

OS LIMITES NORMATIVOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FRENTE AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

CASO: CONTRATO DE USO TEMPORÁRIO DE ÁREAS PORTUÁRIAS.

Patrícia Gonçalves de Oliveira

RESUMO

Este trabalho analisa o poder normativo das agências reguladoras perante o princípio da legalidade, trazendo como estudo de caso para exemplificação da questão, dispositivo normativo expedido pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq, que teve sua legalidade questionada, recentemente, perante a justiça federal. O poder normativo previsto na lei de criação dessas agências, ainda se apresenta bastante controverso, não havendo posicionamento doutrinário pacífico em relação aos limites a essa atividade normativa. Para a abordagem do tema, realizou-se levantamento bibliográfico e documental referente aos posicionamentos doutrinários a respeito dos princípios da legalidade, da reserva legal, da interpretação e produção normativa, com a intenção de identificar os elementos que podem interferir no julgamento pela legalidade ou não de uma norma. Conclui-se pela importância em não se ater só à interpretação gramatical da norma, mas também aos critérios técnicos e de aplicação que a envolvem, especialmente porque as normas expedidas pelas agências reguladoras devem considerar em seu conteúdo aspectos de mercado e características específicas da atividade regulada.

PALAVRAS-CHAVE: Agências Reguladoras; Normas; Legalidade.

INTRODUÇÃO

As agências reguladoras, integrantes da estrutura do Poder Executivo, foram instituídas sob o formato de autarquias independentes, em um momento em que o Estado decidiu se retirar da linha de frente no fornecimento de bens e serviços públicos de interesse econômico, até então providos por empresas públicas e sociedades de economia mista, administradas diretamente pelo Estado.

Ao transferir suas empresas para o setor privado, mediante um procedimento de privatização, e dar início a um processo que ficou conhecido como desestatização da

economia, o Estado foi impelido a desenvolver a atividade regulatória, a fim de evitar abusos das empresas privadas, restringir práticas anticoncorrenciais, e garantir a qualidade dos serviços prestados, a preços módicos, e o atendimento à coletividade, sem restrições de grupos sociais ou regionais, em vistas à promoção do bem estar social.

O exercício dessa tarefa foi delegado às agências reguladoras, e encontra-se previsto, em linhas gerais, nas atribuições definidas na respectiva lei de criação de cada agência, a qual, também delimita a esfera de atuação e os objetivos a serem perseguidos no exercício de suas atividades. Para o desempenho de suas atribuições a lei faz referência à normatização e regulamentação que deve ser realizada pelas respectivas agências no exercício de suas atribuições.

Esse poder normativo encontra seus limites no princípio da legalidade. Ocorre que essa questão não é tão simples assim. Esses limites não são claramente definidos, havendo divergências doutrinárias em relação a eles. Esse é o tema que se levanta para o desenvolvimento do presente artigo, os limites da atividade normativa desenvolvida pelas agências reguladoras, frente o princípio da legalidade.

As posições doutrinárias em relação ao tema são variadas. Enquanto uma parcela da doutrina entende que o regulamento pode suprir a ausência de disciplina legislativa, outra parte entende que ele pode regulamentar uma lei, detalhando seus aspectos gerais, e há, ainda, outra corrente que entende que o regulamento deve estar estritamente subordinado à lei, não sendo admitida inovação ou acréscimo aos dispositivos legais. Além disso, outros fatores envolvem o entendimento pela legalidade ou não das normas, dentre eles, o princípio da legalidade, da reserva legal, e da interpretação normativa.

Para o desenvolvimento dessa questão, levanta-se a problemática em relação à consideração da expertise técnica das agências reguladoras para o exercício da sua atividade normativa, e a aplicação dos princípios que envolvem a interpretação normativa para a análise da legalidade. Para tanto, são destacados os aspectos legais e doutrinários que permeiam e devem ser observados no exercício da atividade normativa.

Propõe-se como hipótese, em resposta à problemática suscitada, que os aspectos técnicos e a expertise das agências sobre o setor regulado devem ser considerados quando da elaboração dos instrumentos normativos.

Para responder à problemática suscitada e avaliar a validade da hipótese proposta, são apresentados os posicionamentos doutrinários, apurados em pesquisa bibliográfica e documental, para conceituar o princípio da legalidade e identificar as fontes que conferem às agências reguladoras o poder normativo. Foi utilizado esse mesmo recurso, da pesquisa bibliográfica, para conhecer os conceitos econômicos que permeiam a atividade regulatória, e o contexto em que as agências foram criadas, a fim de identificar os objetivos de sua criação.

Para ilustrar essa questão, apresenta-se estudo de caso referente a instrumento normativo expedido pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq, que teve sua legalidade recentemente questionada pela justiça federal, expondo como a expertise técnica pode influenciar na interpretação normativa.

1 O advento do Estado regulatório

As transformações na forma de intervenção do Estado na economia e na sociedade conduziram à formação do Estado regulador, conforme vigora nos dias atuais, caracterizado pelo recuo da intervenção estatal direta, e pelo desenvolvimento da atividade regulatória sobre o setor privado, em vistas à promoção do bem estar da coletividade. Para a melhor compreensão de como esse modelo de Estado vem sendo estruturado e como se dá a divisão de atribuições entre os poderes estatais, traça-se um breve relato das transformações históricas mais recentes que entende-se terem influenciado em sua formação.

Toma-se como ponto de partida o modelo de Estado Democrático Liberal, consolidado na segunda metade do século XVIII, e caracterizado pela intervenção mínima na economia. A liberdade de atuação do Estado era limitada em deferência à livre iniciativa e à livre concorrência, que garantiam o direito a qualquer pessoa de exercer atividades econômicas, sem qualquer restrição, condicionamento ou imposição descabida do Estado. Não era aceita qualquer forma de regulação sobre as atividades desenvolvidas pela iniciativa privada.

O povo era o verdadeiro detentor do poder, e como tal, tinha a representação de seus interesses formalizada pelo poder legislativo, responsável por elaborar as leis que deveriam ser fielmente seguidas pelo poder executivo, ao qual não era concedida discricionariedade para intervenção na economia ou na sociedade, além do disposto na lei.

Essa configuração posicionou o poder legislativo com superioridade em relação aos outros poderes. Apesar da independência e harmonia entre os três poderes, o executivo e judiciário tinham sua atuação limitada estritamente aos dispositivos legais, o que conduziu o executivo ao exercício de atividades estritamente burocráticas, desenvolvidas com foco nos procedimentos e sem preocupação com os resultados, mas com o fiel cumprimento da lei.

Acreditava-se que o imperativo da liberdade econômica, sem a intervenção do Estado na economia e na sociedade, seria capaz de conduzir o mercado à eficiência na alocação de recursos e à promoção do bem estar social. O mercado, por si só, seria capaz de se autorregular.

Essa expectativa se mostrou frustrada após a depressão econômica na década de 1930 e o fim da Segunda Guerra Mundial, indicando a crise do sistema liberal e a necessidade de intervenção estatal.

A ampla liberdade de contratar e o direito absoluto de propriedade passaram a ser considerados utópicos e, mais do que isso, conformadores de um sistema prejudicial em relação ao ser humano. O mercado, por si só, não era mais (e nunca foi) capaz de garantir a estabilidade social e econômica.¹

Deflagrado o esgotamento do modelo de Estado Liberal, houve uma reorientação na forma de atuação do Estado, que passou a assumir posição relevante na promoção do desenvolvimento e coordenação da economia. O Estado deixou de se abster para “disciplinar a atividade privada, que, se deixada sem qualquer limitação, passaria a se automutilar, por meio de monopólios, práticas comerciais e econômicas abusivas e desleais, findando por gerar disparidade, exclusão social e crises econômicas (...)”.²

Com isso, rompeu-se com o modelo de Estado mínimo, tomando seu lugar um Estado altamente intervencionista, que passou a atuar diretamente no mercado, através da criação de empresas estatais, e indiretamente, pela intervenção sobre a atividade privada. Além disso, esse novo Estado assumiu a responsabilidade pela promoção do bem estar social, pautando suas ações sob o princípio do bem comum e da justiça social, caracterizando-se em um Estado Social ou Estado do Bem Estar Social (*Welfare State*).

¹ TAVARES, André Ramos. O Direito Administrativo no Estado Mínimo. In: CARDOZO, José Eduardo Martins, QUEIROZ, João Eduardo Lopes, SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (coords). *Direito administrativo economico*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 92.

² *Ibid.*, p. 96.

As empresas estatais se mostraram presentes em setores variados, sem que houvesse uma definição ou limitação dos setores em que o Estado atuaria diretamente, havendo grande discricionariedade para a intervenção direta na economia. Em relação aos serviços prestacionais, o Estado se mostrou cada vez mais presente, com o desenvolvimento de políticas sociais, em busca da promoção do bem estar social.

Essa ampliação no rol de atividades econômicas e de serviços prestados pelo Estado foi acompanhada pelo crescimento da administração pública, que manteve as características de uma administração burocrática, com baixo padrão de eficiência, produtividade e modernização, incompatíveis com o desenvolvimento de atividades de mercado, conduzidas pelas empresas estatais, o que contribuiu para o colapso do modelo de Estado do bem estar-social.

(...) as empresas *estatais*, que, via de regra, realizavam suas tarefas de um modo nada produtivo e anacrônico, visto que tais empresas encontravam-se ou totalmente sucateadas, devido à falta de aporte financeiro em pesquisa e desenvolvimento, ou totalmente desmotivadas, uma vez que, por muitas vezes, eram as únicas participantes em determinado ramo econômico, ou seja, não havia o elemento propulsor chamado *concorrência*. Em muitas outras situações era a corrupção ou a ineficiência (decorrente do desestímulo dos servidores públicos com salários garantidos por uma fonte estatal) que gerava a imprevisibilidade do serviço ou do produto final.³

Em resposta à crise do Estado do bem-estar social despontou o Estado Neoliberal ou Social Liberal, uma variação entre os dois modelos de Estado prévios, caracterizado por uma redução no nível de intervenção estatal, e pelo início de um processo de desestatização, com a retirada do Estado de vários setores da economia, inclusive de serviços públicos, sem, contudo, regredir para a intervenção mínima.

Os ideais neoliberais ganharam força mundialmente após uma reunião entre os líderes mundiais, proclamada Consenso de Washington, onde foi transmitida a mensagem de que “o papel do Estado, daquele momento para frente, se restringiria a regular o mercado com o objetivo de combater a concorrência desleal e seus volumosos excessos, para que garantisse, no mínimo, sua sobrevivência”.⁴

³ Ibid., p. 93.

⁴ QUEIROZ, João Eduardo Lopes. Principais Aspectos Jurídicos da Privatização. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 972.

Apesar de se falar em ideais neoliberais, essas mudanças não se basearam apenas em premissas ideológicas, mas na racionalização dos processos produtivos, que demandam expertise, conhecimento técnico e de mercado, investimento e flexibilidade para inovação, características dificilmente apresentadas pelas administrações estatais.

A razão dessa mudança quanto a responsabilidade estatal pela regulação de serviços econômicos de interesse geral não assenta em premissas ideológicas (“menos Estado, melhor Estado”, “autoregulação da economia contra planificação estatal”, “concorrência econômica como expressão da liberdade”) mas na verificação de que a prossecução de muitas tarefas outrora inseridas no “núcleo duro” de tarefas do Estado (serviços essenciais, investigação, emprego) faz apelo a recursos financeiros, saberes, competências, experiências técnicas e profissionais que se encontram fora do aparelho do Estado. Consequentemente, elas só podem ser disponíveis lá onde se encontram (nas grandes empresas de telecomunicações, de produção e exploração de energia, de transportes, etc.).⁵

Essas transformações são condizentes também com o princípio da subsidiariedade, que indica que a iniciativa privada tem primazia sobre a estatal, devendo o Estado se abster de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e por seus próprios recursos, recomendando-se a limitação da intervenção estatal, e o redirecionamento do seu papel para fomentar, coordenar e fiscalizar a iniciativa privada, assegurar as condições para que atinja o bem comum, e permitir, sempre que possível, o sucesso dos empreendimentos privados.⁶

Para colocar em prática essas mudanças, desponta a necessidade pela instrumentalização da administração pública, para a condução do processo de desestatização da economia e desenvolvimento da atividade regulatória sobre o mercado. Em resposta a essa demanda, tem-se uma intensificação da reforma administrativa brasileira.

Desde 1967, vinha sendo instrumentalizado um processo de reforma na administração pública brasileira, com marco na publicação do Decreto-lei 200/67, que transferiu as atividades antes centralizadas na presidência e nos ministérios, para autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, a fim de se obter maior dinamismo operacional, e superar a rigidez burocrática.

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra-Portugal: Almedina, 1941. p. 352.

⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 397-398. apud QUEIROZ, João Eduardo Lopes. Principais Aspectos Jurídicos da Privatização. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 982.

O reforço nesse processo veio com a criação do Programa Nacional de Desburocratização – PrND, em 1979, do Conselho Interministerial de Privatização, em 1988, e do Programa Nacional de Desestatização, em 1990, responsáveis por conduzir o processo de privatização das empresas estatais, e de retirada do Estado brasileiro dos setores em que a iniciativa privada pudesse atuar livremente, com maior eficiência, e atingiu tanto setores responsáveis pelo desenvolvimento de atividades estritamente econômicas, quanto setores responsáveis pelo provimento de serviços públicos de interesse geral.

(...) o que se busca com todos esses mecanismos e institutos é reorganizar administrativamente o Estado, que, em sua experiência intervencionista, demonstrou ser ineficaz para exercer certas atividades, prestar determinados serviços, em prol da coletividade. Procura-se, então, transferir à iniciativa privada parte dessa responsabilidade, sem descurar de um controle rigoroso quanto aos resultados proporcionados pelo novo modelo. No entanto, não se está a falar, aqui, que o Estado deixa de exercer qualquer forma de participação na economia, mas sim que este, de acordo com Ernane Galvêas, passa “de Estado-produtor a Estado regulador, de mega-Estado a Estado mínimo, porém, forte em poder de regulação”.⁷

Ressalva-se que essas mudanças não trouxeram consigo a desvinculação das atividades econômicas e dos serviços públicos aos direitos fundamentais garantidos pela constituição, com a explicitação de seu conteúdo complementada pelos dispositivos constitucionais que tratam da ordem econômica e social.

Permaneceu sob a responsabilidade do Estado o desempenho das atividades econômicas, sociais e culturais, a disponibilização dos diversos serviços aos cidadãos, como instituições de ensino, saúde, segurança, transportes, telecomunicações, etc, e a criação de condições materiais e institucionais para o exercício dos direitos fundamentais.

Quanto às atividades econômicas, a Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 170 e parágrafo único que esta está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, sendo assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo os casos previstos em lei.

No que se refere aos serviços públicos de interesse econômico geral, sua prestação deve estar orientada para a consecução dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, havendo algumas regras que devem ser respeitadas a fim de se garantir os direitos sociais: garantia de prestações essenciais, acessibilidade de todos os usuários

⁷ TAVARES, op. cit., p. 95.

independentemente da localização geográfica e preço acessível de forma a não tornar impeditivo, para alguns cidadãos, o acesso a essas prestações essenciais.⁸

Em relação às possíveis restrições aos direitos fundamentais, embora o constituinte não as tenha previsto em normas genéricas, seus exemplos podem ser importados do direito comparado, e ao receberem uma roupagem nacional servem como elementos para um tratamento científico e uniforme da matéria, tomando-se como exemplo a “proteção do núcleo essencial (*Wesensgehalt*) dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade, a reserva legislativa (restrições somente mediante leis no sentido formal)”.⁹

Ao levar em conta que a consecução de alguns direitos e garantias fundamentais depende da oferta de serviços públicos, que após o processo de desestatização iniciado na década de 1990, passaram a ser ofertados pelo setor privado, ressalta-se o mérito da atividade regulatória desenvolvida pelo Estado, para a garantia dos direitos fundamentais, ao impor regras para a oferta dos serviços públicos.

2 As atribuições das agências reguladoras

A desestatização da economia e privatização das empresas estatais transferiu ao setor privado a prerrogativa pela oferta de bens e serviços públicos, antes ofertados pelo Estado. O que não foi transferido ao setor privado foi a titularidade dessas atividades, permanecendo sob a competência estatal a responsabilidade pela oferta desses serviços à sociedade, e a sua orientação para a consecução dos direitos e garantias fundamentais.

É nesse contexto que surgem as agências reguladoras, imbuídas da tarefa de implementar as políticas públicas e regular as atividades prestadas pelo setor privado, a fim de garantir as prestações essenciais, o acesso aos usuários a serviços de qualidade e preços módicos, sem restrições sociais ou regionais. Para tanto, as leis que as instituíram atribuíram-las a competência pela expedição de normas relativas às atividades sob sua esfera de atuação.

A presença da regulação ocorre, inicialmente, em setores onde existem falhas de mercado (monopólios naturais, externalidades ou concentração econômica). Nesses setores, a

⁸ CANOTILHO, op. cit., p. 535.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015. p. 54.

regulação vem para garantir a melhor alocação dos recursos em que o próprio mercado não é capaz de fazê-lo, assegurando que a busca pelo interesse privado não conflite com o bem-estar social.

Para execução dessa tarefa impõe-se a coordenação de interesses de diferentes grupos. Para os usuários do serviço, deve viabilizar a universalização, a qualidade e preços módicos. Para os investidores privados, deve assegurar o retorno aos seus investimentos a uma taxa atrativa. Para a sociedade em geral, deve observar fatores como a segurança e a proteção ambiental.¹⁰

Diante os múltiplos interesses, que com frequência se contrapõe, alguns questionamentos se apresentam à regulação antes de se obter um posicionamento decisório, destacando-se três questionamentos: “1º) quem ganha e quem perde; 2º) o peso dos custos e dos benefícios para cada grupo; 3º) o tamanho dos grupos envolvidos”.¹¹

Além de ponderar os possíveis resultados decorrentes de sua decisão, as agências reguladoras têm de lidar com outra situação, que é a pressão dos grupos para favorecimento próprio. A tendência a ceder a essas pressões é tanto menor, quanto maior a independência das agências.

Quando não investida de independência, a agência fica exposta à influência política, que pode persuadir na tomada de decisão para favorecimento aos grupos defendidos pelos partidos políticos. Esse cenário expõe o setor regulado à instabilidade, uma vez que mudanças no cenário político podem influenciar na atividade regulatória.

Com o propósito de criar um ambiente estável para o mercado, sinalizando estabilidade e respeito às regras e aos contratos, independentemente do contexto político, em vistas a atrair investimentos privados, o governo brasileiro optou pela criação das agências reguladoras dotadas de independência e corpo técnico especializado, não as subordinando, hierarquicamente, em relação às suas decisões.

Embora não sofra subordinação hierárquica em relação às suas decisões, o mesmo

¹⁰FRÓES, Fernando. Infraestrutura e Serviços Públicos: Princípios da Regulação Geral e Econômica. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 606.

¹¹GHEVENTER, Alexandre. *Autonomia versus Controle: Origens do novo marco regulatório antitruste na América Latina e seus efeitos sobre a democracia*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2005. p. 42.

não ocorre em relação à lei, mas pelo contrário, as agências permanecem vinculadas às pautas estabelecidas pelo legislador, e aos decretos expedidos pelo Presidente da República que regulamentam a lei, e expressam a política pública a ser por elas implementada.

A lei setorial é, normalmente, o ponto inicial de um processo institucionalizado de regulação. A lei e os decretos correspondentes definem as metas e os objetivos das atividades do setor, identificam o órgão responsável encarregado da implementação das diretrizes e descrevem as orientações relativas ao conteúdo e procedimentos na fase da execução das tarefas de regulação.¹²

Para garantia do respeito aos dispositivos legais, é imposto às agências o controle dos seus atos perante o cumprimento da lei e das políticas públicas expressamente definidas em normas legais ou regulamentares. “Uma vez reservada aos Poderes de Estado competência para definir políticas públicas setoriais, será de rigor que o atendimento e cumprimento dessas políticas sejam aferíveis e passíveis de controle por esses entes, sem que isso implique comprometer a independência da agência em definir as políticas regulatórias”.¹³

No mesmo sentido, não fica comprometida a independência da agência pelo controle sobre as decisões que extrapolam sua competência. Ocorre que, não há previsão de um órgão de controle da atuação das agências no Brasil, restando ao Congresso Nacional, diretamente, ou pelo Tribunal de Contas da União o preenchimento dessa função. Em não havendo um sistema de controle estabelecido, mas apenas um preenchimento de função, o Poder Executivo, por vezes, acaba interferindo nas agências, fazendo com que atuem como órgãos dependentes.¹⁴

3 Os limites da atividade normativa

A Constituição Federal, em seu art. 174, prevê expressamente um caso em que é aplicada a noção de regulação: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento,

¹² FRÓES, op. cit., p. 579.

¹³ FERNANDES, Luís Justiniano de Arantes; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *As Agências Reguladoras no Direito Positivo Brasileiro*. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 1087.

¹⁴ FRÓES, op. cit., p. 585.

sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.¹⁵

Ao empregar o termo normativo ao lado de regulador, há posicionamento doutrinário no entende que o dispositivo constitucional deixou os sentidos de legislativo e regulamentar¹⁶ incluídos no normativo, mas não vedou que o regulador pudesse incluir outro sentido de normativo: infralegal e, eventualmente, infrarregulamentar.¹⁷

Quanto aos limites da regulação, entendeu-se que “da mera menção do adjetivo ‘regulador’ pelo texto constitucional não se pode concluir que o órgão assim adjetivado goze de ampla competência normativa, nem, em sentido oposto, que não goze de nenhuma”.¹⁸

Esse tema, dos limites da regulação, não é um tema pacífico, havendo divergências doutrinárias a seu respeito. Nas palavras de Maria Zanella Di Pietro, “o aspecto mais controvertido das agências reguladoras, no direito brasileiro, é o que diz respeito aos limites de sua função reguladora”.¹⁹

Ao se posicionar sobre o tema, a referida autora pondera que o texto constitucional traz a previsão de órgão regulador apenas em relação à ANATEL e à ANP, o que significa que em relação às demais agências, essa delegação estaria sendo feita pela sua lei instituidora e, por isso, a função normativa que exercem não poderia ser maior do que a exercida por qualquer outro órgão administrativo ou entidade da administração indireta, sob pena de inconstitucionalidade, limitando-se à edição de normas que produzam efeitos internos, dirigidos à própria agência, ou normas que se contêm no edital de licitações, sempre baseadas em leis e regulamentos prévios, sendo a competência para regular as leis ou qualquer matéria, privativa do chefe do poder executivo.

Esse argumento é contraposto pelo entendimento de que “o fato de apenas dois casos de órgãos reguladores terem sido mencionados expressamente na Constituição não pode levar a uma interpretação restritiva, no sentido de que apenas aqueles dois possam existir”.²⁰ Além disso, o fato de as duas menções a órgãos reguladores terem sido introduzidas por emendas,

¹⁵BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 jul. 2017.

¹⁶ “Regulamentação, no Brasil, é espécie de ação estatal, envolvendo exercício do poder normativo, de caráter geral e abstrato, inerente à Administração, de competência privativa própria do Presidente da República”. (FERNANDES, op. cit., p.1017.)

¹⁷ FERNANDES, op. cit., p. 1019.

¹⁸ FERNANDES, op. cit., p. 1022.

¹⁹ PIETRO, op. cit., p. 1008.

²⁰ FERNANDES, op. cit., p. 1021.

sugeriria que, em face de uma nova realidade, quis a Constituição estimular o legislador a criar as referidas agências.

Para Alexandre Santos de Aragão, “a necessidade de descentralização normativa, principalmente de natureza técnica, é a razão de ser das entidades reguladoras independentes, ao que podemos acrescentar o fato de a competência normativa, abstrata ou concreta, integrar o próprio conceito de regulação”.²¹

Como se vê o entendimento doutrinário não é pacífico em relação ao tema, havendo divergência doutrinária em relação aos limites da atividade normativa das agências reguladoras, com alguns autores questionando inclusive os limites impostos pela teoria da separação dos poderes, apresentada durante a vigência do Estado liberal, por não ser mais cabível em razão das transformações sociais.

Enquanto o modelo liberal concretizava-se, principalmente, pela codificação de normas jurídicas, levando à sistematização racional de todas as normas em apenas um diploma legal, no modelo de Estado atual, é exigida a especialização em relação a uma diversidade de matérias. Essa mudança decorre do incremento do papel do Estado perante a sociedade, que era mínimo durante o modelo liberal, enquanto o Estado contemporâneo incorporou diversas funções e responsabilidades, e atua sobre as mais diversas áreas.

O pluralismo e complexidade da sociedade, agregados ao número cada vez maior de atividades dotadas de grandes particularidades técnicas a serem, se não prestadas diretamente pelo Estado, por ele reguladas, inviabilizou o ideal liberal oitocentista, racional e formalmente igualitário, de um ordenamento monocêntrico uniforme que, concebido de maneira inteiramente geral e abstrata, abrangesse todas as atividades e atores sociais sem levar em conta as suas particularidades.²²

O processo de mudança na forma de participação do Estado na sociedade trouxe a necessidade de edição de regulamentos especiais a determinados setores e relações jurídicas, para as quais, no modelo liberal, o Estado se abstinha de intervir. Com isso, ao poder executivo foi atribuída a função de detalhamento da lei, requerendo a sua especialização.

Fala-se em “um declínio da lei, com a preponderância da Administração, e a insurgência de políticas públicas concretas, regulamentadas legalmente apenas em seus

²¹ ARAGÃO, op. cit., p. 380.

²² Ibid., p. 379.

aspectos gerais”.²³

O posicionamento pela valorização e fortalecimento do aparelho administrativo é apoiado por outros autores:

(...) o alargamento do papel do Estado na economia corresponde naturalmente uma transformação das instituições políticas e uma evolução do direito, cuja manifestação mais importante é a desvalorização do parlamento e o fortalecimento e proeminência do aparelho administrativo.²⁴

(...) as técnicas das quais o poder legislativo dispõe são totalmente inapropriadas para conduzir uma política conjuntural. (...) As medidas a serem tomadas para a direção da atividade econômica são voltadas para certos setores de atividades, às vezes mesmo a certas empresas, e devem ser essencialmente temporárias. Elas são desenvolvidas a partir de uma série de decisões cotidianas, que são manifestamente insuscetíveis de serem tomadas por uma Assembléia, podendo ser adotadas apenas pelo Executivo.²⁵

Em uma abordagem sobre o sistema presidencialista latino-americano, o autor J. J. Gomes Canotilho faz referência à confusão no sistema de freios e contrapesos desse presidencialismo, provocada por disfunções político-organizativas, conforme exposto a seguir.

Embora com especificidades nos vários estados latino-americanos, o sistema presidencialista destes estados acentua disfunções político-organizativas: (1) os amplos poderes do Presidente, ordinários e extraordinários, derivados do facto de o Presidente ser, ao mesmo tempo, Chefe de Estado e Chefe de Governo, alicerçam uma confusão e concentração de poderes executivos e legislativos (ex.: as medidas provisórias no sistema presidencialista brasileiro); (2) esta confusão e concentração perturba o sistema de *check and balances*, o que conduz à insuficiência notória de controlos institucionais (por parte, por ex., do parlamento ou do poder judiciário sobre os actos presidencialistas).²⁶

Embora apresentados sob ângulos diferentes, os entendimentos dos diversos autores citados conduzem a uma mesma problemática, a tênue separação que há entre as competências dos três poderes, que deveria ser garantida pelo sistema de freios e contrapesos. O que está em contestação não é a separação dos poderes e sua independência, mas uma leitura do direito que responda às mudanças estruturais sociais.

²³ Ibid., p. 64.

²⁴ MOREIRA, Vital. *Administração autônoma e associações públicas*. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 179-180. apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 65.

²⁵ CHANTEBOUT, Bernard. *Droit constitutionnel*. 13 ed. Paris: Armand Colin, 1996. p. 305. apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 65.

²⁶ CANOTILHO, op. cit., p. 588.

Para J. J. Gomes Canotilho, uma compreensão moderna das fontes de direito deve responder às mudanças das estruturas sociais, que demandam modelos de regulação flexíveis, propondo que a atribuição de poderes normativos ao governo administrador não perturba a centralidade estatal da regulação jurídica e serve para descongestionar os órgãos legislativos, transferindo para os órgãos executivos administrativos uma competência mais ou menos ampla de normação jurídica.²⁷

Ainda nesse contexto, destaca ter havido um processo de erosão e relativização do princípio da prevalência ou preferência da lei, argumentando no seguinte sentido:

Quanto à <<escala de dureza das normas>> (Calamandrei), a **força normativa da Constituição** concretizada sobretudo pelo princípio da constitucionalidade e cuja observância é fiscalizada pelos tribunais obriga a considerar o princípio da constitucionalidade como a marca da indiscutível superioridade hierárquica das normas constitucionais. O princípio da legalidade, que pressupunha um conceito unitário de forma e força de lei, acaba por ser objecto de uma tendencial relativização porque, por um lado, surgiram *outros actos com força de lei* (ex.: decretos-lei do Governo e decretos legislativos regionais) e, por outro lado, configuraram-se *actos legislativos com valor reforçado* (ex.: leis reforçadas). Além disso, o princípio da legalidade é substituído pelo princípio da constitucionalidade nos casos em que a constituição serve como <<habilitação>> imediata do agir da administração.²⁸

Apesar da relativização desse princípio, há que se respeitar a reserva de lei, que se refere ao conjunto de matérias, previsto constitucionalmente, que deve ser regulado por lei, não sendo passível de regulação por normas jurídicas provenientes de outras fontes. Não é cabível também, ao legislador, declinar sua competência normativa em favor de outras fontes.

Há que se respeitar também a lei deliberada e aprovada pelo legislativo, que tem superioridade e preferência em relação aos atos infralegais ou administrativos (regulamentos, decretos, portarias, etc.), impondo à administração pública a adoção de medidas necessárias e adequadas ao cumprimento da lei, e proibindo-a a prática de atos contrários à lei.

Deve-se distinguir a reserva da lei absoluta da reserva da lei relativa. Na primeira, a Constituição deve trazer previsão para que determinadas matérias sejam disciplinadas em sua totalidade pela lei, enquanto na segunda, a lei se limita a definir as bases ou o regime jurídico geral, sendo permitido seu desenvolvimento por atos regulamentares diferentes da lei. “Rigorosamente, todas as reservas são <<relativas>> porque deixam aos órgãos

²⁷ Ibid., p. 703.

²⁸ Ibid., p. 723.

concretizadores (administrativos ou jurisdicionais) uma margem maior ou menor de intervenção”.²⁹

Reconhecida essa relativização das reservas da lei, a questão que se coloca é saber em que medida e em que termos a administração observa o princípio da legalidade quando lhe é concedida liberdade para atuação. A resposta a essa questão deve perpassar os dispositivos que conduzem a interpretação normativa.

4 Interpretação e produção de normas jurídicas

A interpretação jurídica, em geral, se socorre de vários elementos, regras e princípios, e, conforme aponta Luiz Roberto Barroso, deve levar em conta “o texto da norma (interpretação gramatical), sua conexão com outras normas (interpretação sistemática), sua finalidade (interpretação teleológica) e aspectos do seu processo de criação (interpretação histórica)”, tendo os elementos de caráter objetivo, como o sistemático e o teleológico, preferência sobre o de caráter subjetivo, como o histórico, por este desempenhar um papel secundário, suplementar em relação ao sentido da norma.³⁰

Da mesma forma, Lenio Luiz Streck pontua haver diferença entre o texto jurídico e o sentido desse texto, sem que o intérprete tenha livre poder para adjudicar os sentidos que melhor lhe convier. Ou seja, entre texto e norma não há uma equivalência e, tampouco, uma total autonomização. Destaca que o texto não deve ser entendido em sua “textitude”, mas em sua “applicatio”, devendo sua interpretação ser protagonizada pelos princípios constitucionais, a fim de diminuir as múltiplas possibilidades de sentidos semânticos.³¹

Há diferença, também, em relação à interpretação constitucional, por compreender um conjunto amplo de particularidades que a singulariza no universo da interpretação jurídica, e faz com que sua interpretação extrapole os limites da argumentação puramente jurídica. “Além das fontes convencionais, como o texto da norma e os precedentes judiciais, o

²⁹ Ibid., p. 728.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação constitucional como interpretação específica. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 91.

³¹ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; _____ (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 76.

intérprete constitucional deverá ter em conta considerações relacionadas à separação dos Poderes, aos valores éticos da sociedade e à moralidade política”.³²

Essas considerações não devem, no entanto, interferir na autonomia do direito, não devendo, por exemplo, a política, a economia ou a moral servir de embasamento para fundamentação da interpretação normativa. Esta deve ter como fundamento argumentos de princípios, decorrentes de um padrão que deve ser observado, não com o fim de assegurar ou promover uma situação econômica, política ou social desejável, mas por uma exigência de justiça ou direito a tratamento equânime ou alguma outra dimensão da moralidade. Chama-se a atenção para o desvio no uso da moral, que tem sido utilizado com pretensões corretivas do direito, trazendo consigo a política e a análise econômica do direito, e, nesse contexto, aponta-se a necessidade da retomada da moral pelo direito.³³

A singularidade para interpretação constitucional não deve ser vista como um poder discricionário para interpretação da norma, o que abriria espaço à arbitrariedade, e a uma interpretação que extrapolaria os limites impostos pela autonomia do direito, criando-se interpretações e regras sem respaldo no ordenamento ou nos limites semânticos.

(...) a autonomia do direito – ou o grau de autonomia atingido pelo direito produzido democraticamente no interior do novo paradigma – não pode, agora, vir a soçobrar diante de uma simplista visão que repristina exatamente o paradigma que sempre buscamos superar: a filosofia da consciência, que conferiu ao sujeito cognitivo uma posição central com respeito à natureza e ao objeto (assim, o direito não seria cognoscível se o sujeito/intérprete que “conhece” não dispusesse de “títulos”, faculdades e intuições *a priori*, capacidades de dar espaço e tempo às coisas, além de organizar a experiência segundo categorias do intelecto). Se assim se pensar, a autonomia será substituída – e esse perigo ronda a democracia o tempo todo – exatamente por aquilo que a gerou: o pragmatismo político-jurídico nos seus mais diversos aspectos, que vem colocando historicamente o direito em permanente “estado de exceção”, o que, ao fim e ao cabo, *representa o próprio declínio do “império do direito”*, problemática que é retroalimentada permanentemente, mormente nos países de tardia modernidade como o Brasil.³⁴

Os princípios instrumentais de interpretação constitucional “constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta. Nenhum deles se encontra expresso na

³²BARROSO, op. cit., p. 92.

³³Ibid., p. 80.

³⁴STRECK, op. cit., p. 81.

Constituição, mas são reconhecidos pacificamente pela doutrina e pela jurisprudência”.³⁵

Além disso, deve-se levar em consideração que a interpretação normativa pode ser dificultada pela edição de leis obscuras ou contraditórias, advindo a necessidade de se observar alguns princípios também durante o processo produção das normas jurídicas. Fala-se de “princípios jurídicos de normação jurídica concretizadores das exigências de determinabilidade, clareza e fiabilidade da ordem jurídica e, conseqüentemente, da segurança jurídica do Estado de direito”³⁶, reconduzindo a duas ideias fundamentais, que assim se apresentam:

A primeira é a da *exigência de clareza das normas* legais, pois de uma lei obscura ou contraditória pode não ser possível, através da interpretação, obter um sentido inequívoco capaz de alicerçar uma solução jurídica para o problema concreto. A segunda aponta para a *exigência de densidade suficiente* na regulamentação legal, pois um acto legislativo (ou um acto normativo em geral) que não contém uma disciplina suficientemente concreta (= densa, determinada) não oferece uma *medida* jurídica capaz de: (1) alicerçar *posições* juridicamente protegidas dos cidadãos; (2) constituir uma *norma de actuação* para a administração; (3) possibilitar, como *norma de controlo*, a fiscalização da legalidade e a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos.³⁷

J. J. Gomes Canotilho aponta um princípio básico que deve reger a produção de normas jurídicas e que prevê que nenhuma fonte pode criar outras fontes com eficácia igual ou superior à dela própria. Apenas pode criar fontes com eficácia inferior. Esse princípio é desdobrado em várias proposições:

(1) nenhuma fonte pode atribuir a outra um valor de que ela própria não dispõe; (2) nenhuma fonte pode atribuir a outra um valor idêntico ao seu; (3) nenhuma fonte pode dispor do seu próprio valor jurídico acrescentando-o ou diminuindo-o; (4) nenhuma fonte pode transferir para actos de outra natureza o seu próprio valor jurídico.³⁸

Quanto aos intérpretes da Constituição, Luis Roberto Barroso aponta que, “em um Estado constitucional de direito, os três poderes interpretam a Constituição”, e as leis e atos normativos expedidos por esses poderes desfrutam de presunção de validade. Isso porque os agentes políticos eleitos estariam investidos de legitimidade, sendo sua atuação fundada sob o dever de promoção do interesse público e respeito aos princípios constitucionais. Adicionalmente, o autor explica que “de fato, a atividade legislativa destina-se, em última

³⁵ BARROSO, op. cit., p. 92.

³⁶ CANOTILHO, op. cit., p. 258.

³⁷ Ibid., p. 258.

³⁸ Ibid., p. 702.

análise, a assegurar os valores e a promover os fins constitucionais. A atividade administrativa, por sua vez, tanto normativa quanto concretizadora, igualmente se subordina à Constituição e destina-se a efetivá-la”.³⁹

Sendo assim, o poder judiciário não seria o único intérprete da Constituição, embora o sistema lhe reserve a palavra final, devendo ter deferência para com a interpretação dada pelos outros poderes, em nome da independência e harmonia dos poderes. Em razão disso, expressa-se o entendimento de que o judiciário não deve declarar a inconstitucionalidade das leis e atos normativos quando:

(i) a inconstitucionalidade não for patente e inequívoca, existindo tese jurídica razoável para preservação da norma; (ii) seja passível decidir a questão por outro fundamento, evitando-se a invalidação de ato de outro Poder; e (iii) existir interpretação alternativa possível que permita afirmar a compatibilidade da norma com a Constituição.⁴⁰

Isso porque, ao praticar atos de execução das leis constitucionais, a administração deve observar o princípio da constitucionalidade imediata da administração, executando as leis constitucionalmente, isto é, interpretando e aplicando as leis de um modo conforme os direitos, liberdades e garantias. Além disso, deve observar o princípio da legalidade, que restringe o poder de atuação da administração ao disposto na lei, não havendo espaço para atuar como um poder jurídico livre da lei.

Além disso, ao presidente da República é atribuída a competência para expedir decretos e regulamentos para a fiel execução da lei, conforme disposto no art. 84, IV, da Constituição Federal. Em relação a esse dispositivo, dispõe-se que o presidente da República está autorizado a expedir regulamentos de execução em relação a todas as leis, independentemente de inserção, nelas, de disposição que autorize emanção deles, cabendo a esse ato normativo do poder executivo desenvolver a lei.⁴¹

Deve haver, no entanto, uma diferenciação entre o fundamento constitucional dos regulamentos e o fundamento jurídico-constitucional dos actos legislativos (actos primários).

O sistema jurídico-constitucional dos actos legislativos assenta no princípio da tipicidade (é, pois, um “sistema fechado”), ao passo que o regime jurídico

³⁹ BARROSO, op. cit., p. 93.

⁴⁰ Ibid., p. 93.

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.394-8 Amazonas. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=541505>>. Acesso em: 30/07/2017.

do poder regulamentar é compatível com um *sistema aberto* em que o legislador, nos quadros da constituição, tem a possibilidade de atribuir e modelar poderes regulamentares (é o que acontece, hoje, por exemplo, em relação aos poderes regulamentares das entidades administrativas independentes).⁴²

Não pode também o regulamento contrariar a lei, tendo esta absoluta prioridade sobre aquele, sendo inconcebível ao regulamento modificar, suspender ou revogar uma lei. Tampouco é cabível ao regulamento preceder à lei. As matérias devem primeiro ser reguladas por lei, para só então ser possível o exercício do poder regulamentar, que deve ter fundamento numa lei prévia anterior.

J. J. Gomes Canotilho apresenta o entendimento de que vem sendo defendido nos dias de hoje o “princípio da legalidade típico do *Estado administrativo*: ele exige apenas a observância do princípio de preferência da lei e do princípio da reserva de lei nos casos em que esta é constitucionalmente imposta”⁴³, para além disso, a própria constituição já legitimaria o governo para exercer atividade normativa autônoma ao caracterizá-lo como órgão com poderes normativos e com poderes de direção política. Apesar desse entendimento, o mesmo autor suscita haver alguns pontos que lhe parecem incontornáveis:

Em primeiro lugar, a edição de regulamentos normativos primariamente fundados na constituição pode representar a acentuação da governamentalização da forma de governo, subtraindo ao parlamento a fiscalização de <<actos com valor paralegislativo>>. Em segundo lugar, mesmo que não se exijam autorizações legislativas caso a caso, impor-se-á a existência de uma lei a conferir competência regulamentar para a prossecução dos objectivos fixados na Constituição (ou na própria lei).⁴⁴

Outra questão que se coloca é em relação às agências reguladoras dotadas de poder normativo. Questiona-se se estas entidades podem exercer uma competência regulamentar de execução direta da lei que traduza numa intervenção substitutiva da competência constitucional do governo ou das assembleias legislativas regionais.

Em relação à essa questão, expõe-se o entendimento de que as leis atributivas de poder normativo às agências reguladoras possuem baixa densidade normativa, “conferindo ao ente regulador normatizar a matéria com base em conhecimentos técnico específicos sobre o setor regulado, sem sofrer a ingerência política em sua formulação, que é característica da

⁴² CANOTILHO, op. cit., p. 834.

⁴³ Ibid., p. 840-841.

⁴⁴ Ibid., p. 840-841.

atividade legislativa.”⁴⁵

Apresenta-se como delineamento da parcela de poder normativo inerente à regulação, competência para:

(a) tratar de assuntos *interna corporis* do órgão regulador; (b) explicitar conceitos e definir parâmetros técnicos aplicáveis à matéria regulada; e (c) editar atos infralegais e – nos casos em que couber regulamento – infrarregulamentares visando a disciplinar detalhes de sua atividade, concretizando, assim, a previsão de normas superiores.⁴⁶

Tomando-se os entendimentos doutrinários apresentados sobre o tema do poder normativo das agências reguladoras, tem-se uma noção de sua complexidade, observando-se não haver consenso doutrinário a seu respeito.

A fim de exemplificar uma situação concreta em relação à controvérsia que se instaura sobre o tema, apresenta-se o caso de um dispositivo normativo da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq, em que se questiona sua legalidade.

5 Caso: Questionamento sobre a legalidade de dispositivo normativo da Antaq

O dispositivo normativo da Antaq, que veio a ser questionado, recentemente, pelo judiciário, se refere ao art. 36, da Resolução nº 2.240/2011-ANTAQ, que prevê a possibilidade de realização de processo de seleção simplificada para a celebração de contrato de uso temporário de área portuária, quando houver mais de um interessado.

Art. 36. A Administração do Porto poderá pactuar com o interessado na movimentação de cargas não consolidadas no porto, ou com o detentor de titularidade de contrato para atendimento de plataformas offshore, o uso temporário de áreas e instalações portuárias, localizadas dentro da poligonal do Porto Organizado, sem exclusividade, mediante o pagamento das tarifas portuárias pertinentes, inclusive aquela relativa à área disponibilizada.

Parágrafo único. Ocorrendo, por hipótese, mais de um interessado na utilização de áreas e instalações portuárias na forma de que trata o caput e inexistindo disponibilidade física para alocá-los concomitantemente, a Administração do Porto deverá promover processo de seleção simplificada,

⁴⁵ FERNANDES, op. cit., p. 1023.

⁴⁶ Ibid., p. 1023.

assegurada sua isonomia e impessoalidade, para escolha do projeto que melhor atenda o interesse público e do porto.⁴⁷

Anterior à análise judicial suscitada em 2014, em 2013, a questão foi analisada pelo Tribunal de Contas da União, em decorrência de representação formulada pela Secretaria de Controle Externo em Alagoas, devido à possível concessão irregular de uso de área portuária no Porto de Maceió. O Tribunal de Contas da União instruiu o processo TC 046.138/2012-9.

Relata-se que, em 22 de dezembro de 2011, o Porto de Maceió cedeu área de 26.500 m² à empresa Jaraguá Equipamentos Industriais Ltda, sem prévio procedimento licitatório, não observando o caput do art. 2º, c/c inciso I do art. 4º da lei 8.630/1993 e o caput do art. 2º da Lei 8.666/1993.

Em análise técnica pelo TCU, argumentou-se que o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, prevê a contratação mediante processo de licitação.

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:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.⁴⁸

Em complemento, dispõe que o art. 2º, caput, da lei nº 8.666, que regulamenta o art. 37 da Constituição, trata a contratação sem licitação como uma exceção, dependente de autorização legislativa.

Art. 2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.⁴⁹

⁴⁷BRASIL. Resolução 2240-ANTAQ, de 4 de outubro de 2011. Aprova a norma que regula a exploração de áreas e instalações portuárias sob gestão das administrações portuárias no âmbito dos portos organizados. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Brasília, DF. Disponível em: <<http://sophia.antaq.gov.br/index.html>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

⁴⁸BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, op. cit.

⁴⁹BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Planalto.

No tocante à temática portuária, destaca que à época da edição da Resolução nº 2.240/2011, o normativo que disciplinava o setor era a lei 8.630/1993, que previa, em seu art. 1º que caberia à União explorar, diretamente ou mediante concessão, o porto organizado. Somente não caberia licitação no caso de o interessado ser titular do domínio útil do terreno, conforme disposto no art. 4º, inciso II da Lei.

Atenta, ainda, que a edição da Resolução 2.240/2011 é anterior à Medida Provisória 595/2012, posteriormente convertida na lei 12.815/2013, e que esta última sequer mencionou a figura do contrato de uso temporário, criada pelo normativo da Antaq, não lhe dando suporte legal, mas, pelo contrário, previu a exigência de licitação para a celebração de contratos de concessão e arrendamento de áreas portuárias.

Conclui-se, por conseguinte, que se nem a lei nº 8.666/1993, nem outra lei que dispõe sobre normas gerais para contratações, mencionaram como exceção à regra de licitação a celebração de ajuste para a hipótese prevista no art. 36, caput, da Resolução nº 2240/2011-Antaq, norma infralegal não poderia vir a fazê-lo. Logo, a celebração de contrato de uso temporário de área portuária no interior do porto organizado violaria o art. 37, XXI, da Constituição Federal, c/c o caput do art. 2º, da lei 8.666/1993, o art. 4º, inciso I, da antiga lei 8.630/1993, vigente à época da publicação da Resolução, e os arts. 1º, § 1º, e 4º, caput, da MP 595/2012.

A conclusão da equipe técnica do TCU não foi corroborada pelos ministros daquela Corte, proferindo-se acórdão contrário ao entendimento exposto, fundamentando-se sob o argumento de que a modalidade de uso temporário difere da concessão, permissão, autorização e arrendamento.

Apesar do contrato de uso temporário não estar previsto na lei nº 8.630/1993 ou na de nº 12.815/2013, proferiu-se o entendimento de que se tratava de atividade econômica e não de serviço público, por conceituar a atividade distinta do arrendamento ao considerar que as áreas seriam exploradas por empresas, para as suas específicas atividades empresariais.

Sob essa perspectiva, fundamenta que as coisas da administração dos portos devem ser vistas não pelas lentes do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, mas pelo capítulo

constitucional que lhe é específico e condizente: o capítulo I do título VII, ou seja, Dos Princípios Gerais da Ordem Econômica.

Outro ponto abordado é o da diferenciação entre a administração de bens imóveis públicos ociosos para fins meramente arrecadatórios ou para simples destinação por força da mencionada ociosidade, e o uso de bens imóveis públicos para as atividades de incentivo e planejamento da atividade econômica, fazendo referência ao art. 174 da Constituição.

Por fim, invoca o art. 27, inciso IV da lei nº 10.233/2011 (lei de criação da Antaq) combinado com o art. 7º da Lei nº 12.815/2013, para concluir que a Resolução nº 2.240/2011-Antaq não inova primariamente no ordenamento, mas apenas disciplina o uso provisório, em caráter excepcional, por qualquer interessado, de instalações portuárias arrendadas ou concedidas.

Lei nº 10.233/2011.

Art. 27. Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação:

IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores.⁵⁰

Lei nº 12.815/2013.

Art. 7º. A Antaq poderá disciplinar a utilização em caráter excepcional, por qualquer interessado, de instalações portuárias arrendadas ou exploradas pela concessionária, assegurada a remuneração adequada ao titular do contrato.⁵¹

Posterior à análise do caso pelo TCU, a mesma matéria foi objeto de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal, em face da Antaq, objetivando a declaração da nulidade dos artigos 2º, inciso VIII e art. 36 a 47 da Resolução nº 2.240/2011-Antaq.

O pedido fundamentou-se sob a alegação de que a referida Resolução criou forma de contratação com o poder público mediante processo de seleção simplificada, ou seja, sem prévia licitação, violando o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, bem como o art. 2º da lei nº 8.666/93 e os artigos 1º, 4º e 8º da Lei nº 12.815/13. Sustenta, ainda, que a Antaq não

⁵⁰BRASIL. Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e dá outras providências. Planalto. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm>. Acesso em: 22 jan. 2017.

⁵¹BRASIL. Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários e dá outras providências. Planalto. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm>. Acesso em: 22 jan. 2017.

tem poder para delegar à administração dos portos a realização de processos seletivos simplificados.

Em seu julgamento, o poder judiciário afastou o entendimento de que a atividade abrangida pelo contrato de uso temporário seria de exploração de atividade econômica, sobre a qual não incidiria o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal.

Deu razão ao MPF ao afirmar que o simples caráter temporário do contrato de uso não desconstituiria sua natureza jurídica de arrendamento de área portuária, e, em se tratando de contrato administrativo de arrendamento, estaria submetido ao regime jurídico de direito público, devendo ser celebrado sempre por meio de processo licitatório, conforme previsto na lei.

Não desconheceu o fato de haver uma discricionariedade técnica no poder normativo das agências reguladoras, que, mediante delegação expressa conferida por lei, lhes atribuem competência para editar resoluções técnicas para regulamentar a questão.

No entanto, entende que os dispositivos impugnados da Resolução nº 2.240/2011 não cuidam de matéria técnica, mas de tema de teoria geral do direito administrativo, qual seja, contrato e licitação, não havendo discricionariedade técnica para regulamentar o assunto. Indo além, ressalta que os dispositivos em questão não só regulamentaram matéria que não fosse técnica, como regulamentaram matéria expressamente contrária à lei, que preconiza a obrigatoriedade de processo licitatório para o caso em questão, bem como não prevê a hipótese de contrato de uso temporário.

A Justiça Federal, concluiu que o poder normativo da agência reguladora nunca pode exceder seus limites legais, a ponto de inovar no ordenamento jurídico e contrariar texto legal expresso, devendo se ater à finalidade de especificar a lei, e regulamentar dados técnicos.

Em relação a esse tema, cumpre lembrar que a lei 8630/1993 foi publicada no contexto de privatização das empresas estatais e desestatização da economia, que ocorria no Brasil, sendo incorporada a essa lei a ideia de retração da oferta de serviços operacionais pela autoridade portuária, reservando-a a posição de gestor.

O inciso IX, do art. 7º, do Decreto 6620/2008, que regulamentava a respectiva lei, formalizou esse entendimento ao prever, dentre as diretrizes gerais aplicáveis ao setor

portuário o estímulo à participação do setor privado nas concessões, nos arrendamentos portuários e nos terminais de uso privativo.

O mesmo decreto previu o uso de áreas portuárias submetidas a contrato de arrendamento e, também, áreas destinadas aos operadores portuários que não dispunham de arrendamentos.

Art. 25. O plano de desenvolvimento e zoneamento individualizará as instalações suscetíveis de arrendamento, com vistas à sua inclusão no programa de arrendamento de instalações portuárias, devendo integrar o plano geral de outorgas.

§ 1º A administração do porto submeterá o programa de arrendamento de instalações portuárias à ANTAQ, que o incorporará ao plano geral de outorgas, de acordo com o respectivo plano de desenvolvimento e zoneamento, com a indicação das cargas a serem movimentadas e das áreas destinadas aos operadores portuários que não dispõem de arrendamentos.⁵²

Sem adentrar ao dispositivo da lei 12815/2013, posterior à publicação da Resolução 2240/2011, em análise, observa-se que o próprio decreto nº 6620/2008 previa a exploração de áreas, sem contrato de arrendamento. Entende-se que a forma como essa exploração ocorre é bem diferente daquela na área arrendada, não havendo exclusividade ao operador portuário, que deve compartilhar a área com possíveis operadores interessados, ressalva-se que isso só é possível a depender do tipo de carga movimentada, e da compatibilidade com a carga a ser transportada por outro operador interessado.

Assim, mesmo a área utilizada sem exclusividade pode ser excludente a outro operador, quando houver incompatibilidade de carga movimentada. Nesse caso, o segundo operador deve buscar outra área para movimentar sua mercadoria, ou movimentá-la em um momento posterior, quando o primeiro operador não esteja mais utilizando a área.

A exploração sob essa forma, não exclusiva, tende a ocorrer quando não se trata de cargas movimentadas continuamente, podendo se tratar de uma carga sazonal ou de uma carga que não tem movimentação naquele porto, para a qual, a Resolução-Antaq 2240 havia

⁵²BRASIL. Decreto nº 6620, de 29 de outubro de 2008. Dispõe sobre políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e terminais portuários de competência da Secretaria Especial de Portos da Presidência da República, disciplina a concessão de portos, o arrendamento e a autorização de instalações portuárias marítimas, e dá outras providências. Planalto. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/D6620.htmmimpressao.htm. Acesso em: 31 jul. 2017.

dado a denominação de carga não consolidada. Foi para esse tipo de carga, não consolidada, que foi pensada a figura do contrato de uso temporário.

Diante essas considerações, conclui-se que a diferença entre o disposto no Decreto 6620/2008 e o disposto na Resolução-Antaq 2240/2011 não se refere à realização de procedimento licitatório, mas à celebração de um contrato, uma vez que o Decreto não fala na figura do contrato para a formalização do uso das áreas não arrendadas pelos operadores portuários, enquanto a Resolução-Antaq prevê a celebração desse instrumento para a formalização do uso da área.

CONCLUSÃO

A figura das agências reguladoras, da forma como conhecida atualmente, surge em um momento de mudanças na forma da organização administrativa do Estado. Tomada a decisão pela desestatização da economia, com a privatização de empresas estatais, viu-se a necessidade em regular os serviços transferidos ao setor privado, a fim de garantir a oferta de serviços com qualidade, a preços módicos, e sem restrições de grupos sociais ou regionais, em busca à promoção dos direitos e garantias fundamentais, previstos constitucionalmente.

Para o exercício de suas atribuições, essas entidades foram dotadas de independência, sob o ideal de que seriam menos vulneráveis às influências políticas, proporcionando maior estabilidade ao setor regulado, a suas regras e contratos. Foram também investidas da competência para expedir normas e regulamentos para as atividades sob sua esfera de atuação.

Destaca-se que a independência a elas investida, não as desvincula das leis estabelecidas pelo legislador e dos decretos expedidos pelo Presidente da República, mas ao contrário, estão a elas subordinadas, devendo sua competência normativa ser desenvolvida sob os limites dessas leis e decretos. Esses limites, no entanto, não são tão claramente definidos, sendo objeto de controvérsias pela doutrina.

Há autores que entendem que os limites à normatização pelas agências reguladoras paira nas normas que produzam efeitos internos, dirigidos à própria agência. Outros já entendem que a descentralização normativa é a razão de ser das agências, integrando o próprio conceito de regulação. Há quem ressalte ainda a valorização e fortalecimento do

aparelho administrativo, propondo que o legislativo deve se ater a estabelecer normas gerais, cabendo à administração seu detalhamento.

Em meio às controvérsias doutrinárias em relação aos limites do poder normativo das agências reguladoras, não é questionada a superioridade e preferência da lei em relação aos atos infralegais ou administrativos, devendo as normatizações expedidas pelas agências reguladoras respeitar essa superioridade da lei.

Outro aspecto que pode gerar conflitos para a definição dos limites dos atos normativos é o que se refere à interpretação jurídica. Esta deve levar em conta a conexão com outras normas e suas finalidades, além do texto da norma (interpretação gramatical) e seus aspectos de criação, tendo os dois primeiros elementos preferência sobre os demais.

Da mesma forma, pode haver diferença entre o texto jurídico e o sentido desse texto, não devendo a interpretação se ater aos elementos meramente gramaticais, mas também levar em conta sua aplicação, além da interpretação pelos princípios constitucionais, a fim de diminuir as possibilidades de sentidos.

Ressalta-se, ainda, que não deve a política, a economia ou a moral servir de embasamento para fundamentação da interpretação normativa, devendo esta se embasar em argumentos de princípios, não com o fim de assegurar ou promover uma situação econômica, política ou social desejável, mas por uma exigência de justiça ou direito a tratamento equânime ou outra dimensão da moralidade.

Para ilustrar um caso de normatização produzida por agência reguladora, toma-se como modelo o art. 36 da Resolução-Antaq 2240/2011, analisado pelo TCU e questionado perante a justiça federal, por possível violação a dispositivo legal, por prever a possibilidade de realização de processo de seleção simplificada para a celebração de contrato de uso temporário de área portuária, quando houver mais de um interessado.

Na decisão proferida pela justiça federal entendeu-se que o caráter temporário do contrato de uso de área portuária não desconstituiria sua natureza jurídica de arrendamento, devendo sua celebração ser precedida de processo licitatório, conforme previsto na lei 8666/1993.

Além disso, expõe que os dispositivos impugnados da Resolução em questão não cuidavam de matéria técnica, mas de tema de teoria geral do direito administrativo, qual seja, contrato e licitação, não havendo discricionariedade técnica para regular o assunto. Somado a isso, destaca tratar-se de regulamento contrário à lei 8666/1993, que preconiza a obrigatoriedade de processos licitatórios para o caso em análise, bem como não prevê a figura do contrato de uso temporário.

Considerando o entendimento de que a interpretação normativa deve levar em conta a aplicação da norma, não se atendo exclusivamente ao texto, destaca-se que o Decreto 6620/2008, que regulamentava a lei dos portos, vigente quando da publicação da Resolução-Antaq 2240/2011, previa o uso de áreas portuárias mediante a celebração de contrato de arrendamento, bem como a destinação de áreas a operadores portuários que não dispusessem de arrendamentos.

Com relação a esse tópico, tem-se dentre os critérios que diferenciam as duas situações a exclusividade ou não no uso da área. Enquanto o arrendatário tem a exclusividade no uso da área, o operador portuário não arrendatário não tem essa exclusividade, podendo outro operador, interessado na mesma área, pleitear seu uso, simultaneamente.

Mesmo a área utilizada sem exclusividade pode ser excludente a outro operador, quando houver incompatibilidade de carga movimentada. Nesse caso, o segundo operador deve buscar outra área para movimentar sua mercadoria, ou movimentá-la em um momento posterior, quando o primeiro operador não esteja mais utilizando a área.

Como visto, brevemente, a questão da exploração de área portuária não se apresenta de forma tão simplificada quando aparenta, envolvendo fatores de mercado, características da operação e da mercadoria, que devem ser considerados quando do exercício da atividade da interpretação normativa.

Não foi desenvolvido nesse trabalho uma teoria sobre a legalidade ou não do dispositivo questionado, mas destaca-se a importância de não se ater aos elementos estritamente gramaticais da norma.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Teoria da Regulação. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1012-1031.

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

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação constitucional como interpretação específica. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 91-96.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 jul. 2017.

BRASIL. Decreto nº 6620, de 29 de outubro de 2008. Dispõe sobre políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e terminais portuários de competência da Secretaria Especial de Portos da Presidência da República, disciplina a concessão de portos, o arrendamento e a autorização de instalações portuárias marítimas, e dá outras providências. Planalto. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/D6620.htmimpressao.htm. Acesso em: 31 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Planalto. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 22 jan. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e dá outras providências. Planalto. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm>. Acesso em: 22 jan. 2017.

BRASIL. Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários e dá outras providências. Planalto. Brasília, DF. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm>. Acesso em: 22 jan. 2017.

BRASIL. Poder Judiciário, Justiça Federal. AÇÃO CIVIL PÚBLICA n.º 0006647-60.2014.4.02.5001 (2014.50.01.006647-6). Partes: Ministério Público Federal, Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Juiz Federal R. Aylton Bonomo Junior. Vitória - ES. 2016.

BRASIL. Resolução 2240-ANTAQ, de 4 de outubro de 2011. Aprova a norma que regula a exploração de áreas e instalações portuárias sob gestão das administrações portuárias no âmbito dos portos organizados. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Brasília, DF. Disponível em: < <http://sophia.antaq.gov.br/index.html> >. Acesso em: 22 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.394-8 Amazonas. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=541505> >. Acesso em: 30/07/2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Uso temporário de áreas em portos organizados. Supostas inconstitucionalidade e ilegalidade por ausência de licitação. TC 046.138/2012-9. Partes: Companhia Docas do Rio Grande do Norte. Secretaria de Controle Externo em Alagoas. Relator: Aroldo Cedraz. Brasília, DF. 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra-Portugal: Almedina, 1941.

FERNANDES, Luís Justiniano de Arantes; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. As Agências Reguladoras no Direito Positivo Brasileiro. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1082-1134.

FRÓES, Fernando. Infraestrutura e Serviços Públicos: Princípios da Regulação Geral e Econômica. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 576-664.

GHEVENTER, Alexandre. **Autonomia versus Controle: Origens do novo marco regulatório antitruste na América Latina e seus efeitos sobre a democracia**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2005. p. 21-56.

QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista. A Socialização da

Economia. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 941-969.

QUEIROZ, João Eduardo Lopes. Principais Aspectos Jurídicos da Privatização. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 970-1011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; _____ (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 75-90.

TAVARES, André Ramos. O Direito Administrativo do Estado Mínimo. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 81-98.