

Escolha regulatória, controle judicial e a nova LINDB*

Regulatory choice, judicial review and the new Brazilian interpretation law

Rômulo Guilherme Leitão**

Alessandro Samartin de Gouveia***

RESUMO

Este artigo trata da escolha regulatória e do controle pelo Judiciário dos atos dela decorrentes à luz da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). O objetivo geral é verificar como deve se pautar o julgador na discussão da validade de atos normativos da agência reguladora em processos comuns e, para esse fim, analisa-se o poder regulatório da agência no Brasil, a escolha regulatória como categoria jurídica singular,

* Artigo recebido em 22 de fevereiro de 2019 e aprovado em 3 de abril de 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v278.2019.80051>

** Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil. E-mail: romuloleitao@unifor.br. Professor do PPGD em Direito da Universidade de Fortaleza (Unifor).

*** Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil. E-mail: alessandro.samartin@edu.unifor.br. Mestrando em direito constitucional pela Unifor, em Minter com o Ciesa, promotor de justiça no Estado do Amazonas.

sua competência normativa e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, especialmente as ADIs nº 4.874 e 5.906; examina-se, ainda, a legalidade como princípio constitucional construído a partir de sua evolução, sua crise e sua definição na Constituição de 1988; e, por fim, investiga-se o controle judicial dos atos normativos consequentes de escolhas regulatórias, em hipóteses de controle concentrado e difuso de constitucionalidade, sendo este último o ambiente em que os arts. 20, 21, 23, 24 e 27 da Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, encontram melhor espaço para suas aplicações.

PALAVRAS-CHAVE

Escolha regulatória — ato normativo — agência reguladora — controle judicial — LINDB

ABSTRACT

This article deals with the regulatory choice and the Brazilian system of judicial review of the acts arising therefrom in light of the new Brazilian law's interpretation (LINDB). The general objective is to verify how the judge should be guided in the discussion of the validity of regulatory acts of the regulatory agency in common proceedings and, for this purpose, the regulatory power of the agency in Brazil is analyzed, the regulatory choice as a unique legal category, its regulatory competence and the position of the Federal Supreme Court on the matter, especially the ADIs no. 4.874 and 5.906; it also examines legality as a constitutional principle built on its evolution, its crisis and its definition in the 1988 Constitution; and, finally, it investigates the judicial review of normative acts resulting from regulatory choices, in cases of concentrated and diffuse judicial review of constitutionality, the latter being the environment in which Articles 20, 21, 23, 24 and 27 of Law No. 13.655, of April 25, 2018, find better space for its applications.

KEYWORDS

Regulatory choice — regulatory act — regulatory agency — judicial review — LINDB (Brazilian law's interpretation)

1. Introdução

Este artigo trata da escolha regulatória e do controle pelo Judiciário dos atos dela decorrentes à luz da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Há anos que se discute o poder normativo das agências reguladoras no Brasil e, em especial, o controle desses atos pelo Poder Judiciário. Com a entrada em vigor da Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, modificando a Lei de Introdução ao Código Civil, inseriram-se novos artigos e paradigmas sobre o controle judicial de atos administrativos.

O objetivo deste estudo é verificar como deve se pautar o julgador em casos que discutam a validade de atos normativos das agências reguladoras em processos judiciais subjetivos e concretos, e, para alcançar esse desiderato, analisa-se primeiramente o poder regulatório das agências reguladoras no Brasil, a escolha regulatória como categoria jurídica singular e distinta da escolha discricionária, a competência normativa das agências reguladoras e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, especialmente as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 4.874 e 5.906.

Num segundo momento, examina-se a legalidade como princípio constitucional na Constituição de 1988, apresentando o conceito de legalidade como princípio na Constituição de 1988 a partir de um construído evolutivo decorrente do sistema legalitário e de sua crise. Por fim, investiga-se o controle judicial dos atos administrativos normativos consequentes de escolhas regulatórias, apresentando os cenários desse controle em processo concentrado ou difuso de constitucionalidade, concentrando a atenção neste último, no qual a análise dos efeitos jurídicos dos arts. 20, 21, 23, 24 e 27 da LINDB é mais propícia.

A pesquisa é desenvolvida, portanto, a partir de método hipotético-dedutivo em que são examinadas fontes documentais legais, doutrinárias e jurisprudenciais, permitindo que se apresentem resultados interessantes sobre os contornos que se destacam no novo panorama normativo do direito brasileiro quanto ao controle dos atos normativos das agências reguladoras no Brasil.

Desta forma, contribui-se para o debate acadêmico jurídico acerca dos novos conceitos do direito administrativo regulatório, como da anulação dos atos administrativos decorrentes da escolha regulatória sob o prisma dos novos dispositivos legais inseridos na LINDB para o julgamento de atos normativos administrativos das agências reguladoras em processos judiciais

comuns, subjetivos e concretos, distintos daqueles em que se realiza o controle concentrado, objetivo e abstrato, desses atos.

O resultado demonstra que houve uma real preocupação do legislador com o fenômeno do hipercontrole judicial, de sorte que os dispositivos adicionados à antiga Lei de Introdução ao Código Civil deram a essa lei um caráter ainda mais geral, elevando-a ao *status* de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Como consequência, foram lançados novos conceitos sobre a atuação do Judiciário no controle dos atos administrativos em geral, exigindo-se do julgador novas obrigações que o aproximam do administrador, especialmente quanto às consequências da anulação desses atos, a vedação de anulá-los pela simples mudança de entendimento geral vigente à época da produção do ato etc., todos com a evidente finalidade de garantir uma maior previsibilidade dos julgamentos e maior segurança jurídica. Entretanto, alguns dispositivos apresentam conceitos indeterminados dando margem à insegurança jurídica.

2. O poder regulatório das agências reguladoras no Brasil

As agências reguladoras no Brasil, mesmo inspiradas nas norte-americanas, possuem características e regramentos muito próprios. Não se buscará repisar a história das agências nem no Brasil ou nos EUA, bastando apenas pontuar que elas inauguram, na década de 1990, um modelo de desestatização de alguns serviços públicos brasileiros; enquanto nos EUA elas surgem como forma de intervenção estatal em serviços privados.¹ De logo, percebe-se que elas podem até ser parecidas, mas não possuem as similitudes que se imaginam. Assim, como forma de apresentar uma das diferenças existentes entre elas, pretende-se discutir o poder regulatório das agências reguladoras no Brasil, buscando compreender suas idiossincrasias.

O exame do poder regulatório das agências reguladoras deve considerar as particularidades do ordenamento jurídico nacional na construção de seu modelo de regulação, sob pena de se incorrer no problema do sincretismo do direito regulatório destacado por José Vicente Santos de Mendonça,² ou

¹ GUERRA, Sérgio. Aperfeiçoando a regulação brasileira por agências: quais lições podem ser extraídas do sesquicentenário modelo norte-americano? In: GUERRA, Sérgio (Org.). *Teoria do estado regulador*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 97.

² MENDONÇA, José Vicente Santos de. As fases do estudo sobre regulação da economia na sensibilidade jurídica brasileira. *Revista Opinião Jurídica*, v. 13, n. 17, p. 284-301, 2015. p. 286.

ainda naquele descrito por Virgílio Afonso da Silva,³ em que se misturam conceitos e teorias às vezes conflitantes como se fossem complementares ou congruentes. Cabe, então, alinhar que regulação e regulamentação não são sinônimos, como bem lembra Marçal Justen Filho,⁴ pois regulação pressupõe a intervenção do Estado nas atividades econômicas e sociais, enquanto a regulamentação pode, algumas das vezes, ser fruto de regulação.

Nesta perspectiva, quando se pensa em intervenção estatal social ou econômica, imagina-se essa intervenção como necessária a satisfazer algum interesse público e essa atuação estatal pode se dar, sob o enfoque da Constituição de 1988, de forma preferencialmente indireta e excepcionalmente direta.⁵ Considerando que o presente estudo cinge-se às agências reguladoras — entidades estatais criadas para regular as atividades econômicas por meio de fiscalização, planejamento ou incentivo —, símbolos contundentes de regulação na pós-modernidade, enfrentam-se algumas das questões tratadas por José Vicente Santos de Mendonça,⁶ em seu artigo sobre as fases do estudo sobre regulação econômica e sensibilidade jurídica brasileira, atinentes i) ao poder normativo ou competência normativa⁷ das agências reguladoras⁸ e também ii) à escolha regulatória construída por Sérgio Guerra.⁹

Antes, é importante assentar que no Brasil a competência normativa do Executivo e, por conseguinte, das agências reguladoras é completamente diferente daquele vivenciado pelas agências estadunidenses. Diferente da Constituição norte-americana, a brasileira foi muito mais analítica na delimitação das competências legislativas e, por conseguinte, regulamentares. Enquanto na realidade estadunidense, como bem pontua Sérgio Guerra,¹⁰ não

³ SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 135-136.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 585.

⁵ POMPEU, Gina Vidal Marcílio; PONTES, Rosa Oliveira de. Estado, mercado e eficiência regulatória para os negócios: reflexão a partir dos dados do relatório Doing Business 2017. *Revista Argumentum — RA*, v. 19, n. 2, p. 357-379, maio/ago. 2018. p. 363.

⁶ José Vicente Santos de Mendonça, *As fases do estudo sobre regulação da economia na sensibilidade jurídica brasileira*, op. cit.

⁷ Para este trabalho o conceito de competência normativa é o firmado por Marçal Justen Filho, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 114, isto é, aquele conferido ao Estado de produzir normas que regulam a vida das pessoas em suas relações interpessoais e, portanto, seria gênero do qual decorrem as espécies de competências legislativa e regulamentar.

⁸ José Vicente Santos de Mendonça, *As fases do estudo sobre regulação da economia na sensibilidade jurídica brasileira*, op. cit., p. 290.

⁹ GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e flexibilidade: uma teoria sobre as escolhas administrativas*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

¹⁰ Sérgio Guerra, *Aperfeiçoando a regulação brasileira por agências*, op. cit., p. 59.

há definição constitucional sobre essas competências — “até mesmo porque os pais fundadores não imaginavam que a máquina administrativa americana um dia teria milhares de agentes exercendo uma variada gama de atribuições estatais” —, na experiência nacional a delegação da atuação normativa é rigorosamente definida pelo constituinte. Entretanto, mesmo sendo o modelo norte-americano caracterizado pela delegação feita diretamente pela lei e não pela Constituição, isso não representa uma possibilidade de transferência total da função normativa, como bem esclarece Sérgio Guerra:¹¹

A Suprema Corte vem deixando bem vincado, ao longo dos tempos, que as leis ao conferir função normativa às agências não podem, simplesmente, representar um cheque em branco (*too vague*); devem conter *standards* e princípios claros (*intelligible principle*) que guiem as ações das agências. A inobservância dessa *judicial rule* representaria que o Congresso teria abdicado suas funções constitucionais.

Portanto, no primeiro subtítulo estudam-se os fenômenos jurídicos relacionados com a escolha regulatória, como categoria jurídica distinta e própria da regulação; no segundo, a competência regulamentar exercida pelas agências reguladoras no Brasil; e, no último, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n^{os} 4.874 e 5.906, ajuizadas no Supremo Tribunal Federal, e cujos núcleos de seus objetos são exatamente a competência normativa das agências reguladoras.

2.1 Escolha regulatória

A escolha regulatória é uma categoria jurídica apresentada por Sérgio Guerra¹² em obra na qual se busca construir uma ponte para a superação dos limites apresentados pela doutrina nacional à regulação. Assim, a escolha regulatória seria resultado de competências técnicas dos agentes reguladores diferentes das escolhas discricionárias da administração pública, uma vez que o núcleo da escolha não está fincado em conveniência e oportunidade, mas numa decisão técnica mais próxima da realidade, construída a partir

¹¹ Ibid., p. 61.

¹² GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e flexibilidade*, op. cit.

de processo de participação importante daqueles interessados ou afetados pelos resultados da regulação. Apesar de este estudo não ter a pretensão de aprofundar as teses apontadas por Sérgio Guerra, algumas de suas conclusões serão discutidas como forma de aprimorar o debate sobre esse tema, abrindo portas para a compreensão não apenas dos fenômenos jurídicos da regulação e da regulamentação, mas também para os limites de seu controle pelo Judiciário, especialmente a partir da nova LINDB.¹³

O debate sobre regulação, no Brasil, ganha corpo e espaço na doutrina a partir da privatização de serviços públicos anteriormente executados pelo próprio Estado e a criação das agências reguladoras na década de 1990. Apesar disso, como anota Calixto Salomão Filho, “jamais houve tentativa de formulação de uma teoria geral da regulação”,¹⁴ e muito dessa ausência se explica pela dificuldade de se compreender de qual regulação se está referindo quando se estuda a regulação. Na maioria das vezes o jurista trata de regulação a partir da intervenção do Estado na economia; noutras, no direito administrativo. O fato é que realmente não há uma teoria satisfatória sobre regulação jurídica no Brasil. Nada obstante, compreende-se, minimamente, que a regulação existe como a necessidade de intervenção, direta ou indireta, do Estado nas relações privadas econômicas e sociais. Obviamente que esse conceito é por demais elástico e permite que nele caibam todos os fenômenos de atuação do Estado na vida dos particulares.

Ocorre, portanto, que o estudo da intervenção do Estado nas relações privadas acompanha a própria existência da sociedade, e nesse caminhar da história não só o Estado, mas também o seu modo de agir, foram se modificando no tempo. Houve momentos em que se exigiu do Estado um completo distanciamento das relações privadas; noutros, uma presença maior.¹⁵ O fato é que a regulação sempre esteve presente nessa complexa e difícil relação de pacificação e equilíbrio social. Nesse fluir e refluir da relação social entre o Estado e seus criadores é que a regulação se consolida. Houve um período em que a regulação era determinada exclusivamente pela lei; posteriormente abriu-se espaço para a regulamentação da lei dada a possibilidade de prever

¹³ BRASIL, Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018.

¹⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. Teoria da regulação: raízes e fundamentos. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 19.

¹⁵ Gina Vidal Marcílio Pompeu e Rosa Oliveira de Pontes, Estado, mercado e eficiência regulatória para os negócios, op. cit., p. 359.

todos os fatos sociais; noutra momento, conferiram-se ao Executivo escolhas discricionárias e até mesmo a produção de leis e não apenas de regulamentos; e na pós-modernidade já se discute uma nova modalidade de atuação estatal: a escolha regulatória, que nas palavras de Sérgio Guerra¹⁶ seria:

[...] um tipo de função estatal dotada de riqueza e dinamismo sensivelmente maior do que o simples disciplinamento legalitário ou a regulamentação (executiva ou autônoma). Esses aspectos vêm à tona no questionamento da discricionariedade, pois a realidade atual retrata a existência de inúmeros centros políticos titulares de “poderes” (funções) e a ampliação dos direitos dos indivíduos, o que, em síntese, leva à heterogeneidade dos interesses e à pressão dos indivíduos e grupos sobre a Administração para atendimento de suas reivindicações. Entendeu-se que esses fatores acarretam a mudança da natureza pura da discricionariedade, impondo-se uma nova roupagem que se torne objetiva, imparcial e controlável.

Observa-se que ele chega à conclusão da escolha regulatória como nova modalidade de atuação estatal especialmente pela negativa de que, pela teoria dos regulamentos administrativos, as normas expedidas pelos agentes reguladores sejam fruto de delegação legislativa ou mesmo exercício de função regulamentar conferida ao Executivo. Desta forma, compreende-se a escolha regulatória como o “exercício da capacidade técnica dessas entidades descentralizadas para dispor, com maior densidade, sobre as matérias que lhe competem para equilibrar o subsistema regulado, diversamente das leis que, editadas pelo Poder Legislativo, assumem caráter genérico e sem concretude”.¹⁷

Todavia, apesar de todo o arcabouço teórico dispensado à escolha regulatória, que a define como uma escolha técnica de setores do Estado como forma de aproximar o mundo do “dever-ser” com o mundo do “ser”, emprestando maior realidade à abstração advinda da lei geral, fica evidente que essa escolha regulatória é subordinada ainda à legalidade, diferenciando-se da discricionariedade porque os juízos postos em jogo na escolha regulatória

¹⁶ Sérgio Guerra, *Discricionariedade, regulação e flexibilidade*, op. cit., p. 416.

¹⁷ *Ibid.*, p. 417.

não seriam apenas de conveniência e oportunidade, mas também de reflexão sistemática e transparente sobre a totalidade do problema a ser regulado, isto é, reflexividade administrativa.¹⁸

A problemática posta por Sérgio Guerra é interessante, sobretudo, quando se observa que a escolha regulatória significa optar por uma das possíveis decisões juridicamente admissíveis para equilibrar uma determinada atividade social ou econômica, sem, contudo, representar uma escolha verdadeiramente política, apesar de sua natureza similar. Na verdade, a escolha regulatória, mostra-se como alternativa aos obstáculos apresentados pela doutrina nacional ao exercício da competência normativa das agências reguladoras, pois consegue englobar todas as “quase” funções estatais, isto é, quase-julga; quase-legisla e quase-executa e assim produz um ato quase-lei, quase-sentença e quase-administrativo, e mesmo sendo quase ele acaba sendo tudo e, por isso, diferente.

Mesmo a escolha regulatória representando um conceito jurídico novo, é de se reconhecer que seu produto final terá, na maioria dos casos, um caráter normativo e, como tal, ainda é examinado por esse aspecto regulamentar, cujos contornos ainda precisam ser traçados de modo visível e seguro conforme determina o art. 30 da LINDB.

2.2 Competência regulamentar

A competência legislativa, dentro da visão ampla da competência normativa, é aquela conferida ao Poder Legislativo de editar leis de caráter geral e abstrato capazes de produzir normas jurídicas que regulem as relações intersubjetivas das pessoas em sociedade. A produção de atos regulamentares pelas agências reguladoras, mesmo que fruto de escolhas regulatórias decorrentes de uma reflexividade administrativa, decorre da competência regulamentar de que goza a entidade do Executivo e, em razão dos princípios da inafastabilidade e da legalidade, comporta exame e controle pelo Poder Judiciário.

Naturalmente que na sujeição da realidade brasileira à legalidade como princípio constitucional importa a submissão do Estado à lei de modo absoluto ou relativo, sendo absoluto quando a lei disciplina na totalidade a atuação

¹⁸ Ibid., p. 419.

estatal e relativo quando houver margem para escolhas discricionárias pelo Estado. No que concerne às agências reguladoras no Brasil e a vinculação à lei, compreende-se que o interesse de estudo se concentra exatamente no campo da atuação regulatória, pois é nele que se enquadra a disciplina regulamentar indicada por Gustavo Binenbojm.¹⁹

A competência regulamentar, mesmo quando fruto de uma escolha regulatória, acaba por disciplinar direitos e obrigações das pessoas reguladas e isso sempre exige uma conformação com o ordenamento jurídico pátrio e, por ser resultado de uma atuação estatal, inegavelmente é um agir antes e acima de tudo conformado pelo princípio da legalidade, ainda que se reconheça o esfacelamento do sistema legalitário ante a velocidade e a complexidade das relações sociais e econômicas. Não por outro motivo, justamente no campo da regulação é que as mais complexas questões envolvendo a atuação das agências reguladoras no Brasil são enfrentadas, sobretudo aquelas em que se imputam às agências a usurpação da função legislativa de criação do direito de modo inovador, levando-se ao Judiciário demandas que visam à anulação desses atos normativos.

Apesar de todo o esforço acadêmico de parte da doutrina, o Poder Judiciário ainda se mostra refratário a essa “liberdade criativa” das agências reguladoras como forma de intervir na economia, bastando referenciar que o Supremo Tribunal Federal entende, no julgamento da ADI nº 4.954, (relator o ministro Marco Aurélio), que as agências reguladoras estão submetidas ao princípio da legalidade, como órgãos administrativos que são.²⁰ Todavia, o debate mais importante não se restringe ao reconhecimento da submissão à legalidade, mas sobre os limites da competência regulamentar das agências reguladoras, objeto da ADI nº 5.906, já que no julgamento da ADI nº 4.874 o plenário concluiu o julgamento empatado em cinco a cinco, sobre a competência normativa da Anvisa ao editar a Resolução nº 14/2012.

Com isso, observa-se que os atos normativos de agências reguladoras sempre que criam, de forma geral e abstrata, regras que interferem em exercícios de direitos pelos agentes regulados, fatalmente essas normas acabam sendo levadas ao Judiciário para decidir sobre a constitucionalidade ou não do exercício de tal competência pelas agências reguladoras. Dada a relevância

¹⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracias e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 143.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4954, Relator(a): min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno.

dessas duas ADIs, o próximo subtítulo é destinado a abordá-las, especialmente a ADI nº 5.906 que deverá resolver o impasse decorrente do julgamento da ADI nº 4.874.

2.3 Competência regulatória das agências e o posicionamento do STF (ADIs nºs 4.874 e 5.906)

No julgamento da ADI nº 4.874, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal não conseguiu formar maioria sobre a violação ou não aos princípios da legalidade e da separação dos poderes quanto à possibilidade de as agências reguladoras, por meio de resolução, criarem direitos e obrigações de modo inaugural e apartado de lei própria.

No caso da ADI nº 5.906,²¹ o objeto da ação é a Resolução ANTT nº 23/2003, que define tipos infracionais não previstos em lei e cria obrigações e punições sem anterior previsão em lei. A Associação Brasileira das Empresas de Transporte Terrestre de Passageiros ingressou com a ADI alegando que os artigos 2º, 5º, incisos II e XXXIX, e 37, *caput*, da Constituição Federal, determinam a reserva absoluta de lei para a tipificação de infrações e sanções dirigidas a particulares no livre exercício de atividades, de modo que a competência regulatória atribuída, pela Lei nº 10.233/2001, à Agência Nacional de Transporte Terrestre não autorizaria a criação, por ato administrativo, de tipos infracionais. Vale lembrar que, no caso da ADI nº 4.874, a ministra Rosa Weber chegou a conceder liminar declarando a inconstitucionalidade de normativa similar da Anvisa, mas como o julgamento terminou sem formação de maioria suficiente ao reconhecimento da inconstitucionalidade, o resultado do julgamento foi no sentido de se julgar improcedente a ADI, restaurando a eficácia da Resolução nº 14/2012 da Anvisa.

Por outro lado, é importante destacar que, na esfera doutrinária, há autores que defendem ser constitucional o exercício dessa competência regulamentar pelas agências reguladoras, a exemplo de Sérgio Guerra, Jackson Tavares da Silva de Medeiros e Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson;²² do mesmo

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.906, Relator(a): min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno.

²² MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. A constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras na ótica do redimensionamento do princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, v. 271, p. 109-141. jan./abr. 2016; Sérgio Guerra, *Discricionariedade, regulação e flexibilidade*, op. cit.

modo, há doutrinadores, como Gustavo Binenbojm e Marçal Justen Filho, que entendem ser inconstitucional o exercício dessa competência regulamentar pelas agências sempre que ela desborda a função regulamentar e ingressar na competência legislativa. Portanto, o julgamento da ADI nº 5.906 servirá, ao que tudo indica, de norte para a questão, destacando-se que a referida ADI atualmente se encontra com vistas à PGR para oferta de seu parecer e, como não houve pedido cautelar, o ministro Marco Aurélio não proferiu decisão acerca da inconstitucionalidade ou não do ato regulatório impugnado.

Assim, enquanto o Supremo não se manifesta definitivamente em controle concentrado de constitucionalidade sobre a matéria, é possível debater a possibilidade ou não da criação de atos regulatórios pelas agências que produzam, de maneira inovadora, direitos e obrigações no sistema jurídico, exigindo, portanto, o exame da legalidade como princípio na Constituição de 1988 e, por fim, o controle e os limites do controle desses atos pelo Poder Judiciário.

3. A legalidade como princípio no direito administrativo brasileiro

Quem estuda o direito administrativo no Brasil invariavelmente se depara com a legalidade como seu fundamento magno. Essa total vinculação com a lei, sobretudo na atuação administrativa, tem uma íntima relação com a escola francesa do direito administrativo acolhida pela doutrina nacional, como bem lembra Sérgio Guerra²³ ao explicar os pilares da legalidade, da supremacia do interesse público sobre o privado, da forte hierarquia na burocracia estatal e da prevalência da administração pública nas relações com os cidadãos no sistema nacional na construção das bases desse ramo do direito brasileiro.

Apesar de a legalidade ser um pilar do direito administrativo, não existe no Brasil uma codificação que reúna todas as suas regras e princípios, mas isso não impede a doutrina de conceituar o direito administrativo como o regime jurídico que condiciona o agir da administração pública e responsável por regulamentar as atividades das pessoas jurídicas públicas no desiderato do interesse público.²⁴ Na evolução da ideia da legalidade como princípio no

²³ Sérgio Guerra, *Discricionariedade, regulação e reflexividade*, op. cit., p. 155.

²⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo: teoria do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 27.

direito administrativo brasileiro, observa-se que ela se desenvolve de acordo com o Estado que se funda.

No Brasil imperial a legalidade tem um sentido e hoje na Constituição de 1988, obviamente, ela ganha um novo, pois, como lembra Gilberto Phil França,²⁵ o princípio da legalidade passa por grandes transformações na história da república brasileira: em 1891, com a instauração do estado liberal de direito, a legalidade se foca na atuação da administração pública próxima da ideia de legalidade privada, em que a ela é permitido fazer tudo que a lei não proíbe; já em 1934, com o estado social de direito, a legalidade é compreendida como determinações que vão além das leis formais e, com isso, a administração pública somente pode fazer o que as leis determinam; e apenas com a Constituição de 1988 é que a legalidade passa a ser vista de forma mais ampla, incorporando ideais de justiça e participação popular.

Com o advento do estado democrático de direito, o Brasil se converte normativamente em um Estado provedor de grandes direitos sociais e, também, mais aberto à participação do povo na construção do seu próprio direito, e isso tem importantes reflexos na forma como se interpreta a legalidade, uma vez que a concepção clássica de que a lei é fruto de uma atuação do Poder Legislativo criadora de direitos e obrigações de caráter geral e abstrata já não atende às necessidades da sociedade atual. Marçal Justen Filho²⁶ demonstra que a evolução jurídica alterou os pressupostos de interpretação da legalidade, de modo que já não são tão claras as decisões jurídicas a serem adotadas em determinados casos.

²⁵ FRANÇA, Phillip Gil. *Ato administrativo e interesse público: gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2017. p. 87."title": "Ato Administrativo e Interesse Público: Gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo", "type": "book", "locator": "87", "uris": [{"http://www.mendeley.com/documents/?uuid=79d77af2-b464-4730-8dd5-66c6ce24bea7"}], "mendeley": {"formattedCitation": "FRANÇA, Phillip Gil, Ato Administrativo e Interesse Público: Gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2017, p. 87.", "plainTextFormattedCitation": "FRANÇA, Phillip Gil, Ato Administrativo e Interesse Público: Gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2017, p. 87.", "previouslyFormattedCitation": "FRANÇA, Phillip Gil, Ato Administrativo e Interesse Público: Gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2017, p. 87.", "properties": {"noteIndex": 26}, "schema": "https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json"}

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal, Art. 20 da LINDB — dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, v. ed. esp., p. 13-41, 2018. p. 15-17.

Antes de abordar conceitualmente a legalidade como princípio no direito brasileiro na pós-modernidade, é fundamental compreender como se desenvolve o sistema legalitário,²⁷ sua queda e a pós-modernidade, como forma de compreender que nem todas as mudanças trazidas, ainda que tenham por desiderato apresentar inovações para os dias atuais, são seguras ou melhores do que as antigas.

3.1 O sistema legalitário

Com o fim do Estado absolutista em que a produção das leis, a administração e o julgamento são concentrados nas mãos do soberano, e com o surgimento do Estado liberal,²⁸ sobretudo na França, em que o povo produz o direito de forma geral e abstrata, a prevalência da lei, criação dos representantes do povo, transforma-se em um dogma de sustentação da liberdade e da igualdade.²⁹ Obviamente que a separação dos poderes é a teoria que dá maior suporte à ideia da lei como criação exclusiva do Poder Legislativo.³⁰

Nesse cenário de grandes transformações e de muita desconfiança, sobretudo pelos postulados remanescentes do modelo estatal recém-deposto, o parlamento assume para si, com exclusividade, a missão de produzir o direito que regra a vida do povo; é a máxima de o povo se autorregulando, o reino da leis, e não dos reis, em que o direito somente se expressava por meio delas,³¹ e nesse momento as liberdades são definidas pela ideia de fazer tudo o que as leis permitem ou não proíbem. Esse postulado é tão marcante que não só a atividade dos juízes como também a do Executivo são controladas para não criarem direitos que já não estivessem na lei.

Perelman³² lembra que os tribunais de cassação são encarregados de evitar a violação da lei por seus aplicadores que, em caso de dúvida ou

²⁷ Sérgio Guerra, *Discricionariedade, regulação e reflexividade*, op. cit., p. 157.

²⁸ Importante lembrar que essa mudança não foi tranquila e nem a Revolução Francesa foi um movimento pacífico de tomada do poder; não se pode esquecer que a transformação do modelo de Estado aconteceu em período de completo terror e violência, muito sangue foi derramado e cabeças foram cortadas para que a lei se estabelecesse como critério criador de um direito que assegurasse a liberdade e a igualdade.

²⁹ CYRINO, André. Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, v. 274, p. 175-208, jan./abr. 2017. p. 177.

³⁰ Sérgio Guerra, *Discricionariedade, regulação e reflexividade*, op. cit., p. 55.

³¹ *Ibid.*, p. 50.

³² PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 23.

necessidade de regramento geral, devem remeter o caso, via recurso, ao parlamento para decidir o caso concreto. Quanto à administração pública, o controle pelo Legislativo é igualmente intenso já que a limitação do agir estatal pela lei aparece como uma condição de liberdade do povo e o Executivo deve limitar-se ao agir definido na lei. O primado do constitucionalismo francês do século XVIII é a lei produzida exclusivamente pelo parlamento, vive-se, portanto, um período de inegável hipertrofia do Legislativo.³³

Evidentemente que o uso exagerado do recurso ao Legislativo para regular casos concretos, em vez de produzir leis gerais e abstratas, emperra o bom funcionamento do próprio Legislativo e distorce a ideia da generalidade e da abstração, dando margem para a criação de leis individuais e concretas.³⁴ Não se discutem os valores das leis, basta que elas sejam produzidas em conformidade com os procedimentos legislativos para serem condicionantes da atuação de todos aqueles que vivem no Estado. A ideia de que o direito é aquilo que a lei determina, a partir de regramentos gerais e abstratos, garantidores de liberdade e igualdade, sem que os demais poderes do Estado possam legitimamente interpretá-los, encarna alguns problemas de ordem prática, pois eviscera sua incapacidade de acompanhar e prever todas as possibilidades fáticas experimentadas pela sociedade em constante evolução.

O sistema legalitário, portanto, é construído sob o império da lei, fruto exclusivo do Poder Legislativo, instrumento único e suficiente à criação do direito como forma de assegurar a liberdade e a igualdade de todos a partir da generalidade e da abstração da construção legislativa. É evidente que essa ideia de reduzir o direito à criação do Poder Legislativo, ainda que possua razões e fundamentos de segurança jurídica, liberdade e igualdade, não sobrevive à realidade experimentada pelo aprimoramento das relações sociais dos tempos vindouros que exigem mais dinamismo na criação do direito.³⁵ Ainda que a lei continue sendo um dos principais instrumentos da produção do direito, há tempos já se discutem outros meios de criação do direito, sobretudo a partir de introdução, nas leis, dos chamados termos ou conceitos abertos, deslegalização, delegação legislativa, regulamentação etc., ensejando-se a chamada crise da legalidade.

³³ GOUVEIA, Alessandro Samartin de. Súmula vinculante: um limite e um convite à vontade de poder. *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 20, p. 96-123, 2008. p. 141.

³⁴ Chaïm Perelman, *Lógica jurídica*, op. cit., p. 24.

³⁵ Sérgio Guerra, *Discricionariedade, regulação e flexibilidade*, op. cit., p. 60-62.

3.2 A crise da legalidade

A incapacidade de o legislador prever e reger totalmente todas as condutas humanas ou de interesse humano em sociedades cada vez mais complexas e múltiplas age como elemento marcante para o destronamento do sistema legalitário, pois como bem esclarece Sérgio Guerra: “a lei, indicando apenas soluções unívocas e inalteráveis, passou a ser insuficiente”.³⁶ A lei, fonte única ideal de criação do direito, é incapaz de entregar à sociedade o que se esperava dela, pois a capacidade de acompanhar as novas relações sociais exige do Estado maior flexibilidade e agilidade no contorno dos problemas sociais. Isso revela o direito como meio de adaptação social, qualidade aparentemente subestimada pelo sistema legalitário.

A redução do direito à lei é equivocada, pois o direito não cabe em sua inteireza nos limites da legalidade, mesmo num cenário descrito por Gustavo Binenbojm como de “volúpia legiferante”.³⁷ Há uma parcela significativa do direito que é viva e fluida, dotada de alta capacidade criativa na qual a lei representa apenas uma porção. Ao serem reconhecidas novas necessidades sociais e constatada a impossibilidade de o Parlamento oferecer, por meio exclusivo da lei, o atendimento a esses anseios, a atuação da administração pública se intensifica com fins à satisfação dos interesses sociais e econômicos, e com ela surge uma nova ordem normativa em que os regulamentos são meios mais expeditos para garantir a atuação estatal,³⁸ ou, como assinala Gustavo Binenbojm: “o Estado, que antes se ausentava do cenário das relações econômicas e privadas, foi convocado a intervir nesta seara, e assim o fez, dentre outras formas, pela edição de normas jurídicas com frequência cada vez maior”.³⁹

A ascensão da lei, portanto, é também o palco da construção de sua queda, pois, com o tempo, observa-se que, na sua versão “carne e osso”, nem sempre ela é a expressão da pacificação de uma política interna e, no mais das vezes, não representa o fim do conflito.⁴⁰ Nesse cenário, Sérgio Guerra aponta que a excessiva produção de leis é responsável por esfumar a ideia oitocentista de uma sociedade livre entabulada pela lei, pois há tantas leis

³⁶ Ibid., p. 62.

³⁷ Gustavo Binenbojm, *Uma teoria do direito administrativo*, op. cit., p. 62.

³⁸ Sérgio Guerra, *Discricionariedade, regulação e reflexividade*, op. cit., p. 63.

³⁹ Gustavo Binenbojm, *Uma teoria do direito administrativo*, op. cit., p. 62.

⁴⁰ André Cyrino, *Legalidade administrativa de carne e osso*, op. cit., p. 175-208.

que é impossível compreender em qual moldura essa sociedade se insere.⁴¹ Outro aspecto assinalado como revelador da crise do sistema legalitário é a incompletude intrínseca às leis. O último aspecto apontado por Sérgio Guerra sobre a crise da legalidade é a atuação desvirtuada do próprio parlamento.

Se tudo isso é reflexo de um distanciamento entre o “ser” e o “dever-ser” construído pelo positivismo, em que a lei (“dever-ser”) se afasta da realidade social (“ser”),⁴² colocando de lado os valores e axiomas inerentes ao próprio tecido social em que o direito se insere e se destina, cujas necessidades cotidianas da pós-modernidade se mostram insuperáveis pelo modelo legalitário, é igualmente evidente que a crise da legalidade não é uma crise da lei em si mesma apenas, e sim o reflexo da incapacidade de o Estado, como um todo, atender aos anseios do mercado, da economia e da sociedade pelo monopólio da produção do direito apenas pelo Legislativo.

Compreende-se que a crise da legalidade se revela pela incapacidade de o Estado, por meio único e exclusivo do Legislativo, produzir o direito que serve de pacificação social a fim de atender às necessidades da sociedade nos seus mais complexos matizes, abrindo portas para o surgimento de novas formas de produção do direito além da própria lei em sentido mais estrito. Entretanto, Gustavo Binenbojm, desde 2006, já enunciava que “a crise da lei é hoje um fenômeno quase tão universal quanto a própria proclamação do princípio da legalidade como o grande instrumento regulativo da vida social nas democracias contemporâneas”.⁴³ Ele estuda a crise da lei sob os prismas estrutural e funcional, sendo o estrutural decorrente da crise de representatividade dos parlamentos; e o funcional, como consequente da descrença na lei como vontade geral e como principal definidor de padrão de comportamento,⁴⁴ alinhando-se com o que já foi exposto anteriormente por Sérgio Guerra.

As duas primeiras razões da crise da legalidade, tratadas por Gustavo Binenbojm, já foram abordadas, chamando atenção, porém, as três últimas, entre as quais se destaca o triunfo do constitucionalismo moderno e pós-moderno, pois a queda do sistema legalitário é alavancada pela possibilidade de controle da lei a partir da supremacia da Constituição, de modo que a “lei perde o seu protagonismo na criação do direito na medida em que

⁴¹ Sérgio Guerra, *Discricionariedade, regulação e reflexividade*, op. cit., p. 161.

⁴² *Ibid.*, p. 159.

⁴³ Gustavo Binenbojm, *Uma teoria do direito administrativo*, op. cit., p. 125.

⁴⁴ *Ibid.*

se torna mais um dentre os diversos princípios que compõem o sistema constitucional”.⁴⁵ O outro fator decorre exatamente da admissão de outros atos normativos capazes de criar direitos e guiar a atuação administrativa.⁴⁶ E o último motivo resume-se à “tratoração” do Legislativo pelo Executivo, já que este, quando não detém o poder de editar normativas autonomamente, acaba por conduzir a produção do próprio parlamento.⁴⁷

De todos os motivos assinalados, de fato, o que parece ser a bala de prata para a derrocada da lei é o triunfo do constitucionalismo, sobretudo pelo controle de constitucionalidade imposto pela supremacia das normas constitucionais, de modo que as leis são controladas sobre seus aspectos formal e material, rompendo o pressuposto anterior de sua insindicabilidade por outros poderes e, por isso, compreender em que termos a legalidade está posta na Constituição de 1988 é fundamental.

3.3 A legalidade como princípio na Constituição de 1988

Como já assinalado, apenas com a Constituição de 1988 é que a legalidade passa a ser compreendida num espectro maior, incorporando ideais de justiça e participação popular, como reflexo da centralização da Constituição como razão do sistema jurídico em que se apoia o conjunto de normas produtoras do direito brasileiro. A própria Constituição em si não é vista como lei em sentido estrito, já que seu criador — o poder constituinte — é anterior ao próprio processo legislativo. Isso, todavia, não lhe retira ou diminui a força normativa que apresenta dentro do sistema jurídico que ela funda.

A partir dessa lógica, percebe-se que a legalidade como princípio na Constituição de 1988 exige uma compreensão semântica totalmente peculiar, pois a *contrario sensu* a literalidade do princípio excluiria de si mesmo a vinculação às normas jurídicas da própria Constituição. Com essa movimentação da centralização da Constituição, a ideia conceitual da legalidade se transforma e surgem novos instrumentos normativos diversos da lei como criadores do direito e, com isso, também novos subsistemas normativos.⁴⁸

⁴⁵ Ibid., p. 130.

⁴⁶ Ibid., p. 132.

⁴⁷ Ibid., p. 134.

⁴⁸ Ibid., p. 62.

Com a virada constitucional e a hierarquização do sistema jurídico a partir da Constituição, a lei passa a ser uma das formas de construção do direito e não mais a única.

A legalidade, na pós-modernidade, já não é apenas a conformidade do direito à lei, e sim o inverso, já que o direito é produzido por normas jurídicas. A legalidade sofre uma grande mutação conceitual que multiplica seus contornos e lhe confere uma fluidez tão eficiente que lhe permite abarcar fatos anteriormente colidentes. Obviamente que essa mutação representa o risco da imprestabilidade, pois um conceito que comporta tudo na verdade não conceitua nada. Desta forma, resignificar a legalidade sem esvaziá-la é um desafio possível, desde que se consiga enxergar a legalidade não como a totalidade, e sim como uma parte integrante capaz de dialogar com as outras fontes do direito.

Ao trazer para o plano concreto o desafio abstrato do parágrafo anterior, observa-se que o princípio constitucional da legalidade está previsto em vários dispositivos da Constituição Federal,⁴⁹ pois a prevalência da lei é um vetor do sistema jurídico brasileiro. E fica evidente o direcionamento do constituinte à reverência da lei, como fenômeno criador do direito no Brasil. Nessa perspectiva, observa-se que a legalidade é mais do que uma regra constitucional, ela é um princípio fundante do sistema jurídico brasileiro, de modo que a referência a ela no *caput* do art. 37 da Constituição revela que a lei ainda é um elemento importante no sistema jurídico brasileiro, e a administração pública como fruto fictício desse sistema é igualmente guiada por ela, como uma espécie de horizonte hierarquizador-axiológico mencionado por Juarez Freitas,⁵⁰ já que por princípios fundamentais se entendem os critérios ou diretrizes basilares do sistema jurídico.

Saber que a legalidade é um princípio fundamental hierarquizador é insuficiente para compreender a real dimensão da legalidade no sistema jurídico brasileiro. É preciso entender a legalidade e compreender que o princípio constitucional da legalidade também não se confunde com a exigência de um sistema legalitário, apesar de entronizar a legalidade como base do sistema jurídico brasileiro. Assim, para se compreender a dimensão da legalidade como princípio, é preciso ter claro que a legalidade comporta subdivisões. A primeira delas é relacionada com a forma, isto é, legalidade significa a

⁴⁹ BRASIL. *Constituição, de 5 de outubro de 1988*.

⁵⁰ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 58.

produção do direito por meio do instrumento formal denominado lei; e a segunda, por seu turno, envolve o conteúdo, ou seja, há conteúdos que são constitucionalmente reservados à exclusividade da lei.

Desta feita, a primeira subdivisão serve para esclarecer que dentro do amplo espectro normativo produzido pelo Estado, sobretudo na pós-modernidade, existem atos que não são leis, ainda que no senso comum sejam nominados de lei, a exemplo dos contratos, regulamentos, portarias, instruções normativas, sentenças etc. Nesse aspecto, portanto, somente são leis, formalmente, aquelas previstas no art. 59, II a IV, da Constituição, isto é, leis ordinárias, complementares e delegadas. Estão, portanto, fora do conceito formal de lei as emendas à Constituição, as medidas provisórias, os decretos legislativos e as resoluções, ainda que gozem de força normativa e alguns até força maior do que a lei. Sobre o manto da segunda subdivisão, têm-se algumas matérias que somente podem ser tratadas por meio de lei, a exemplo das previstas no inciso I do §1º do art. 61 da Constituição Federal, ou aquelas previstas no art. 5º, XIX, da Constituição, quando determina que a criação de cooperativas seja na forma da lei; a fixação do tempo de pertencimento dos direitos autorais de exclusividade na utilização, publicação ou reprodução de obras (art. 5º, XXVII, da CF); ou ainda, o procedimento de desapropriação por necessidade ou utilidade pública.

Vê-se que o constituinte é realmente muito prodigioso no conteúdo das matérias que devem ser reguladas por lei. Entretanto, o que vulnera a visão da legalidade estreita com a lei é a existência de outros instrumentos de normatividade jurídica até com maior relevância do que a lei, a exemplo da própria Constituição e suas emendas. Num cenário de especialização de procedimento de reforma da Constituição, a supremacia da Constituição ante a lei está justamente na especialidade para se produzir uma norma constitucional. Logo, o questionamento que se lança como relevante, sobre a legalidade, nos tempos atuais é sobre sua estrita e exclusiva submissão à lei criada exclusivamente pelo parlamento ou se a lei tem um sentido similar ao de norma jurídica.

O que parece uma obviedade de resposta ao olhar para a norma constitucional em confronto com a lei, devido à hierarquia, já se transforma em zona cinzenta quando se examinam as demais formas de produção normativa do sistema jurídico brasileiro. Anunciar que a legalidade integra a normatividade constitucional é fácil. Agora, admitir a legalidade como normatividade sem permitir a inclusão de novos instrumentos normativos exige um pouco mais de reflexão. Só para exemplificar o problema, basta se imaginar que no

art. 62, §2º, III, da CF é proibida a edição de medida provisória em matéria reservada à lei complementar. Noutras palavras, a admissão da legalidade como normatividade tem limites, pelo menos no sistema jurídico brasileiro. Ainda que se adote o conceito de legalidade como de normatividade ou de juridicidade, é preciso, antes de trazê-lo à luz, delimitar que ele somente possui sentido dentro da lógica hierarquizante estabelecida pela própria Constituição, pois não há juridicidade ou normatividade fora dela. Assim, quando Gustavo Binenbojm indica que a juridicidade administrativa pode ser *secundum legem, prater legem* ou *contra legem*,⁵¹ ele tem por finalidade a seguinte conclusão:

A juridicidade administrativa poderá, portanto: (I) decorrer diretamente da normatividade constitucional; (II) assumir a feição de uma vinculação estrita à lei (formal ou material); ou (III) abrir-se à disciplina regulamentar (presidencial ou setorial), autônoma ou de execução, conforme os espaços normativos (e sua peculiar disciplina) estabelecidos constitucionalmente.⁵²

Portanto, a legalidade como princípio na Constituição de 1988 se apresenta como um horizonte hierarquizador da atuação da administração pública, no qual ao administrador cabe enxergá-lo como uma estrutura hierarquizada de normas jurídicas o qual está vinculado ao agir e que lhe permite uma liberdade discricionária dentro dos limites normativos do sistema. Ou, nas palavras de Alexandre Pasqualini: “a liberdade, não a recebe o Administrador como imediaticidade indeterminada, mas, bem ao reverso, como imediaticidade determinada”.⁵³ A legalidade, portanto, como princípio não se restringe à lei formal, mas também não vai além do que permite a Constituição.

Entretanto, se a legalidade como princípio de normatividade tem navegação tranquila quando decorre diretamente da Constituição ou quando se vincula exclusivamente à lei; quando ela é examinada sob o prisma da regulamentação legal os problemas fervilham, especialmente quanto ao controle da escolha regulatória das agências reguladoras.

⁵¹ Gustavo Binenbojm, *Uma teoria do direito administrativo*, op. cit., p. 142.

⁵² *Ibid.*, p. 143.

⁵³ PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito*. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 1999. p. 150.

4. O controle do poder regulamentar das agências pelo Judiciário e as novas perspectivas trazidas pela LINDB

O controle da competência regulamentar das agências reguladoras pelo Poder Judiciário se apresenta sob dois enfoques: o primeiro, em razão da produção de atos regulamentares decorrentes de escolhas regulatórias objetivamente, está embasado na compatibilidade direta com a Constituição Federal e é exercido via controle concentrado de constitucionalidade; o segundo já decorre das atividades subjetivas dos regulados e, mesmo que tenham reflexivamente fundamento em inconstitucionalidade, envolvem atos praticados pelas agências reguladoras em casos pontuais, concretos e subjetivos. Nesse contexto, portanto, a abordagem do controle judicial dos atos regulamentares das agências reguladoras, cuja incidência da LINDB se mostra relevante, é mais clara no segundo enfoque. Por isso, ainda que haja a menção ao primeiro, neste trabalho o desenvolvimento está alicerçado no segundo.

Desta forma, trata-se, no primeiro subtítulo, do controle concentrado de constitucionalidade dos atos regulatórios de agências apenas numa visão panorâmica, permitindo a apresentação dos fundamentos teóricos desenvolvidos no segundo subtítulo, cujo objeto é o controle judicial desses atos na via difusa da constitucionalidade, para o qual a LINDB se apresenta com força realmente transformadora, especialmente pelos conteúdos dos artigos 20, 21, 23, 24 e 27 introduzidos pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018.

4.1 O controle concentrado de constitucionalidade da escolha regulatória

O ato normativo da agência reguladora é resultado, a partir da visão apresentada por Sérgio Guerra, da escolha regulatória exercida por ela no seu âmbito restrito de atuação. Assim, por vezes, esse ato normativo regulatório cria, de forma inaugural, direitos e obrigações para os setores regulados, ensejando a discussão constitucional sobre a violação ou não aos preceitos constitucionais, especialmente o princípio da legalidade.

Por se tratar de um controle feito pelo Judiciário no exercício de uma competência atípica de legislador negativo,⁵⁴ parece claro que, mesmo sendo

⁵⁴ Alessandro Samartin de Gouveia, Súmula vinculante, op. cit.

feito pelo Judiciário, esse controle tem mais características de um controle normativo, pois cuida do objeto da ação de forma objetiva, com efeitos de generalização e abstração. Os fundamentos que alicerçam o julgamento, por vezes, desbordam o plano jurídico e ingressam em planos políticos, morais, sociais etc. Portanto, mesmo que as decisões do STF ou dos Tribunais de Justiça possuam flexibilidade para controlar as consequências do ato impugnado quando controlam a constitucionalidade de atos normativos de agências federais ou estaduais, o fundamento disso não está na LINDB, mas na própria Constituição Federal, nas leis que disciplinam esse tipo de processo e na própria jurisprudência do STF.

Diferentemente, o controle exercido pelo Judiciário em processos de natureza subjetiva, nos quais a constitucionalidade das normas editadas pelas agências é decidida incidentalmente, tem seus efeitos fixados apenas para aquele processo subjetivo. Mas, com a edição da Lei nº 13.655/2018, que reestrutura a Lei de Introdução ao Código Civil, nominando-a de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o processo judicial subjetivo e concreto passa a contar, juntamente com o Novo Código de Processo Civil, de um conjunto de técnicas que permitem ao Judiciário não apenas decidir os casos concretos individuais e simples, mas também de reger os efeitos dessas decisões judiciais em casos complexos e de efeitos coletivizados. Assim, no subtítulo seguinte, o estudo se restringe a algumas dessas técnicas lançadas pela LINDB.

4.2 O controle difuso de constitucionalidade da escolha regulatória e a nova LINDB

A nova LINDB lançou cinco novos artigos dirigidos diretamente ao controle judicial dos atos praticados pela Administração Pública, são eles os artigos 20, 21, 23, 24 e 27. Em todos eles, num grau maior ou menor, há a imposição de deveres aos controladores dos atos impugnados, como forma de compensar os efeitos e indeterminações gerados por essas decisões.

No primeiro artigo, diminui-se a margem discricionária do decisor dissociada da realidade, numa tentativa de aproximar o “ser” e o “dever-ser”; no segundo, veicula-se a necessidade de previsão das consequências da anulação do ato, devendo tais consequências ser disciplinadas pela decisão controladora; no terceiro, estabelece-se a necessidade de ponderar os efeitos

de novas decisões que modifiquem entendimentos anteriores, garantindo uma transição menos traumática e incerta para situações consolidadas em entendimentos antigos; no quarto, assegura-se maior segurança jurídica a partir do contexto em que os atos controlados foram praticados, respeitando-se os motivos determinantes do ato; e, no quinto, prevê-se a necessidade de compensação a prejuízos pelo comportamento das partes no processo.

O objetivo deste subtítulo é examinar os contornos jurídicos apresentados por esses novos dispositivos no controle pelo Judiciário do ato normativo expedido pelas agências reguladoras em processos judiciais comuns, nos quais o controle de constitucionalidade é feito de forma incidental.

4.2.1 O artigo 20 da LINDB

Está determinado que, na esfera judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão, devendo a motivação demonstrar a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. Ao comentar esse dispositivo, Marçal Justen Filho⁵⁵ reconhece que o Judiciário se subordina a essas regras, em que pese não enxergue nisso nenhuma dificuldade, já que o atual Código de Processo Civil,⁵⁶ no art. 489, §1º, já disciplina a matéria de forma similar e mais extensa. Da mesma forma, ele também lembra que o art. 20 em questão apenas explicita a regra já contida no próprio art. 5º da LINDB, que determina ao juiz decidir a aplicação da lei observando os fins sociais e o bem comum a que ela se destina.

A mudança veiculada pela Lei nº 13.655/2018 é inovadora, pois se apresenta como pressuposto elementar das normas do direito brasileiro, isto é, não cuida apenas da introdução ao Código Civil. Simbolicamente, essa alteração representa também uma superação do sistema legalitário, pois coloca a Constituição Federal no ápice da pirâmide e supera a ideia de que o Código Civil seria a lei mais importante da vida privada. O direito já não é mais fruto exclusivo de um código ou de uma lei, ele decorre de um conjunto de normas jurídicas.

⁵⁵ Marçal Justen Filho, Art. 20 da LINDB, op. cit., p. 39.

⁵⁶ BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.*

Outro ponto importante é que esse dispositivo não inverte a lógica do julgamento, como forma de entronizar as consequências em detrimento do direito; ao revés, exige que o direito não se aparte do mundo social, devendo as decisões serem adotadas a partir das normas jurídicas, sem apelos abstratos dissociados do mundo real. Ela visa a diminuir o que Adriano Soares da Costa denomina de perda da dimensão terrena do direito.⁵⁷ Assim, o que se destaca de relevante nesse dispositivo é a impossibilidade de o juiz anular o ato regulamentar da agência reguladora sem, contudo, levar em consideração as consequências práticas dessa anulação.

Se de um lado ele não deve invalidar sem levar em conta as consequências dessa anulação, deve-se refletir se ele poderia editar regramentos normativos em substituição ao ato normativo da agência reguladora anulado judicialmente, como forma de minimizar os efeitos da anulação.

4.2.2 O artigo 21 da LINDB

Esse dispositivo complementa o anterior ao determinar que o juiz, ao decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas, devendo, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. José Vicente dos Santos Mendonça aborda o dispositivo anterior sob quatro fundamentos: a) admissibilidade constitucional e exequibilidade; b) certeza e probabilidade; c) imediatos e imediatamente futuros; e d) bases lógicas ou empíricas de evidência.⁵⁸ O art. 21 determina que as consequências

⁵⁷ COSTA, Adriano Soares. *Teoria da incidência da norma tributária, crítica ao realismo linguístico de Paulo de Barros Carvalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 3.

⁵⁸ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB — indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*, v. ed. esp., p. 43-61, 2018. p. 48-50. "title": "Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios", "type": "article-journal", "volume": "Edição Esp", "locator": "48/50", "uris": [{"http://www.mendeley.com/documents/?uuid=9fbd9fa8-fd59-496e-883a-8b02a4f47e5d"}], "mendeley": {"formattedCitation": "MENDONÇA, José Vicente Santos de, Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios, Revista de Direito Administrativo, v. Edição Esp, p. 43-61, 2018, p. 48/50.", "plainTextFormattedCitation": "MENDONÇA, José Vicente Santos de, Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios, Revista de Direito Administrativo, v. Edição Esp, p. 43-61, 2018, p. 48/50.", "previou

da invalidação do ato sejam previstas pelo julgador e, principalmente, consideradas na tomada da decisão. Assim, sempre que a invalidação implicar resultados sociais demasiadamente danosos, o julgador deverá sopesar o impacto de invalidar o ato com as consequências dessa anulação. A ideia, portanto, é a de exigir uma postura mais prudente no controle dos atos do poder público de modo que o consequentialismo seja realidade no sistema jurídico nacional.

Importante anotar, como faz José Vicente dos Santos Mendonça, que a previsão de consequências da decisão não é um exercício de futurologia ou de adivinhação feito pelo julgador, mas um processo mental sobre fatos jurídicos⁵⁹ conectado com a realidade. Mesmo o direito sendo fenômeno do conhecimento, regido por regras de imputação e não pela causalidade, compreende-se que as imputações geram, por vezes, consequências previsíveis, desde que se compreenda seu fim de pacificação social. Obviamente, que não se pode exigir a previsibilidade de todas as possíveis e imagináveis consequências, mas, sem dúvida, essas consequências devem também ser apresentadas pelas partes no processo, como derivação da construção dialógica do processo, permitindo a melhor compreensão do fenômeno julgado e, por conseguinte, a formação de uma transição restaurativa.

4.2.3 O artigo 23 da LINDB

Nesse dispositivo, trata-se de um dos problemas da derrocada do sistema legalitário, qual seja, a utilização de conceitos indeterminados e a aplicação do direito, pois determina que a decisão judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, preveja regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente, e sem prejuízo aos interesses gerais. Ao comentar essa inovação legislativa, Floriano de Azevedo Marques Neto conclui que há avanços pela veiculação desse dispositivo no

slyFormattedCitation": "MENDONÇA, José Vicente Santos de, Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios, Revista de Direito Administrativo, v. Edição Esp, p. 43-61, 2018, p. 48/50.", "properties": {"noteIndex": 59}, "schema": "https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json"}
⁵⁹ Ibid.

sistema jurídico e, assim, é possível estabilizar a evolução interpretativa e a necessidade de maior segurança jurídica.⁶⁰

Se bem examinado, mesmo que se compreenda ser essa sua finalidade, é de se reconhecer que o próprio art. 23 é preenchido por vários conceitos jurídicos indeterminados, como proporcionalidade, equidade, eficiência e interesses gerais. A nova interpretação ou orientação acaba condicionada à construção do que sejam, no caso concreto, esses conceitos indeterminados para que se exija o dever de instituir regime de transição com fins a atender outros conceitos indeterminados. Desta forma, não é possível extrair desse dispositivo a segurança jurídica que se pretende, a não ser a possibilidade de que se determine, em cada caso concreto, um regime diferenciado de transição, contribuindo não para uma uniformidade na aplicação do direito, mas para a existência de regimes excepcionais para pessoas atingidas pela mesma mudança de paradigma.

Doutra banda, quando conjugado o art. 23 com o art. 24, observa-se que ao menos as interpretações e decisões devem considerar as orientações da época da produção do ato.

4.2.4 O artigo 24 da LINDB

Como regra de segurança jurídica, proibiu-se a revisão, mesmo judicial, quanto à validade do ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa que já tenha se completado com fundamento em orientações gerais da época de suas produções, sendo proibida a declaração de invalidade com base em mudanças posteriores de orientação geral, tais quais interpretações

⁶⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB: o equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, v. ed. esp, p. 93-112, 2018. p. 111."title": "Art. 23 da LINDB O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica", "type": "article-journal", "volume": "Edição Esp", "locator": "111", "uris": [{"http://www.mendeley.com/documents/?uuid=483f13c2-1c80-4b30-b506-3b08567521c c"}], "mendeley": {"formattedCitation": "MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, Art. 23 da LINDB O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica, Revista de Direito Administrativo, v. Edição Esp, p. 93-112, 2018, p. 111.", "plainTextFormattedCitation": "MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, Art. 23 da LINDB O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica, Revista de Direito Administrativo, v. Edição Esp, p. 93-112, 2018, p. 111.", "previouslyFormattedCitation": "MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, Art. 23 da LINDB O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica, Revista de Direito Administrativo, v. Edição Esp, p. 93-112, 2018, p. 111."}, "properties": {"noteIndex": 61}, "schema": "https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json"}]

e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e também as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público. Em artigo sobre o tema, Jacintho Arruda Câmara faz ponderações importantes sobre o avanço que representa esse dispositivo, mas também pontua os percalços que ele representa para a implementação do que seja orientação geral.⁶¹ Como já assinalado no controle concentrado de constitucionalidade, esse tipo de problema não se aplica a processos objetivos, mas realmente em processos subjetivos e concretos ele se apresenta tormentoso.

A doutrina não é uniforme quanto à competência regulamentar da agência reguladora decorrente de escolha regulatória sem expressa delegação legal. A Jurisprudência do STF não se firmou porque o resultado do julgamento terminou empatado e a resolução da Anvisa acabou sendo reconhecida constitucional pelo princípio da presunção da constitucionalidade em razão da ausência de formação de quórum para a declaração da inconstitucionalidade. Desta forma, acaso haja alguma demanda questionando a aplicação de sanção decorrente da resolução da ANTT nº 23/2003, em que incidentalmente se discute a constitucionalidade do ato normativo, o julgador não pode reconhecer existir uma orientação geral no sentido da inconstitucionalidade.

Entretanto, não está proibido de reconhecer que essa inconstitucionalidade existe e, assim, invalidar o ato administrativo fundamentado na resolução da ANTT nº 23/2003. Da mesma forma, não está proibido de invalidar o ato, com base numa mudança de orientação geral, mas nesse caso deve invalidar e condicionar seus efeitos para o futuro e de preferência com a definição de normas de transição para a regularização, e, se for o caso, estipular as compensações adequadas.

4.2.5 O artigo 27 da LINDB

O derradeiro artigo examinado aparentemente visa a garantir efetividade ao princípio constitucional da duração razoável do processo e, também, da contenção às demandas temerárias, corolário, portanto, do prestígio da boa-fé processual. Há muito tempo sabe-se que o Estado é um dos principais clientes

⁶¹ CÂMARA, Jacintho Arruda. Art. 24 da LINDB — irretroatividade de nova orientação geral para anular deliberações administrativas. *Revista de Direito Administrativo*, v. ed. esp, p. 113-134, 2018. p. 131-133.

do Judiciário, pois na mesma proporção em que foi alçado a garantidor de muitos direitos sociais, ele também é violador de outros tantos direitos fundamentais.

A decisão do processo judicial, nos termos do art. 27 da LINDB, pode impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos. Nada obstante, em que pese os §§1º e 2º do mencionado artigo busquem delinear as circunstâncias seguras para que essa imposição ocorra, não há sombra de dúvida de que ele veicula conceitos jurídicos de complicada determinação ao positivar benefícios indevidos ou prejuízo anormais, mesmo parecendo evidente que, se uma parte tem benefícios indevidos, a outra pode sofrer prejuízos indevidos.

Carlos Ari Sundfeld e Alice Voronoff⁶² apresentam um caso em que houve prejuízos anormais por uma das partes em ação civil pública por improbidade administrativa. Entrementes, esses conceitos, se não decorrem de uma violação direta às normas jurídicas, a exemplo de o Estado cobrar um tributo sabidamente prescrito ou já pago, apenas podem ser mensurados a partir do caso concreto posto a julgamento. Ainda assim, não pode o julgador impor a compensação sem realizar o contraditório material, mas pode, desde logo, viabilizar a celebração de compromisso processual entre os envolvidos na demanda.

Conjugados todos esses cinco dispositivos, observa-se que no julgamento de processos judiciais comuns cujo objeto seja o controle de ato administrativo, com discussão incidental de constitucionalidade do ato normativo da agência reguladora fruto de escolha regulatória, o Judiciário deve, antes de decidir sobre a invalidação do ato, observar valores jurídicos concretos e reais, sopesar as consequências dessa possível invalidação, indicando-as de modo expresso, na medida do possível e em diálogo com as partes, apurar se a alegação de nulidade decorre de mudança de orientações gerais, podendo, ainda, avaliar e compensar eventuais benefícios indevidos ou prejuízos anormais sofridos por uma das partes do processo em razão de seus comportamentos.

Noutras palavras, se a doutrina evolui sobre o controle do mérito do ato administrativo, a LINDB apresenta novos parâmetros para sindicatizar atos administrativos, a exemplo dos produzidos em decorrência de escolhas regulatórias de agências reguladoras.

⁶² SUNDFELD, Carlos Ari; VORONOFF, Alice. Art. 27 da LINDB: quem paga pelos riscos dos processos. *Revista de Direito Administrativo*, n. ed. esp., p. 171-201, 2018. p. 196-198.

5. Conclusão

O poder regulatório das agências reguladoras no Brasil é um tema que ainda hoje apresenta divergências doutrinárias. Alguns autores classificam-no como um poder regulamentar, desprovido de capacidade inovadora no sistema jurídico; outros compreendem que as agências necessitam de um poder regulatório que seja diferente do regulamentar, pois as escolhas realizadas pelo regulador, dada a complexidade dos interesses e setores regulados, vai além da simples escolha discricionária cabível em sede regulamentar.

Nesse contexto, portanto, Sérgio Guerra apresenta a escolha regulatória como uma categoria jurídica única e bem diferente da escolha discricionária, pois se trata de uma escolha feita pela administração pública fundada em aspectos técnicos, construída num processo singular para o qual a agência reúne as melhores informações para decidir como agir. Logo, a escolha regulatória não seria apenas uma conveniente e oportuna escolha do administrador, mas a melhor escolha que poderia ser adotada naquela circunstância. Apesar de reconhecer a escolha regulatória como uma categoria jurídica diferenciada, não é possível dissociar seu resultado das características de ato normativo, pois ao cabo terminam por disciplinar o comportamento das pessoas ou setores regulados, mediante a produção de normatividade administrativa.

Assiste-se, historicamente, à ascensão do sistema legalitário, com a queda do Estado Absolutista, justamente porque as pessoas acreditam que a normatividade produzida pelo Estado, como modo de pacificar as relações sociais, deve decorrer da vontade geral do povo. E este é melhor representado, na teoria da separação dos poderes, pelo Legislativo. Assim, com o sistema legalitário, ascende ao centro de relevância das funções estatais o Legislativo com a missão de reger, por meio exclusivo da lei, todas as condutas humanas necessárias ao convívio pacífico da sociedade. Com o avanço social e a multiplicação dos problemas produzidos na sociedade, a grande produção de leis gera as condições para a queda do sistema legalitário. Compreende-se que a lei não pode ser a única forma de produção do direito, surge a delegação normativa a outros poderes do Estado e o Executivo reassume o papel protagonista da sociedade.

Se a lei perde o papel central do sistema pelo triunfo do constitucionalismo, no direito administrativo brasileiro ela continua exercendo um papel de destaque. Em que pese o sistema legalitário seja reconhecidamente inadequado, reconhece-se que a lei é um veículo importante para a produção do direito,

tão importante que o próprio constituinte o eleva a princípio constitucional hierarquizador-axiológico do agir administrativo sem, contudo, diminuir o valor de outros atos normativos. Desta forma, mesmo que o princípio constitucional da legalidade seja lido como princípio da normatividade, em que se permite a convivência da lei com outros instrumentos normativos, ainda se admite que o agir administrativo não pode ser exercido em contrariedade à Constituição e ao direito.

É justamente sobre a conformidade com a Constituição e com o direito que o controle dos atos regulatórios produzidos pelas agências reguladoras é levado ao Judiciário. Deste modo, observa-se no sistema de controle judicial do agir administrativo duas formas de seu exercício: um realizado em processo denominado objetivo, concentrado, no qual normalmente se discute a violação direta à Constituição Federal por violação ao princípio constitucional da legalidade, como se vê nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 4.874 e 5.906; e o outro, em processos denominados subjetivos, nos quais o controle da constitucionalidade da lei é incidental.

A LINDB, portanto, apresenta maior impacto exatamente nessa segunda forma de controle, pois nos processos objetivos as discussões estão em esfera quase-política e, por conseguinte, têm uma flexibilidade maior; já nos processos subjetivos, em regra, os questionamentos jurídicos envolvem casos concretos. As decisões judiciais que enfrentam, nos processos judiciais subjetivos, o problema da anulação dos atos administrativos, com o advento da LINDB, comportam novos paradigmas de julgamento, na tentativa de frear o hipercontrole judicial dos atos do poder público, cujas consequências geralmente vão além das partes participantes do processo.

Como forma de diminuir os impactos do hipercontrole, o juiz deve, antes de decidir sobre a invalidação do ato administrativo, guiar-se por valores jurídicos concretos e reais, antever e dimensionar as consequências dessa possível invalidação, indicando-as de modo expresso, na medida do possível e em diálogo com as partes, não podendo acolher a alegação de nulidade pela simples mudança de orientações gerais na atualidade, devendo, ainda, avaliar e compensar eventuais benefícios indevidos ou prejuízos anormais sofridos por uma das partes do processo em razão de seus comportamentos.

Obviamente que a tentativa legal de impor limites ao hipercontrole também apresenta problemas, pois muitos dos limites descritos se valem de conceitos indeterminados ou abertos, como orientação geral, prejuízos anormais, consequencialismo etc. Mas, ainda assim, é de se admitir o avanço que representam tais paradigmas, sobretudo para as agências reguladoras que

produzem atos normativos fundados em escolhas regulatórias de impacto considerável econômico e social.

Referências

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracias e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.954, Relator(a): min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000216424&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 11 dez. 2018.

_____. ADI 5.906, Relator(a): min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5365387>>. Acesso em: 11 dez. 2018.

BRASIL. *Constituição, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 ago. 2018.

_____. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2018.

_____. *Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm>. Acesso em: 11 dez. 2018.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Art. 24 da LINDB — irretroatividade de nova orientação geral para anular deliberações administrativas. *Revista de Direito Administrativo*, v. ed. esp., p. 113-134, 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77652>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

COSTA, Adriano Soares. *Teoria da incidência da norma tributária, crítica ao realismo linguístico de Paulo de Barros Carvalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo: teoria do direito administrativo*. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CYRINO, André. Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, v. 274, p. 175-208. jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/68746/66665>>. Acesso em: 13 dez. 2018.

CYRINO, André. Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, v. 274, p. 175-208. jan./abr. 2017.

FRANÇA, Phillip Gil. *Ato administrativo e interesse público: gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GOUVEIA, Alessandro Samartin de. Súmula vinculante: um limite e um convite à vontade de poder. *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 20, p. 96-123, 2008.

GUERRA, Sérgio. Aperfeiçoando a regulação brasileira por agências: quais lições podem ser extraídas do sesquicentenário modelo norte-americano? In: ____ (Org.). *Teoria do Estado regulador*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 13-106.

____. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma teoria sobre as escolhas administrativas*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

JUSTENFILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB – dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, v. ed. esp, p. 13-41, 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

____. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB: o equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, v. ed. esp., p. 93-112, 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77651>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. A constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras na ótica do redimensionamento do princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, v. 271, p. 109-141, jan./abr. 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/60763/60056>>. Acesso em: 13 dez. 2018.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB – indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*, v. ed. esp., p. 43-61, 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77649>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

_____. As fases do estudo sobre regulação da economia na sensibilidade jurídica brasileira. *Revista Opinião Jurídica*, v. 13, n. 17, p. 284-301, 2015.

PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito*. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 1999.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; PONTES, Rosa Oliveira de. Estado, mercado e eficiência regulatória para os negócios: reflexão a partir dos dados do relatório Doing Business 2017. *Revista Argumentum – RA*, v. 19, n. 2, p. 357-379, maio/ago. 2018.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Teoria da regulação: raízes e fundamentos. In: _____. *Regulação da atividade econômica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 19-51.

SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: _____. (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-143.

SUNDFELD, Carlos Ari; VORONOFF, Alice. Art. 27 da LINDB: quem paga pelos riscos dos processos. *Revista de Direito Administrativo*, n. ed. esp., p. 171-201, 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77654/74317>>. Acesso em: 14 dez. 2018.