

## A AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS \*

*Marco Antônio Ribeiro Tura* \*\*

1. O tema da autonomia das agências reguladoras tem sido tratado pelos juristas das mais variadas matrizes teóricas e com as mais variadas concepções políticas. As posições vão desde aqueles que, simplesmente, negam tal autonomia, sob alegação de afronta à letra e ao espírito da Constituição, até aqueles que a defendem, inclusive sem qualquer preocupação com a letra ou com o espírito da Constituição. A questão da autonomia das agências reguladoras não pode ser analisada de maneira abstrata. Por isso, a compreensão adequada da autonomia conferida às agências reguladoras reclama considerações sobre a concretização do direito, em geral, e do direito constitucional, em especial. Faço, isso, portanto, começando por tratar do processo de concretização em termos teóricos, para, em seguida, alcançar a sua dimensão prática.

2. A interpretação e a aplicação do direito – na medida em que aplicar pressupõe interpretar, mas interpretar, igualmente, pressupõe aplicar –, constituem momentos de um mesmo e único processo, o processo de concretização do direito.<sup>1</sup> Interpretação e aplicação formam um único processo dialético de concretização do direito.<sup>2</sup> Concretizar o direito significa

---

\* Trabalho apresentado ao Grupo de Pesquisa Institucional sobre Regulação Econômica e Defesa da Concorrência da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

\*\* Professor Efetivo dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Doutorando em Direito Internacional e da Integração Econômica na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pelo Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina. Presidente da Associação Americana de Juristas no Estado de São Paulo. Membro Titular da Comissão Permanente de Direito Comunitário do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro Titular da Comissão Especial para a Reforma do Poder Judiciário da Ordem dos Advogados do Brasil no Estado de São Paulo.

<sup>1</sup> Gadamer, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 2.<sup>a</sup> edição, 1998, p. 460 e seguintes 482 e seguintes.

<sup>2</sup> Larenz, Karl. Metodologia da ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3.<sup>a</sup> edição, 1997, p. 293 e seguintes.

aproximar o mundo das normas, o mundo do dever, o mundo dos fatos, do mundo do ser. Por isso que o direito não encontra sentido nas normas, mas nas normas referidas aos fatos.

3. Descrever a concretização do direito como um processo pelo qual se busca aproximar o mundo das normas, o mundo do dever, do mundo dos fatos, o mundo do ser, não implica em admitir que se constituem, por si mesmos, cada qual desses mundos. O mundo das normas não se constitui por si, pois o mundo das normas é uma construção a partir dos textos jurídicos e o mundo dos fatos não se constitui por si, pois o mundo dos fatos é uma construção a partir dos casos jurídicos. Textos não se confundem com normas, assim como casos não se confundem com fatos. Do mesmo modo que uma norma pode não se encontrar total e completamente em um texto, um texto pode não conter apenas e tão-somente uma norma. O texto contém enunciados lingüísticos que podem dar origem a uma ou mais normas, conforme sua interpretação.<sup>3</sup> Assim como o caso contém elementos extralingüísticos que podem dar origem a um ou mais fatos, conforme sua interpretação. Normas jurídicas são interpretações de textos jurídicos e fatos jurídicos são interpretações de casos jurídicos.<sup>4</sup> E como interpretação e aplicação são momentos de um único e mesmo processo dialético de concretização do direito, concluo que normas jurídicas são interpretações de textos jurídicos a partir e tendo em vista casos jurídicos e que fatos jurídicos são interpretações de casos jurídicos a partir e tendo em vista textos jurídicos. Norma jurídica e fato jurídico, desse modo, estão indissolivelmente ligados, como pares dialéticos; a leitura de textos jurídicos só se faz pela ótica dos casos jurídicos para os quais são lidos, assim como a narração dos casos jurídicos só se faz

---

<sup>3</sup> A distinção entre texto de norma e norma tornou-se lugar-comum na literatura jurídica contemporânea. Embora não concordem, necessariamente, com todas as implicações da distinção, os autores mais atualizados não divergem quanto a diferença entre texto e norma. Ver, a respeito: Grau, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2.<sup>a</sup> edição, 1998, p. 71 e seguintes. Sobre a concepção da metódica estruturante acerca da distinção, ver: Müller, Friedrich. Discours de la méthode juridique. Paris: Presses Universitaires de France, 1.<sup>a</sup> edição, 1996, p. 168 e seguintes. Sobre a concepção formulada a partir da semântica normativa acerca da distinção, ver: Alexy, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 50 e seguintes.

<sup>4</sup> Grau, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2.<sup>a</sup> edição, 1998, p. 79 e seguintes. Müller, Friedrich. Discours de la méthode juridique. Paris: Presses Universitaires de France, 1.<sup>a</sup> edição, 1996.

pela ótica dos textos jurídicos segundo os quais são vistos. Todas essas considerações conduzem, forçosamente, ao fenômeno da incidência.

4. Incide uma norma quando um fato concretamente se enquadra em sua descrição abstrata. A incidência é, nesse sentido, um fenômeno de integração de parcelas do mundo das normas no mundo dos fatos e de parcelas do mundo dos fatos no mundo das normas, pela aproximação entre o suporte fático abstrato do suporte fático concreto.<sup>5</sup> Conseqüências jurídicas só são imputáveis na medida em que se verifiquem os antecedentes exigidos.<sup>6</sup> A incidência, assim, depende da concreção de elementos do suporte fático abstrato, de cuja compreensão depende a verificação. A incidência pressupõe a presença de elementos concretos previstos abstratamente pelas normas jurídicas.<sup>7</sup>

5. Como se vê, a incidência reclama a verificação da presença de elementos concretos que se enquadrem na previsão abstrata das normas jurídicas. A verificação, portanto, reclama a compreensão da descrição

---

<sup>5</sup> Mello, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico (plano da existência). São Paulo: Saraiva, 10.<sup>a</sup> edição, 2000, p. 61: “Composto o seu suporte fático suficiente, a norma jurídica incide, decorrendo, daí, a sua juridicização. A incidência é, assim, o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte de seu suporte fático que o Direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico”. Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1.<sup>a</sup> edição, 2.<sup>a</sup> tiragem, 1989, p. 183; e 3.<sup>a</sup> edição, 2001, p. 245: “Com a expressão incidência propomos conceituar um fenômeno normativo simultaneamente estático e dinâmico. Normas incidem sobre a realidade: doam-lhe sentido e atuam sobre ela no tempo e no espaço. Incidência significa, pois, configuração atual de situações subjetivas e produção de efeitos em sucessão”. A visão tradicional da incidência como subsunção é aqui afastada. Não se trata, de maneira alguma, de uma aplicação mecânica, automática, de normas a fatos. A incidência da norma decorre de um processo que contempla elementos da norma e do fato. Sobre a complexa relação entre normas e fatos, ver: Neves, Antônio Castanheira. Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Livraria Almedina, 1967, volume I – A crise, p. 251 e seguintes.

<sup>6</sup> Vilanova, Lourival. As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 115 e seguintes.

<sup>7</sup> Grau, Eros Roberto. Direito, conceitos e normas jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 69: “A expressão suporte fático pode ser usada sob duas conotações: a primeira designando o enunciado lógico da norma, contida no instituto jurídico, em que representa a hipótese fática condicionante da incidência desse mesmo instituto jurídico (suporte fático hipotético); a segunda nomeando o próprio fato quando materializado no mundo real (suporte fático concreto)”.

abstrata dos referidos elementos. A compreensão dos elementos a partir da descrição abstrata feita pelas normas passa pela formulação de conceitos. Conceituar os elementos abstratamente previstos pelas normas jurídicas é, desse modo, fundamental para que se permita a incidência dessas normas jurídicas; conceituar tais elementos é fundamental para que se verifique a aproximação entre o suporte fático concreto e o suporte fático abstrato. Os conceitos jurídicos, por isso, não se prestam a buscar as essências dos fenômenos, mas apenas ensejam a aplicação, a incidência de normas jurídicas.<sup>8</sup> E, pois, formam-se com a concorrência de juízos de fato, mas também com a concorrência de juízos de valor. Os conceitos jurídicos não dizem o que são os fenômenos, mas o que são os fenômenos para o direito. A descoberta dos conceitos jurídicos, por isso, comporta, exige mesmo, a valoração dos fatos.<sup>9</sup> Os conceitos jurídicos são formados com a concorrência de juízos de fato e de juízos de valor e, pois, neles se encontram os traços indisfarçáveis das dimensões sociológica e teleológica da atividade jurídica. Entretanto, é bom lembrar, as presenças do *socios* e do *telos* não são suficientemente fortes para eliminar o *logos* característico de todo e qualquer conceito. Creio estarem devidamente esclarecidos os termos com os quais a concretização do direito opera. Tais esclarecimentos são fundamentais para a compreensão do que sustentarei ao final sobre a autonomia das agências reguladoras. Como demonstrarei, o conceito de autonomia depende de elementos lógicos, mas também de elementos sociológicos e teleológicos, que se relacionam de maneira profundamente contraditória e altamente complexa, dando ensejo a noções de autonomia.

6. Antes de saber, contudo, do que se trata a autonomia das agências reguladoras no direito brasileiro, fundamental é saber o que são as agências no direito brasileiro. E, para tanto, busco, nas próximas linhas, abordar a organização estatal no direito brasileiro, definindo-a e classificando os seus elementos. Já que as agências reguladoras compõem a organização administrativa brasileira, fundamental é saber do que se trata a organização administrativa brasileira. Alerto, desde já, que definições e classificações, para a dogmática jurídica, só têm importância se variam as

---

<sup>8</sup> Idem. p. 66: “Os conceitos jurídicos são signos de predicados axiológicos”.

<sup>9</sup> Idem. Ibidem. Os conceitos jurídicos, como observou Montoro, são condicionados socialmente e atuam sobre a totalidade social. Montoro, André Franco. Dados preliminares de lógica jurídica. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1990, mimeo, p. 8.

normas aplicáveis a esta ou aquela classe, a esta ou aquela categoria, a esta ou aquela espécie. As classificações são, portanto, úteis ou inúteis; nunca certas ou erradas.<sup>10</sup> Portanto, as classes, categorias, espécies, que apresentarei a seguir são as classes, categorias, espécies, que julgo suficientes não por corresponderem a essências, fora do tempo e do espaço, mas, bem ao contrário, que julgo adequadas à compreensão de algo precisamente situado em um determinado local e época: a autonomia das agências reguladoras no direito brasileiro vigente.

7. A organização estatal admite desconcentração e descentralização. Ocorre desconcentração quando as tarefas de um órgão são distribuídas para outros. Ocorre descentralização quando as atividades de um ente são distribuídas a outros. A desconcentração pode dar origem a órgãos; a descentralização, a entes. Distinguem-se os entes dos órgãos.<sup>11</sup> Entes são dotados de personalidade e órgãos não a possuem.<sup>12</sup> Os entes são entes públicos ou entes privados, conforme possuam personalidade jurídica de direito público ou de direito privado, respectivamente. Os entes públicos são entes políticos, pessoas jurídicas de direito público com capacidade política, ou entes administrativos, pessoas jurídicas de direito público com capacidade exclusivamente administrativa.

8. Os entes públicos administrativos são denominados autarquias.<sup>13</sup> As autarquias se submetem, integralmente, no desempenho de suas atividades, ao regime de direito público. Entretanto, porções desse regime podem variar. Assim, há autarquias de regime comum e de regime especial. As autarquias de regime especial diferem das autarquias de regime comum em razão da maior

---

<sup>10</sup> Grau, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)* São Paulo: Malheiros, 3.<sup>a</sup> edição, 1997, pp. 57 e 122. Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1.<sup>a</sup> edição, 2.<sup>a</sup> tiragem, 1989, pp. 118 e 127; e 3.<sup>a</sup> edição, 2001, pp. 121 e 130. Carrió, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2.<sup>a</sup> edição, 1979, p. 99.

<sup>11</sup> Com algumas adaptações, sigo Meirelles, Hely Lopes. *Op. cit.* p. 57 e seguintes. Também as lições de Miranda, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo III: *Estrutura constitucional do estado*. Coimbra Editora, 4.<sup>a</sup> edição, 1998, p. 180 e seguintes.

<sup>12</sup> Deixo de lado, por sua desnecessidade para este trabalho, a concepção civilista de entes como sendo tanto personalizados quando despersonalizados.

<sup>13</sup> As fundações públicas não passam de autarquias. Ver, a respeito: Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 10.<sup>a</sup> edição, 1998, p. 110.



amplitude da autonomia que possuem.<sup>14</sup> As autarquias de regime especial, porém, podem possuir essa condição por força das leis ou da Constituição. Assim, diferem as autarquias de regime especial de natureza legal das autarquias de regime especial de natureza constitucional. A autonomia conferida a autarquias de regime especial de natureza constitucional é, evidentemente, incomparavelmente mais ampla do que a autonomia conferida a autarquias de regime especial de natureza legal. Mesmo com tal amplitude, contudo, é bom frisar, algo que retomarei ao final, autonomia não se confunde com soberania, de modo que não estão, as autarquias, especialmente as autarquias de regime especial de natureza constitucional, totalmente apartadas dos controles estatais.<sup>15</sup> Com base em tais definições, classificações, categorizações e especificações, como podem ser vistas as agências reguladoras no direito brasileiro vigente?

9. As leis criadoras das agências reguladoras brasileiras dispõem serem elas autarquias de regime especial.<sup>16</sup> Isso não as torna autarquias de

---

<sup>14</sup> Meirelles, Hely Lopes. Op. cit. p. 310. Meirelles, Hely Lopes. Estudos e pareceres de direito público. São Paulo: RT, volume II, 1977, p. 321 e seguintes. Inexiste, como bem ressalta Meirelles, subordinação da autarquia ao poder criador. Ausente texto expresso, prepondera a autonomia. Medauar, Odete. Controle da administração pública. São Paulo: RT, 1993, p. 71. Como ressalta Medauar, o controle administrativo sobre as autarquias, exercido pelo Ministro a que se vinculem, deve assegurar a autonomia destas entidades.

<sup>15</sup> Nisso, e apenas nisso, concordo com o Ministro Paulo Brossard no voto proferido como relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 51, de 25 de Outubro de 1989. Evidentemente, autonomia não se confunde com soberania. A soberania qualifica o Estado brasileiro, em seu conjunto. Isso não significa que o poder constituinte originário não tenha reconhecido espaços legítimos de atuação livre completamente a salvo da atuação estatal, isto é, espaços de expressão autônoma. O problema é saber quais são os limites de tais espaços.

<sup>16</sup> Lei n.º 9.427, de 26 de Dezembro de 1996, artigo 1.º (ANEEL); Lei n.º 9.472, de 16 de Julho de 1997, artigo 8.º, *caput* (ANATEL); Lei n.º 9.478, de 6 de Agosto de 1997, artigo 7.º, *caput* (ANP); Lei n.º 9.782, de 26 de Janeiro de 1999, artigo 3.º, *caput* (ANVISA); Lei n.º 9.961, de 28 de Janeiro de 2000, artigo 1.º, *caput* (ANS); Lei n.º 9.984, de 17 de Julho de 2000, artigo 3.º, *caput* (ANA); Lei n.º 10.233, de 5 de Junho de 2001, artigo 21, *caput* (ANTT e ANTAQ); dentre outras de menor importância. As agências não são totalmente novas, porque o espírito de sua modelagem já o encontrávamos na reforma administrativa de 1967, seguindo a linha da reforma intervencionista dos anos quarenta/cinquenta dos Estados Unidos da América, em cujo bojo surgiram as comissões de regulação. Entretanto, não se pode dizer serem continuações de um passado agora distante, simplesmente porque se acelerou a transnacionalização das estruturas econômicas e, também, o que poucos falam, das estruturas políticas. As agências reguladoras, não só as brasileiras, só podem ser entendidas, atualmente, tendo em vista o novo quadro de expansão capitalista.

regime especial de natureza legal, contudo. As leis criadoras das agências reguladoras brasileiras, na qualificação dos seus regimes, têm apenas caráter declaratório e não constitutivo. As leis criadoras das agências reguladoras brasileiras tiveram, apenas e tão-somente, a função de explicitar o regime especial que estava determinado, implicitamente, pela Constituição. Como a afirmação de que as agências reguladoras no direito brasileiro vigente possuem um regime especial de natureza implicitamente constitucional se trata de algo que não se encontra à evidência de todos, esclarecimentos se impõem. E, por isso, são imprescindíveis algumas considerações acerca da interpretação especificamente constitucional<sup>17</sup> uma interpretação cujas especificidades se mostram, na verdade, em se processar com apoio em um conjunto unitário de cinco métodos e através de um complexo jogo de sete princípios.<sup>18</sup>

10. O primeiro método é o jurídico-clássico. A Constituição não tem nenhuma diferença essencial em comparação com as leis em geral. A diferença entre as leis e a Constituição está em elementos acidentais, de caráter estrutural e funcional. Por isso, a utilização das regras e dos procedimentos do método válido para a interpretação das leis em geral é possível, validamente, para a interpretação da Constituição. Assim, a Constituição há de ser entendida segundo as regras e procedimentos sintáticos (métodos gramatical, lógico e sistemático), as regras e procedimentos

---

<sup>17</sup> Contrário a uma interpretação especificamente constitucional: Bulos, Uadi Lamêgo. Manual de interpretação constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997. Favorável a uma interpretação especificamente constitucional: Bastos, Celso Ribeiro. Hermenêutica e interpretação constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2.<sup>a</sup> edição, 1999. A interpretação especificamente constitucional é reconhecida quase que pela unidade dos autores. Há diferenças estruturais e funcionais entre as leis e a Constituição de modo a impedir que sejam aplicados os mesmos métodos e técnicas a ambas, sem maiores correções. O que não significa que sejam completamente distintas a interpretação da Constituição e a interpretação das leis. A especificidade de interpretações não deve ser entendida como disparidade de interpretações.

<sup>18</sup> Coelho, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 89 e seguintes. Grau, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica) São Paulo: Malheiros, 3.<sup>a</sup> edição, 1997, p. 169 e seguintes. Importante, nesse passo, é considerar que a interpretação constitucional se processa com o apelo aos múltiplos métodos segundo uma linha de atuação de caráter ideológico; seja estática, conservadora, seja dinâmica, transformadora, o fato é que a ideologia jurídica acaba por conformar e informar o trato e o manejo dos métodos. Para uma abordagem crítica da metódica constitucional, ver: Müller, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. São Paulo: Max Limonad, 2.<sup>a</sup> edição, 2000.

semânticos (métodos histórico e sociológico) e as regras e procedimentos pragmáticos (métodos teleológico e axiológico).<sup>19</sup>

11. O segundo método é o tópico-problemático. A abertura, a fragmentação e a indeterminação da estrutura material da Constituição e o caráter prático que assume a sua interpretação impõem que se privilegie, no processo de interpretação constitucional, o problema em detrimento do sistema. Por isso, a interpretação constitucional assume um caráter de argumentação aberta. O sistema constitucional é constantemente construído e reconstruído a partir e tendo em vista os problemas constitucionais. Uma orientação deste tipo implica em se reconhecer que o sistema não é anterior e nem superior aos problemas. O sistema, aberto, incompleto e dinâmico, só adquire sentido em função dos problemas que se lhe apresentam. Inexistem, pois, falsos problemas constitucionais. Se no sistema constitucional não se encontram respostas satisfatórias para os problemas constitucionais, significa uma limitação do sistema e não dos problemas. Reclama-se, assim, uma adaptação do sistema construído e reconstruído para que as respostas sejam oferecidas.<sup>20</sup>

12. O terceiro método é o hermenêutico-concretizador. A interpretação da Constituição é um processo de compreensão do texto em um certo contexto. O intérprete da Constituição, assim, é o responsável pela concretização da Constituição em uma situação histórica concreta e determinada. E no desempenho dessa tarefa o intérprete deve iniciar pela

---

<sup>19</sup> Canotilho, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 3.<sup>a</sup> edição, reimpressão, 1999, p. 1137: “A articulação destes vários fatores hermenêuticos conduzir-nos-á a uma interpretação jurídica (= método jurídico) da constituição em que o princípio da legalidade (= normatividade) constitucional é fundamentalmente salvaguardado pela dupla relevância atribuída ao texto: (1) ponto de partida para a tarefa de mediação ou captação de sentido por parte dos concretizadores das normas constitucionais; (2) limite da tarefa de interpretação, pois a função do intérprete será a de desvendar o sentido do texto sem ir para além, e muito menos contra, o teor literal do preceito”.

<sup>20</sup> Canotilho, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 1138: “A interpretação é uma actividade normativamente vinculada, constituindo a *constitutio scripta* um limite ineliminável (Hesse) que não admite o sacrifício da primazia da norma em prol da prioridade do problema”. Sobre o método tópico-problemático, ver Viehweg, Theodor. Tópica e jurisprudência. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 1979. Sobre a compatibilidade do método tópico-problemático com a idéia de sistema, ver: Canaris, Claus Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.



pré-compreensão do texto constitucional, admitindo que inexistente separação entre a objeto de interpretação e o sujeito da interpretação, pois não se interpreta a Constituição, mas uma visão contextualizada socialmente acerca do texto constitucional. A Constituição, portanto, inconfundível e irreduzível ao seu texto, é o produto de um processo complexo, desenvolvido no âmbito de um círculo hermenêutico, que compreende idas e vindas e múltiplas concepções e múltiplos preconceitos.<sup>21</sup>

13. O quarto método é o científico-espiritual. A Constituição deve ser compreendida como um sistema de normas. Entretanto, sistemas normativos pressupõem sistemas valorativos. A dimensão deontológica da Constituição só pode ser devidamente compreendida em correlação com a sua dimensão axiológica. Ainda mais porque a Constituição se propõe a ser uma orientação espiritual para a comunidade política, econômica e cultural que sobre ela se constrói e se reconstrói. A Constituição é, não por acaso, um catálogo de princípios jurídicos, um catálogo de normas jurídicas referidas, direta e imediatamente, a valores, um catálogo de normas cujas referências a fatos dão-se apenas e tão-somente de modo indireto e mediato. A Constituição, assim, deve ser concebida no sentido de sua principal e primordial função de integração da comunidade em que se insere e da qual resulta.<sup>22</sup>

14. O quinto método é o normativo-estruturante. A Constituição tem de ser compreendida em sentido muito mais amplo do que o que tradicionalmente se admite. A Constituição não se resume aos elementos lingüísticos do programa normativo, do texto constitucional, mas envolve, igualmente, os elementos extralingüísticos do âmbito normativo, do caso

---

<sup>21</sup> Canotilho, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 1138: “O método hermenêutico é uma via hermenêutico-concretizante, que se orienta não para um pensamento axiomático mas para um pensamento problematicamente orientado. Todavia, este método concretizador afasta-se do método tópico-problemático, porque enquanto o último pressupõe ou admite o primado do problema perante a norma, o primeiro assenta no pressuposto do primado do texto constitucional em face do problema”. Sobre o método hermenêutico-concretizante, ver: Hesse, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

<sup>22</sup> Canotilho, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 1139: “A idéia de que a interpretação visa não tanto dar resposta ao sentido dos conceitos do texto constitucional, mas fundamentalmente compreender o sentido e realidade de uma lei constitucional, conduz à articulação desta lei com a integração espiritual real da comunidade (com os seus valores, com a realidade existencial do Estado)”. A respeito do método científico-espiritual, ver: Smend, Rudolf. *Costituzione e diritto costituzionale*. Milão: Giuffrè Editore, 1988.

constitucional. A Constituição, pois, só pode ser adequadamente compreendida e, assim, dar respostas satisfatórias aos problemas constitucionais surgidos em determinados e delimitados contextos históricos e sociais, cumprindo seu papel de força integrativa da comunidade política, econômica e cultural, se, e somente se, admitir-se que sua força normativa depende da inserção de parcela da realidade no sistema do direito, depende da compreensão de que, se há tensão entre o mundo das normas e o mundo dos fatos, é uma tensão dinâmica – dinamizada e dinamizante.<sup>23</sup>

15. Os métodos de interpretação constitucional devem ser compreendidos segundo o postulado da unidade. E em consonância com os princípios de interpretação devidamente relacionados entre si.<sup>24</sup> Os princípios de interpretação constitucional são, em síntese, os seguintes: a) princípio da unidade da Constituição: a Constituição deve ser interpretada como um todo unificado segundo princípios e regras; b) princípio do efeito integrador: a interpretação constitucional deve dar primazia aos critérios que assegurem e promovam integração e unidade político-sociais; c) princípio da máxima efetividade: a interpretação constitucional deve preferir os sentidos que confirmam maior eficácia e efetividade às normas constitucionais; d) princípio da conformidade funcional: a interpretação constitucional deve ser conduzida de modo a não perturbar o esquema estrutural e funcional do poder estatal constitucionalmente estabelecido; e) princípio da concordância prática: a interpretação constitucional deve buscar fazer com que, em caso de colisão, na prática constitucional, um bem constitucionalmente protegido não seja afirmado com a negação do outro; f) princípio da força normativa da Constituição: a interpretação constitucional deve dar preferência às soluções que dotem as normas da densidade necessária para que possam apresentar e manter eficácia; g) princípio da interpretação conforme a Constituição: a interpretação de textos normativos inferiores à Constituição deve ser feita

<sup>23</sup> Canotilho, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 1139: “(...) a concretização normativa deve considerar e trabalhar com dois tipos de elementos de concretização: um formado pelos elementos resultantes da interpretação do texto da norma (= elemento literal da doutrina clássica); outro, o elemento de concretização resultante da investigação do referente normativo (domínio ou região normativa)”. Ver, a respeito do método normativo-estruturante: Müller, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1.<sup>a</sup> edição, 1996.

<sup>24</sup> Para a verificação da reduzida autonomia dos princípios de interpretação constitucional no que se refere aos tradicionais elementos de interpretação do direito, ver: Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2.<sup>a</sup> edição, 2000.

tendo em vista a necessidade de torná-los compatíveis com ela, sem que, para tanto, seja contrariado o sentido literal dos referidos textos e seja contrariado o objetivo inequívoco dos seus emissores.

16. Após a exposição sumária de elementos da interpretação constitucional, posso, agora, pesquisar o texto constitucional vigente e apontar onde se apóia minha afirmação sobre o fundamento constitucional da autonomia conferida às agências reguladoras no direito constitucional brasileiro vigente.

17. Dispõe o artigo 174, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988: “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”. Sobre o dispositivo os manuais se calam, ou são sumários.<sup>25</sup> O dispositivo está a dizer que o Estado brasileiro – não apenas a União, mas, também, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal –, no campo das atividades econômicas em sentido amplo, no campo, pois, que envolve a exploração de atividades econômicas em sentido estrito e a prestação de serviços públicos, se apresenta como agente normativo e agente regulador, exercendo as funções de fiscalização, de incentivo e de planejamento, obrigatório para o setor público, facultativo para o setor privado. Evidente a distinção operada pela Constituição entre as duas formas de atuação do Estado no campo das atividades econômicas em sentido amplo: de um lado, o Estado como agente normativo, de outro, o Estado como agente regulador.<sup>26</sup> Carlos Maximiliano, clássico da hermenêutica jurídica, ensina que as palavras do legislador não se devem presumir supérfluas.<sup>27</sup> Todas devem ser consideradas com igual valor, nenhuma se mostrando inútil ao

---

<sup>25</sup> Bastos, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 13.<sup>a</sup> edição, 1990, p. 360 e seguintes. De certo modo, também: Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 18.<sup>a</sup> edição, 1990, p. 306. Silva, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 8.<sup>a</sup> edição, 1992, p. 685 e seguintes. Araújo, Luiz Alberto David e Nunes Júnior, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. São Paulo; Saraiva, 4.<sup>a</sup> edição, 2001, p. 376 e seguintes.

<sup>26</sup> A distinção não passou despercebida de Grau, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica) São Paulo: Malheiros, 3.<sup>a</sup> edição, 1997. Entretanto, não foram extraídas todas as conseqüências.

<sup>27</sup> Maximiliano, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 10.<sup>a</sup> edição, 1988, p. 110; e 19.<sup>a</sup> edição, 2001, p. 91.

intérprete. Normaçoão e regulaçoão são duas formas de atuar do Estado, são duas atividades do Estado. Impõe-se dizer, portanto, qual, afinal, a distinçoão entre elas.

18. O Estado situa-se entre dimensões políticas e jurídicas, ambas expressivas e ligadas a questões técnicas. O Estado, portanto, tem funções políticas, jurídicas e técnicas. As funções políticas, normalmente sem qualquer tratamento nas constituições, referem-se à elaboração e à implementação de políticas públicas. As funções jurídicas, exaustivamente tratadas pelas constituições como as únicas, referem-se à elaboração e à implementação de normas jurídicas. As funções técnicas, nem referidas pelas constituições, e mesmo pelas leis, relegadas a um plano de insignificância, referem-se à elaboração e implementação de parâmetros técnicos para a atuação de agentes econômicos em sentido amplo.

19. Materialmente falando, enfatizando as atividades e os atos em detrimento dos agentes e dos entes, as funções jurídicas se referem à elaboração de normas gerais e abstratas aplicáveis a situações particulares e concretas. Isto é: as funções jurídicas são a função normativa e a função executiva. Normas jurídicas, porém, podem ser elaboradas tendo em vista sentidos e alcances distintos. Por isso, a função normativa pode se traduzir em atividade legislativa, atividade regulamentar e atividade regimental. E a implementação dessas normas jurídicas pode se dar segundo um ou outro interesse. A função executiva, portanto, pode se traduzir em atividade administrativa e atividade judiciária, conforme seja o aplicador interessado ou desinteressado pela questão sob exame.<sup>28</sup>

20. Também de um ângulo material, a regulaçoão não é função política, pois não implica em elaboração e implementação de políticas públicas, entregues, como seria adequado em democracias, aos órgãos e entes legitimados democraticamente para tanto; a regulaçoão, também, não é função jurídica, pois não implica em elaboração de normas gerais e abstratas e nem mesmo em implementação de normas gerais e abstratas a situações concretas e particulares, entregues, novamente, àqueles que as constituições democraticamente legitimaram a tanto; por fim, a regulaçoão é função consistente na elaboração e implementação de parâmetros técnicos para a atuação de agentes econômicos em sentido amplo.

<sup>28</sup> Sobre o assunto, ver: Tura, Marco Antônio Ribeiro. A inconstitucionalidade do decreto-lei 70/66. In: Revista de direito internacional e constitucional, n.º 31.

21. Óbvio a diferença, assim, entre regulação e normação, de um lado, e regulação e execução, de outro. Inconfundíveis, pois a regulação é função técnica, não função política e nem função jurídica. As agências reguladoras, como todos os órgãos e como todos os entes estatais, são atravessadas por todas as manifestações estatais. Inegavelmente, manifestam-se funções políticas e jurídicas do Estado por elas. Mas, inegavelmente, também, que não se tratam de funções típicas das agências reguladoras. Tipicamente, as agências reguladoras encarregam-se da elaboração e implementação de parâmetros técnicos, segundo os meios e os modos e para atenderem aos fins e aos objetivos fixados em normas, tendo em vista opções e pretensões consubstanciadas em políticas. Elas não devem fixar os fins e objetivos e não devem definir opções e pretensões. É no exercício dessa função (dever-poder) de regular, de função consistente na elaboração e implementação de parâmetros técnicos para a atuação de agentes econômicos em sentido amplo, e não de outras funções, quaisquer que sejam, que deve haver a garantia de autonomia, seja frente aos agentes e entes regulados, seja frente aos agentes, órgãos e entes encarregados de outras funções não-técnicas. A Constituição, ao fixar, no *caput* do artigo 174, a função regulatória como distinta da função normativa nada mais fez do que considerar ambas as funções como inconfundíveis, e como irreduzíveis, uma à outra, dando a ambas *status* constitucional. Esse o fundamento constitucional da regulação. E daqui deriva o fundamento da autonomia conferida pelo direito brasileiro às agências reguladoras. Pois se a Constituição dá tratamento diverso à função normativa e à função regulatória, não admitindo que sejam redutíveis uma à outra, evidente que não submete uma à outra. O exercício da regulação, propriamente dita, por sua natureza, não é passível de tratamento pela via de prescrição geral e abstrata. A regulação sempre está referida à situação e ao setor regulados. Nesse sentido, a lei se apresenta, para a regulação, como ordem-quadro, dentro da qual se desenvolve, com margens de manobra razoáveis, tendo em vista princípios, diretrizes e objetivos, a elaboração e a implementação de parâmetros técnicos para a atuação de agentes econômicos em sentido amplo. Fixada dita ordem-quadro, a regulação deve atuar, sem outras ingerências, na busca de atingir às metas socioeconômicas postas e de atender aos valores jurídico-políticos pressupostos pela ordenação constitucional e legal. É com base em tais considerações que se deve tratar a questão da autonomia das agências reguladoras no direito brasileiro, o que farei agora.



22. Autonomia e soberania, como afirmou o Ministro Paulo Brossard, não se confundem.<sup>29</sup> Dir-se-ia que a soberania é poder originário e que, ao contrário, a autonomia é poder derivado. Nessas concepções está clara a idéia de que soberania é um poder que se inicia fora do direito e que autonomia só se inicia dentro do direito. A soberania, assim, não teria limites jurídicos, enquanto a autonomia, por sua vez, só teria possibilidades nos limites do direito.<sup>30</sup> A questão, contudo, é mais complexa.<sup>31</sup>

23. Soberania e autonomia não podem ser compreendidas como se residissem cada qual em um distinto mundo: a soberania, no mundo do ser; a autonomia, no mundo do dever. Soberania e autonomia só podem ser devidamente compreendidas como fenômenos, concomitante e conjuntamente, referidos a ambas dimensões do mundo social: a dimensão dos fatos e a dimensão das normas. Soberania e autonomia são fenômenos socialmente informados que são juridicamente conformados. Assim, tanto soberania quanto autonomia possuem limites jurídicos; pois, a soberania se justifica na medida em que protege a autonomia, e a autonomia se exerce na medida em que respeita a soberania.<sup>32</sup>

24. Ao poder soberano se deve acatamento na medida em que é exercido tendo em mira a realização da essência do poder autônomo. É indevido o respeito ao poder que não se pauta pela busca da afirmação de sua soberania, externa e internamente. Mas a busca de afirmação da soberania só se legitima

---

<sup>29</sup> Ver nota 15.

<sup>30</sup> Em tal sentido, ver: Aragão, Alexandre Santos de. *A autonomia universitária no estado contemporâneo e no direito positivo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 16 e seguintes. Também: Bastos, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 13.<sup>a</sup> edição, 1990, p. 248 e seguintes. De certo modo, também: Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 18.<sup>a</sup> edição, 1990, p. 40 e seguintes.

<sup>31</sup> Uma leitura imprecisa de Bodin costuma atribuir-lhe a idéia de que a soberania seria um poder sem limites. Tal, contudo, não lhe pode ser atribuída, pois sempre teve em mente a importância de submeter o poder do soberano aos ditames do direito. Ver, a respeito: Kritsch, Raquel. *Soberania: a construção de um conceito*. São Paulo: Humanitas/Imprensa Oficial do Estado, 2002; Barros, Alberto Ribeiro de. *A teoria da soberania de Jean Bodin*. São Paulo: Unimarco Editora, 2001.

<sup>32</sup> Soberania e autonomia são princípios de direito pressuposto, condicionantes da produção e da reprodução do direito posto. Sobre a idéia de direito pressuposto, ver: Grau, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2.<sup>a</sup> edição, 1998.

na medida em que reconheça como legítimas outras soberanias e como legítimas as autonomias. A igualdade é o fundamento da busca pela afirmação da soberania. A soberania, assim, só pode ser devidamente compreendida como poder que se exerce com vistas à proteção das condições objetivas e subjetivas para a afirmação da autodeterminação individual e coletiva.

25. Ao poder autônomo se deve proteção na medida em que é exercido para a afirmação das potencialidades individuais e coletivas. O poder não tem sentido por si e para si mesmo. O poder é instrumentalmente predisposto para a satisfação das necessidades e interesses dos indivíduos e coletividades. A autonomia de certos poderes existe como expressão das expectativas de realização dos indivíduos e das coletividades que neles se reconhecem. A liberdade é o fundamento da luta pela proteção da autonomia. A autonomia, por isso, só pode ser adequadamente compreendida se e na medida em que seja um poder que postule a autodeterminação dos indivíduos e coletividades que nele se reconheçam e por ele se expressem.

26. A tensão entre a igualdade e a liberdade exige a presença de um poder social específico que impeça a transformação da autodeterminação dos indivíduos e das coletividades em um poder supressivo da autodeterminação de certos indivíduos e de certas coletividades. Esse, o poder soberano. A tensão entre a igualdade e a liberdade exige, ademais, a presença de poderes sociais vários que impeçam a formação de um poder opressivo a partir da autodeterminação de certos indivíduos e de certas coletividades. Esses, os poderes autônomos. Soberania e autonomia não estão, portanto, uma em relação à outra, livres.

27. Para delinear a autonomia, o direito posto deve, por isso, utilizar-se dos traços com os quais o direito pressuposto a desenhou. Lembro que o direito é linguagem. Certo que não é uma linguagem qualquer. O direito é uma linguagem que veicula o poder. Lembro, também, que o direito é poder.<sup>33</sup> Mas não um poder qualquer. O direito é um poder que se manifesta pela linguagem. As questões jurídicas, assim, findam por encerrar problemas de ordem lingüística, que podem se encontrar em textos, embora não necessariamente estejam. Mas as questões jurídicas encerram problemas que, textuais ou não, manifestam-se no tempo e no espaço. As questões jurídicas encerram problemas de linguagem, de uma linguagem processada em

<sup>33</sup> Sobre o direito como linguagem e como poder, ver: Reale, Miguel. Teoria tridimensional do direito. São Paulo: Saraiva, 5.<sup>a</sup> edição, 1994.

determinados contextos históricos e culturais. Por isso, descobrir qual o desenho dado pelo direito pressuposto à autonomia exige tanto a compreensão do conceito quanto de suas noções.<sup>34</sup>

28. Etimologicamente, o termo autonomia é expressivo de um dos três pilares da liberdade antiga, ao lado dos termos autarquia e autocrinia. Autocrinia expressa capacidade judiciária própria, possibilidade de julgar a si mesmo. Autarquia expressa a capacidade administrativa própria, possibilidade de governar a si mesmo. Autonomia expressa a capacidade legislativa própria, possibilidade de regular a si mesmo. A precisão do termo, verificada na linguagem antiga, contudo, perdeu-se.<sup>35</sup> O substantivo autonomia tem-se feito acompanhar de diversos adjetivos, como uma estratégia para conferir ao termo a precisão perdida. Fala-se, por isso, em autonomia pública, autonomia privada, autonomia legislativa, autonomia administrativa, autonomia judiciária, autonomia estadual, autonomia municipal, autonomia distrital, autonomia institucional, autonomia orgânica, autonomia funcional, autonomia pessoal, autonomia individual, autonomia didática, autonomia científica, autonomia financeira, etc. Apesar disso, em todos essas adjetivações da autonomia, algo substancialmente idêntico se encontra: a idéia de um âmbito de organização e de atuação exclusivas, livres de quaisquer interferências externas.

29. Historicamente, essa idéia de um âmbito de organização e de atuação exclusivas, livres de quaisquer interferências externas, também se mostra como persistente. Assim, embora se possa afirmar um conceito de autonomia, uma idéia de autonomia que se coloca fora do tempo e do espaço, formada a partir da raiz grega, certo é que uma tal idéia só se concebe na medida em que se concretize, mais ou menos, em cada tempo e em cada espaço. O conceito (fora do tempo e fora do espaço) de autonomia, portanto, depende das noções (no tempo e no espaço) de autonomia para adquirir sua principal potencialidade e para exercer sua principal função: a de idéia reguladora, apta a servir de guia para serem julgadas as noções.

30. Inexiste, portanto, a autonomia, senão no plano ideal. No plano material há autonomies. Há noções e tipos de autonomia que podem

---

<sup>34</sup> Sobre a distinção entre conceitos e noções, ver: Grau, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2.<sup>a</sup> edição, 1998, apêndice.

<sup>35</sup> A ponto de alguns defenderem a sua eliminação da linguagem jurídica. A respeito, ver: Aragão, Alexandre Santos de. Op. cit. p. 15.

corresponder, em maior ou menor graus, ao conceito de autonomia. Há mínimos e máximos a serem respeitados, contudo; pois, se os termos não possuem essências, são arbitrários, não se referem a essências dos objetos, nem por isso eles são aleatórios, sem qualquer referência aos usos sociais nos mais variados contextos. Do contrário, a comunicação seria impossível.<sup>36</sup> Nesse sentido, há limites mínimos e máximos para que se possa falar adequadamente em autonomia. Se há um âmbito exclusivo de organização e de atuação, livre de quaisquer interferências externas, há autonomia, não importando, para tanto, sua amplitude. Se, porém, nada escapa a interferências externas, impossível falar em autonomia. Agora, com a devida compreensão do sentido e alcance do conceito e da noção de autonomia, posso concluir com a análise de suas implicações jurídicas. Já que afirmei tratar-se de autonomia com fundamento constitucional, a autonomia, portanto, é fundada em norma constitucional. A autonomia das agências reguladoras no direito brasileiro é fundada em norma constitucional; implícita, porém constitucional. Mas de que tipo de norma constitucional estou a falar, propriamente?

31. Normas constitucionais, como quaisquer outras normas jurídicas, podem ser de duas espécies: princípios ou regras.<sup>37</sup> Princípios são

---

<sup>36</sup> Como mostrou Saussure *apud* Fiorin, José Luiz. Teoria dos signos. In: Introdução à lingüística – I. objetos teóricos. São Paulo: Contexto, 2002, p. 60 e seguintes. Também: Warat, Luís Alberto. O direito e sua linguagem. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2.<sup>a</sup> edição, 2.<sup>a</sup> versão, 1995, p. 24 e seguintes.

<sup>37</sup> Passo ao largo da profunda, extensa e rica discussão acerca da distinção entre princípios e regras. Uma análise crítica da distinção entre princípios e regras pode ser encontrada em: Ávila, Humberto. Teoria dos princípios (da definição à aplicação). São Paulo: Malheiros, 2003. Uma resenha dos diversos autores que trabalharam a distinção pode ser vista em: Grau, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica) São Paulo: Malheiros, 3.<sup>a</sup> edição, 1997. Rothenburg, Walter Claudius. Princípios constitucionais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. Bonavides, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 9.<sup>a</sup> edição, 2000. Canotilho, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 3.<sup>a</sup> edição, reimpressão, 1999. Farias, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2.<sup>a</sup> edição, 2000. Tornaram-se obrigatórios, no estudo da distinção entre princípios e regras, dentre outros, os seguintes trabalhos: Alexy, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Dworkin, Ronald. A matter of principle. Cambridge, Mass: Harvard Univ. Press, 1985. Dworkin, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge, Mass: Harvard Univ. Press, 1978. Sanchis, Luis Prieto. Sobre principios y normas: problemas de razonamiento juridico. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

normas jurídicas dotadas de altíssimo nível de abstração e amplíssimo grau de generalidade e que, por isso, se referem imediata e diretamente a valores e mediata e indiretamente a fatos. Princípios são, portanto, normas predispostas à realização de valores. Por isso, seus conteúdos devem ser otimizados, tendo em vista a concretização máxima dentro do possível. Regras são, por seu turno, normas jurídicas dotadas de grau de abstração mais baixo e grau de generalidade mais restrito e que, por isso, se referem mediata e indiretamente a valores e imediata e diretamente a fatos. Regras são, portanto, normas predispostas à conformação de fatos. Por isso, seus conteúdos devem ser definidos, tendo em vista sua concretização dentro do exigível. Normas jurídicas, como parcelas do ordenamento jurídico, relacionam-se entre si, e, eventualmente, podem entrar em conflito. Princípios e regras, como espécies de normas jurídicas, também podem, eventualmente, entrar em conflito. Uma regra pode entrar em conflito com outra regra; um princípio pode entrar em conflito com outro princípio. O conflito entre regras resolve-se pela exclusão. Estando duas regras em conflito, apenas uma delas continuará no ordenamento e apenas ela incidirá na situação. O conflito entre princípios se resolve pela ponderação.<sup>38</sup> Apenas princípios válidos ingressam em conflito, por isso não se pode considerar a possibilidade de exclusão de um deles do ordenamento. Estando dois princípios em conflito, ambos serão ponderados de acordo com as necessidades da situação e poderão ambos incidir parcialmente na situação ou apenas um deles incidirá totalmente na situação. De qualquer modo, o princípio afastado, total ou parcialmente, permanece parâmetro apto a ser invocado em situações futuras; algo bem diverso do que acontece com a regra afastada, pois, excluída do ordenamento, deixou de ser parâmetro invocável em situações futuras.

32. Conforme essa classificação, a autonomia das agências reguladoras no direito brasileiro é princípio constitucional implícito. Se ao encarregado de exercer a regulação das atividades econômicas em sentido amplo, em certo setor e para determinadas situações, se atribui personalidade, segue-se, forçosamente, a atribuição de autonomia inerente às pessoas, sejam públicas, sejam privadas. Sendo exercício de função diversa das demais funções estatais, a regulação reclama acentuada autonomia, por determinação implícita do direito constitucional brasileiro vigente. Entretanto, a autonomia

---

<sup>38</sup> Sobre a ponderação, ver: Sarmiento, Daniel. A ponderação de interesses na constituição federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1.<sup>a</sup> edição, 2.<sup>a</sup> tiragem, 2002. Também: Canotilho, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 3.<sup>a</sup> edição, reimpressão, 1999.



surge do direito constitucional brasileiro vigente não como uma prescrição referida, mediata e indiretamente, a valores, e, imediata e diretamente, a fatos. Não há, em sua hipótese, qualquer fato, mas um valor a ser atingido, isto é, que a regulação seja exercida de maneira a atender às necessidades derivadas da natureza da função regulatória e não para atender aos apelos de agentes, órgãos e entes encarregados de outras funções estatais e nem, muito menos, para satisfazer aos anseios dos agentes e entes encarregados das atividades econômicas em sentido amplo. Trata-se, por isso, de princípio, de princípio constitucional implícito na expressão da função regulatória ao lado da função normativa.

33. Em conclusão, posso afirmar que o princípio da autonomia das agências reguladoras no direito brasileiro tem tradução nas regras da independência administrativa, da independência financeira, da independência funcional, com vistas a assegurar a liberdade no exercício da função de regular as atividades econômicas em sentido amplo. O princípio da autonomia das agências reguladoras, que encontra seu fundamento constitucional na expressa referência do artigo 174, *caput*, da Constituição da República, ao dever do Estado em regular as atividades econômicas em sentido amplo tendo em vista, dentre outros, os valores da proteção da concorrência e da tutela do consumidor e do ambiente, só tem sentido na medida em que assegure o cumprimento deste dever, do dever de regular, do dever de bem regular as atividades econômicas em sentido estrito, assim como os serviços públicos. Como princípio, todavia, não é absoluto. É preciso dizer, portanto, que o princípio da autonomia das agências reguladoras no direito brasileiro tem por finalidade assegurar o exercício de uma função albergada pela Constituição da República, a função regulatória. O princípio da autonomia das agências reguladoras no direito brasileiro vale se e na medida em que se mostre adequado, necessário e proporcional para o cumprimento do dever de regular as atividades econômicas em sentido estrito e os serviços públicos. Não se presta, o princípio da autonomia das agências reguladoras no direito brasileiro, para a usurpação de competências constitucionais, explícitas ou implícitas, de quaisquer outros entes e órgãos. Assim, necessária interpretação que compatibilize, em cada caso, o princípio da autonomia das agências reguladoras com o princípio do monopólio da atividade legislativa, com o princípio da unidade da atividade administrativa e com o princípio da universalidade da atividade judiciária. Do contrário, voltar-se-ia à nefasta confusão entre a propugnada autonomia dos entes reguladores com a pretensa soberania da regulação.

