viabilizar a atuação empresarial do Estado, seja na prestação de serviços públicos, seja na exploração de atividade econômica.⁷⁶ Tal como na regulação por fomento, não há como se admitir a administração de gestão sem que ela esteja vinculada à efetivação de políticas públicas. Afinal, além de instrumento de concretização de direitos fundamentais, a administração de gestão demanda coerência com as metas constitucionais de Justiça Social. Do contrário, por que tais atividades foram excluídas total ou parcialmente do regime jurídico da atividade econômica pela CRFB?

Em princípio, as competências regulatórias devem ser exercidas pela Administração Direta ou por autarquias.⁷⁷ De fato, a regulação por planejamento, a regulação por ordenação e a regulação por gestão, pressupõem pessoas jurídicas de Direito Público⁷⁸, por compreenderem prerrogativas que atingem decisivamente a esfera jurídica dos administrados, ainda que eles estejam, por exemplo, na condição de concessionários de serviço público. Entretanto, não se vê óbice ao exercício da regulação por fomento por intermédio das pessoas jurídicas de Direito Privado da Administração Indireta.⁷⁹

enquadramento é o serviço notarial, haja vista o disposto no art. 236 da CRFB. Talvez a melhor saída seja tipificá-lo, ainda que provisoriamente, como serviço público social.

⁷⁴ Vide art. 176 da CRFB. Sobre a matéria, consultar Marques Neto (2009).

⁷⁵ Vide art. 177 da CRFB.

⁷⁶ Vide arts. 37, XIX e XX; 173; 176; e 177 – todos da CRFB. Sobre a matéria, consultar Aguillar (1999) e Tácito (1997).

⁷⁷ Vide arts. 37, *caput*, XIX; 76; 84, I e II; 87; e 88 – todos da CRFB.

⁷⁸ Vide art. 41 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Sobre a matéria, consultar Mello (2010), Di Pietro (2008) e Justen Filho (2002, 2012).

⁷⁹ Vide arts. 37, XIX e XX; e 173 – ambos da CRFB.

⁶⁸ Vide arts. 146, parágrafo único; 146-A; 149; 150, § 6º; 155, §§ 2º e 4º, IV; 156, § 1º; 172; 174; 177, § 4º; 179; 180; 182, § 4º; 187; 199; 204, I; 213; 215; 217; 218; 219; 221; e 227, § 1º – todos da CRFB. Sobre a matéria, consultar Mello (2010), Di Pietro (2008, 2013), França (2003), Justen Filho (2012), Rocha (2003), Silva (2002), Sundfeld (1993) e Zockun (2009).

⁶⁹ Vide arts. 5º, *caput*, e I; e 37, *caput* – ambos da CRFB. Sobre o princípio da igualdade, consultar Mello (1993).

⁷⁰ Conforme Sundfeld (1993, p. 16), a administração de gestão “corresponde à função de gerir – como agente, como sujeito ativo – determinadas atividades”.

⁷¹ Vide arts. 21, X a XII; 25, § 2º; 30, V; 37, XXI; 175; 177, § 1º; 176, § 1º; 197; 199, § 1º; 223; e 236 – todos da CRFB.

⁷² Vide arts. 21, X a XII; 25, § 2º; 30, V; e 175 – todos da CRFB. Sobre a matéria, consultar Aguillar (1999), Mello (2010), Di Pietro (2008) e Justen Filho (2003).

⁷³ Vide arts. 194; 196; 198; 201; 203; 204; 205; 207; 208; 215; 217; e 218 – todos da CRFB. Recorde-se que por força do art. 223 da CRFB, o administrado somente pode prestar serviços de comunicação social na condição de autorizatário, permissionário ou concessionário do Estado. Nesse caso, o regime dessa atividade social é similar ao do serviço público econômico. Outra atividade de difícil

Outra questão está relacionada às autarquias com competências regulatórias. Essas entidades poderão ter ou não um regime jurídico especial que as institua ou as converta em *agências reguladoras*⁸⁰, de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade do chefe do Poder Executivo, revistos pelo Poder Legislativo e positivados em lei após o devido processo legislativo⁸¹ – a não ser que se afirme que a CRFB e seus princípios fundamentais impõem um modelo específico de regulação, sem espaço para discricionariedade legislativa (ou liberdade de conformação do legislador, como queira). O que, diga-se com clareza, não parece corresponder ao sistema do Direito positivo.

Talvez a obrigatoriedade da instituição de agências reguladoras somente se justifique nas hipóteses do art. 21, XI, e do art. 177, § 2º, III, ambos da CRFB, sem prejuízo da constitucionalidade da lei que resolva por tal medida em outros campos do domínio econômico ou do domínio social. Mesmo assim, o modelo considerado ideal de agência reguladora terá que ser naturalmente confrontado com o modelo constitucional de Administração Pública, fundado no Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, na legalidade administrativa (MELLO, 2010; CAVALCANTI, 2009; DI PIETRO, 2008; MARTINS, 2011; MAZZA, 2005).

Parece não fazer muito sentido apartar da regulação os *regulamentos*, atos normativos expedidos pelo chefe do Poder Executivo.⁸² Caso se destinem à efetivação de políticas públicas, podem perfeitamente compor qualquer uma das modalidades de regulação acima propostas. Como excluir da regulação, no próprio enfoque economicista de alguns, a modificação das alíquotas de tributos, ou a concessão de isenções tributárias, por ato administrativo expedido pela Administração Direta? Essas situações ficariam num limbo entre a *norma legal* e a *norma reguladora*? Ressalte-se ainda que os atos normativos expedidos pelo chefe do Poder Executivo são hierarquicamente superiores aos demais atos normativos da Administração Pública⁸³ e que as entidades da Administração Indireta – incluídas naturalmente as agências reguladoras – ficam sujeitas ao controle da Administração Direta.⁸⁴

Salvo na hipótese das universidades relativamente a certo conjunto de atribuições⁸⁵, não se vê amparo constitucional para impor (ou mesmo

⁸⁰ Conforme o modelo de agência reguladora preconizado por Marques Neto (2005), Moreira Neto (2003) e Sundfeld (2000), por exemplo.

⁸¹ Vide arts. 37, XIX; 48, *caput*, X e XI; 59, III; e 61, *caput*, e § 1º, II, *a e e* – todos da CRFB.

⁸² Vide art. 84, IV e VI, da CRFB.

⁸³ Vide arts. 84, II, IV e VI; e 87, parágrafo único, I e II – ambos da CRFB.

⁸⁴ Vide art. 87, parágrafo único, I, da CRFB.

⁸⁵ Vide art. 207 da CRFB.

admitir, conforme o caso) um preceito legal que outorgue total imunidade a ato normativo de autoridade regulatória em face dos atos normativos do chefe do Poder Executivo e de seus auxiliares diretos. Igualmente não impressiona que a lei possa conceder competências judicantes ou sancionatórias a autoridades regulatórias. Isso não as descaracteriza como competências administrativas, haja vista o fato de as decisões tomadas no exercício desses poderes se encontrarem sujeitas ao controle jurisdicional.⁸⁶

6. Considerações finais

Caso se diga que a regulação deva designar uma nova dinâmica administrativa, em razão das transformações do Estado de Direito, os instrumentos reivindicados por seus entusiastas pressupõem naturalmente sua aderência à CRFB. A competência regulatória, *como toda e qualquer competência da Administração Pública*, encontra-se submetida ao princípio da legalidade administrativa. Realmente é possível que a lei outorgue tais prerrogativas com um grande espaço de discricionariedade administrativa.

Entretanto, não se olvide que a legalidade administrativa representa uma garantia fundamental que serve aos direitos fundamentais individuais dos administrados. Os preceitos legais que conferissem à Administração Pública o poder de delinear a liberdade econômica e a propriedade privada ao seu alvedrio, sem parâmetros ou diretrizes a serem observados pela autoridade, seriam flagrantemente inconstitucionais, à luz do art. 5º, II, e do art. 37, *caput*, ambos da CRFB.

Por outro lado, não se deve ler a CRFB com uma ótica excessivamente intervencionista, avessa à atuação dos administrados no domínio econômico e no domínio social. Ela não representa condição necessária nem suficiente para a descaracterização ou o esvaziamento dos compromissos socioeconômicos do Estado brasileiro. É justamente a presença da regulação que os aferra às políticas públicas, reduzindo-lhes o espaço para a liberdade econômica e a propriedade privada.

Aliás, a definição legal das competências regulatórias deve destinar-se à concretização das metas de justiça social. Pensar o contrário, com a devida vênia, é desejar o rompimento e superação do sistema do Direito positivo.

⁸⁶ Vide art. 5º, XXXV, da CRFB.

Referências

- AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.
- BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*. 2. ed. Oxford: Oxford University, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: FIGUEIREDO, Marcelo (Org.). *Direito e regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Celso Bastos, 2000.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *Curso de direito tributário*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Reflexões sobre o papel do Estado frente à atividade econômica. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 20, p. 67-77, 1997.
- _____. A reserva de densificação normativa da lei para preservação do princípio da legalidade. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *As agências reguladoras: o Estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

- _____. Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 42, p. 90-104, 2003.
- _____. A função administrativa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 167, p. 7-14, jul./set. 2005.
- _____. *Estrutura e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. Conceito de serviço público na Constituição Federal. *Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório*, São Paulo, v. 1, p. 225-238, 2010.
- _____. O regime jurídico dos monopólios federais do petróleo e gás no sistema constitucional brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 53, p. 133-142, 2011.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- HAYEK, Friedrich A. von. *The constitution of liberty*. Chicago: University of Chicago, 1978.
- _____. *O caminho da servidão*. Tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1994.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- _____. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.
- _____. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- _____. *Teoria geral do direito e do estado*. 2. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- _____. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- MAZZA, Alexandre. *Agências reguladoras*. São Paulo, Malheiros, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- _____. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- _____. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MISES, Ludwig von. *As seis lições*. 7. ed. Tradução de Maria Luiza Borges. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2009.
- _____. *Ação humana: um tratado de economia*. 3. ed. Tradução de Donald Stewart Jr. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

- MORAES, Alexandre de. *Presidencialismo*. São Paulo: Atlas, 2004.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. *Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- PINTO, Bilac. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- REALE, Miguel. *O estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SOUZA, Washington Peluso Albino. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- _____. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- TÁCITO, Caio. *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 1 v.
- VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- _____. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: constituição financeira, sistema tributário e estado fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 1 v.
- ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros, 2009.