

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Latu Sensu* em
Direito Administrativo

Marcus Roberto Rodrigues Pereira da Silva

**HORÁRIO FLEXÍVEL NA ANATEL:
A AUTONOMIA ADMINISTRATIVA**

Brasília – DF
2011

Marcus Roberto Rodrigues Pereira da Silva

HORÁRIO FLEXÍVEL NA ANATEL: A AUTONOMIA ADMINISTRATIVA

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo, no curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientadora: MsC. Marilda da Silveira.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof. Dr.

Instituição a que pertence

Integrante: Prof. Dr.

Instituição a que pertence

Integrante: Prof. Dr.

Instituição a que pertence

Agradeço a Marilda da Silveira pelo insubstituível auxílio na depuração das idéias para concretizar este trabalho.

RESUMO

A presente monografia apresenta o problema da autonomia administrativa das Agências Reguladoras diante da ingerência externa de outros órgãos e entidades relacionando uma determinada compreensão hermenêutica pragmática, com especial destaque à tópica como mediadora justa para analisar o caso concreto a que se propõe: jornada de trabalho dos servidores da Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel. Para tanto, trabalha-se com a hipótese de que é possível reconhecer poder normativo à Anatel para tratar assuntos organizacionais internos como pressuposto lógico para atingir os seus fins constitucionais. Assim, o estudo foi dividido em três partes. Primeiramente se promoveu um exame dos novos paradigmas do Direito Administrativo demonstrando que a legalidade tradicional cedeu diante da constitucionalização dos princípios. A repercussão desta abordagem leva à inevitável descoberta do princípio da juridicidade como critério hermenêutico, juntamente com o colorido da nova concepção gerencial de Administração Pública que tem por objetivo a busca de resultados como espírito orientador dos servidores públicos das agências, em especial. Em um segundo momento, demonstra-se que a separação de poderes é meio e não fim em si mesmo, conceito mutável que não impede o reconhecimento de poder normativo às autarquias especiais. E, de modo derradeiro, promove-se estudo de caso traduzido no horário flexível na Anatel amparado por decisão judicial em caso análogo e no Acórdão nº 3.553/2010 do Tribunal de Contas da União, confrontando com o posicionamento dogmático da lei exarado na Nota Técnica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG, oportunidade na qual lança-se luzes sobre o esse tema, procurando reforçar o conceito de autonomia administrativa das agências reguladoras face ao Poder Central.

Palavras-chave: princípios – juridicidade – administração gerencial – separação de poderes – poder normativo das agências reguladoras – autonomia administrativa.

ABSTRACT

This monograph presents the problem of administrative autonomy of regulatory agencies in the face of outside interference from other agencies and related entities a certain pragmatic hermeneutic understanding, with special emphasis on the topic just as a mediator to resolve the case to which it is proposed: the working day of servers of the National Telecommunications Agency - Anatel. To this end, we work with the hypothesis that it is possible to recognize the normative power the FCC to address issues such as internal organizational logical assumption to achieve its constitutional purpose. Thus, the study was divided into three parts. First it promoted an examination of new paradigms of administrative law demonstrating that the traditional legality surrendered before the constitutionalization of the principles. The impact of this approach leads to the inevitable discovery of the principle of legality as a criterion for the interpretation, along with the colorful design of the new managerial public administration which aims at the search results as a guiding spirit of the civil servants of the agencies, in particular. In a second step, we demonstrate that the separation of powers is a means and not ends in themselves, changing conception does not preclude the recognition of special legislative powers to municipalities. And so last, we promoted a case study on flexitime translated supported by the FCC ruling in the similar case and the Judgement No. 3.553/2010 Court of Audit, comparing with the dogmatic position of the law recorded in the Technical Note of the Ministry Planning, Budget and Management - MOP opportunity to cast light on this issue, seeking to reinforce the concept of administrative autonomy of regulatory agencies against the Central Government.

Keywords: principles - legality - government management - separation of powers - legislative powers of regulatory agencies - administrative autonomy.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABREVIATURAS

Art. por artigo

Obs. por observação

SIGLAS

MPOG – Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão

CF – Constituição Federal

Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABREVIATURAS

Art. artigo

Obs. observação

SIGLAS

MPOG – Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão

CF – Constituição Federal

Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações

LISTA DE SÍMBOLOS

§ - párrafo

Nº - número

SUMÁRIO

<i>INTRODUÇÃO</i>	10
<i>Capítulo 1 - Direito Administrativo Moderno</i>	13
1.1 Breve histórico	13
1.2 Novos paradigmas do Direito Administrativo	14
1.3 Recursos humanos na Administração Gerencial	21
<i>Capítulo 2 - Agências Reguladoras e Poder Normativo</i>	26
2.1 Características das Agências Reguladoras.....	26
2.2 Separação de poderes compatível com o Estado Regulador.....	35
2.3 Poder normativo e independência administrativa da Anatel	35
<i>Capítulo 3 - Estudo de caso</i>	48
3.1 Jornada de trabalho na Anatel e a exegese do Poder Executivo	49
3.2 Análise do caso concreto: possibilidade do horário flexível na anatel	54
<i>CONCLUSÃO</i>	64
<i>REFERÊNCIAS</i>	67
<i>ANEXOS</i>	75

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa analisará a flexibilização da jornada de trabalho dos servidores da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, consistindo no cumprimento de turno de 7 (sete) horas diárias ininterruptas, de segunda a sexta-feira, com 5 horas semanais complementares a serem cumpridas em regime de sobreaviso.

Tal medida tem os olhos voltados à constitucionalização e principalização do Direito Administrativo, sob o enfoque da autonomia administrativa da Anatel, possuidora de assento constitucional, influenciada pela doutrina da Administração Gerencial resultante da Reforma Administrativa do Estado.

O tema foi escolhido por envolvimento no contexto desse tema que é polêmico especialmente no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública, haja vista a implantação da referida jornada no Ministério Público da União, por meio da Portaria PGR/MPU nº 707, de 20 de dezembro de 2006, e no Poder Judiciário por meio da Resolução nº 88, de 08 de setembro de 2009 do Conselho Nacional de Justiça.

Nessa perspectiva, a adoção da jornada de 7 horas ininterruptas não é uma exclusividade da Anatel, havendo outros órgãos que já a aplicam visando ao aumento da qualidade de vida do servidor público e melhoria dos serviços prestados à sociedade, tendo por objetivo principal o interesse público, amparados no princípio da eficiência do Estado Gerencial de resultados sem formalismos procedimentais e legais.

Nesse contexto, não se pretende discutir a extensão do horário flexível às demais agências reguladoras e executivas, e, também aos demais órgãos do Poder Executivo ou outros poderes. Ao contrário, dar-se-á atenção aos argumentos jurídicos a fim de construir e analisar a importância da autonomia administrativa da Anatel, aferindo a legitimidade e a validade de sua normatização em relação ao

ordenamento jurídico, sem perder de vista o interesse público da sociedade e das políticas governamentais, em especial à teoria da Administração Gerencial.

Enfrentar o princípio da legalidade, o princípio da separação dos poderes e a inserção das agências reguladoras no direito brasileiro, definindo os limites de sua atuação normativa, foram pontos difíceis no cotejo da dimensão da autonomia administrativa das agências reguladoras, contudo, o momento mais crucial foi perceber que tanto a doutrina e jurisprudência são comedidas no seu trato.

Nesse aspecto, interessa contribuir de forma singela acerca do conceito de independência administrativa das agências reguladoras traduzida no estudo de caso da jornada de trabalho dos servidores da Anatel sob a perspectiva hermenêutica que apresenta aberturas sistêmicas baseadas nos princípios jurídicos a fim de concretizar a referida autonomia diante dos novos caminhos do policentrismo Estatal.

Dentro do contexto dessa pesquisa, enfrentar-se-á esse problema nos seguintes termos: a Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel pode utilizar da sua autonomia administrativa, no contexto da Administração Gerencial, adotando o horário flexível para os seus servidores, sem se preocupar com o teor das ingerências externas de outros órgãos e entidades?

Para responder esta pergunta a exposição do tema será pautada pelo método discursivo de abordagem dogmática, com o uso de pesquisas bibliográficas e manejo da leitura analítica com a construção de paráfrases e comentários dialéticos-reflexivos, buscando extrair as especificidades do caso concreto sob o prisma do raciocínio pragmático.

No primeiro capítulo, busca-se identificar a origem e a natureza jurídica das reformas no contexto histórico do Estado legalista ao Estado gerencial, contextualizando a descentralização parlamentar do poder normativo para o Poder Executivo e a mudança estratégica quanto à forma de atuar estatal baseada no princípio da eficiência administrativa com reflexos nos recursos humanos.

Desse modo, será analisado o princípio da juridicidade como um dos pontos de abertura na compreensão do Direito Administrativo para solucionar as controvérsias inseridas no contexto do Estado legalista tradicional.

O segundo capítulo delineará as características das agências reguladoras, em especial as da Anatel, somente nos pontos que interessam este trabalho. Para compreensão do poder normativo das agências interessa compreender o conceito de separação de poderes compatível com o Estado Regulador.

Com efeito, demonstrar-se-á três correntes atuais acerca do poder normativo das agências reguladoras: a primeira apregoa como uma nova espécie legislativa primária no mesmo patamar das leis, a segunda uma espécie de regulamento no mesmo patamar de igualdade do Decreto do Presidente da República e a terceira como ato administrativo geral e abstrato, inferior à lei e ao regulamento emanado pelo Chefe do Poder Executivo federal.

O último capítulo se ocupará da análise do estudo de caso, momento em que será detalhada a decisão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG contrária à Anatel, contrabalanceando com argumentos tópicos e hermenêuticos, corroborados por elementos doutrinários e jurisprudenciais, em especial o Acórdão nº 3.553/2010 da 1ª Câmara do Tribunal de Contas da União favorável à Anatel e a sentença prolatada na Ação civil pública nº 2008.70.13.000986-7/PR da Justiça Federal da 4ª Região.

Capítulo 1

DIREITO ADMINISTRATIVO MODERNO

1.1 Breve histórico

Para entender a transformação do Estado sob o prisma da eficiência é necessário fazer uma breve incursão na história para compreendermos o ambiente em que surgiram as agências reguladoras. A Globalização da economia, no final de século XX, em seu atual quadrante da velocidade de informação, gerou acirrada competição entre os países, culminando na busca pela eficiência. Uma vertente do fenômeno foi a reforma do Estado que iniciou-se na Inglaterra, capitaneada por Margaret Thatcher, que por meio da privatização, descentralização administrativa e terceirização reduziu drasticamente o quadro do funcionalismo público como forma de garantir a eficácia no serviço público. As agências executivas, portadoras de autonomia administrativa, receberam a missão de garantir a eficácia e qualidade do serviço público¹.

Da mesma forma, o Brasil, no início da década de 90, em plena estagnação econômica, crise fiscal, prestando serviços públicos precários e geradores de insatisfação nos usuários, deixou de ser empresário para tornar-se Regulador. O cenário inicial foi de privatização de empresas estatais que prestavam diretamente o serviço público ou e em regime de monopólio, passando aos particulares mediante contrato de concessão, com redução dos quadros do funcionalismo público. Surge a ideologia da administração gerencial que busca resultados e eficiência.

O Direito Administrativo brasileiro, diante desse contexto, recebeu uma missão: quebrar paradigmas para dar as respostas necessárias aos fatos.

¹ CARDOSO, Henrique Ribeiro. O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. pp. 29-45.

1.2 Novos paradigmas do Direito Administrativo

O Direito é um sistema jurídico que visa a dar articulação às normas jurídicas no tocante à coerência e unidade na solução do caso concreto em relação ao ordenamento jurídico, conforme preleciona Canaris². A perspectiva sistemática, que prezava unicamente pela coerência e unidade em abstrato do ordenamento jurídico, deu lugar à perspectiva tópica da interpretação e aplicação do direito, que reclama, como exigência de racionalidade, a harmonização do ordenamento positivo no plano da concreção da norma (interpretação tópico-sistemática), conforme proposto por Dworkin³, doutrinador pós-positivista, que acredita, assim como Gadamer⁴, na possibilidade de se buscar as respostas corretas em direito.

Adiante, veremos que a análise do caso concreto passa necessariamente pela “resposta correta” que é “a tarefa prática de se fazer perguntas ao caso e ao direito e de respondê-las da melhor maneira possível: a maneira mais adequada à Constituição e à totalidade da prática jurídica (o direito como integridade)”⁵.

Nos dizeres de Karl Larenz⁶ “de sistema lógico-conceitual, passou a ser concebido como sistema teleológico-axiológico, fundado em fins e valores, os quais devem orientar o juiz e o administrador na interpretação e aplicação das normas”. Registre-se, ainda, a teoria do sistema autopoietico do Direito preconizada por Niklas Luhmann e Gunter Teubner⁷, consistindo no sistema jurídico que prescindir de outros sistemas para lhe determinar e servir de sustentáculo científico, ou seja, a delimitação do conteúdo jurídico é feita pela própria essência do sistema.

² CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Trad.: A. Menezes Cordeiro. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p.12.

³ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Trad.: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 264. Diz o autor que “a integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção”.

⁴ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I. 6ª ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p.473.

⁵ RAMIRES, Maurício. Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 121.

⁶ LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Trad.: José Lamago. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 146.

⁷ LUHMANN, Niklas. Apud: TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoietico. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 2.

Segundo ensina Capilongo⁸ “os limites do direito não podem ser prescritos ou induzidos: eles são constituídos pela unidade do sistema, isto é, pelo potencial de auto-reprodução”.

Nesse sentido, um ponto fundamental é a formação do consenso, conforme preconizado por Klaus Günther⁹ e Luhmann¹⁰, que na sociedade moderna é uma forma de se pensar na solução de conflitos, em especial nos casos difíceis. Segundo Luhmann,

[...] a imposição do direito estatuído é sustentada por dois fatores que se complementam reciprocamente: pelo consenso e pela força da coerção. O consenso, (...) só pode ser fornecido quando se conhece o conteúdo de sentido com o qual se deve concordar. E a força coercitiva só pode ser efetivada quando aqueles que dela dispõem tomarem conhecimento de transgressões ao direito.

Com isso busca-se, no contexto deste trabalho, demonstrar que a natureza tópico-sistemática do próprio sistema jurídico busca a melhor resposta para o caso em concreto contrabalaneando o ordenamento jurídico e a ordem jurídica com argumentos racionais discursivos.

Nesse sentido, o direito administrativo tradicional, baseado no princípio da legalidade como vinculação positiva à lei, já não consegue dar as respostas satisfatórias aos diversos problemas do mundo da vida, em especial da administração pública. Tal princípio, que traduz-se no apego extremado à interpretação literal dos textos legais e infra legais, deve ser entendido com reservas ante o fato do fenômeno da proliferação das fontes jurídico-positivas da legalidade administrativa e o fenômeno da constitucionalização formal e material do Direito Administrativo.

O Direito Administrativo nos últimos anos passou por mudanças no que se refere ao paradigma conceitual e interpretativo resultantes da força normativa dos

⁸ CAPILONGO, Celso Fernandes. O direito na sociedade complexa. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 184-185.

⁹ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.57.

¹⁰ LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 71.

princípios jurídicos, da superioridade formal, ascendência axiológica da Constituição e da centralidade constitucional dos direitos e garantias fundamentais.

É sobre esse espírito de mudança que pretende-se efetuar a análise do estudo de caso, ou seja, envoltos pelos fenômenos da principialização e constitucionalização do Direito Administrativo.

Com efeito, a partir do pós-positivismo, a Constituição passou a gozar no mundo jurídico de novo privilégio haja vista a valorização dos princípios jurídicos, em especial, o da juridicidade que vem dando novo colorido ao princípio da legalidade. Segundo sustenta Luís Roberto Barroso “a Constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si – com a mesma ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito”¹¹.

Atualmente é natural falar em prevalência da Constituição sobre todas as normas, contudo, nem sempre foi assim. Nas linhas seguintes, passa-se a discorrer brevemente sobre os vários sentidos que a lei adquiriu durante a história até se chegar à primazia constitucional. E isso é importante para compreender a atual constitucionalização do direito.

Para os clássicos apenas a verdade de uma norma racional é que garantiria a justiça e não leis positivas, conforme nos ensina Luís S. Cabral de Moncada¹². Segundo o autor na concepção clássica de lei, a legalidade dependia da lei divina propugnada pelos teólogos que dava o ambiente favorável para que os reis e imperadores legislassem livremente sob a motivação da fé. Naquela época a ordem jurídica preexistia ao legislador, valendo a vontade do intérprete e não a do legislador.

Porém, com o iluminismo (razão humana) e o fortalecimento da democracia nos Estados iniciou-se a concepção moderna de lei sob os auspícios da razão e do

¹¹ BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 340.

¹² MONCADA, Luís S. Cabral de. Ensaio sobre a Lei. Coimbra Editora. 2002, p. 8.

poder¹³ e não mais da religião. A lei adquiriu as notas da generalidade e abstração, sendo fonte primeira do Direito, dotado de previsibilidade e garantia, em relação ao costume e à jurisprudência. Naquela época, o Direito era única e exclusivamente a Lei formal¹⁴, vazia de qualquer elemento axiológico e alheio à fundamentação, haja vista os plenos poderes do legislador. Segundo Moncada “a retórica e a argumentação, terreno da razão prática, ficaram excluídas deste esquema”¹⁵. Acrescenta ele “só mais tarde deixaria de ser assim, a partir do momento em que a Constituição transformaria a lei num ato constituído e subordinado a uma disciplina constitucional”¹⁶.

Nesse passo, com a evolução da sociedade, a crise da lei estava anunciada representada pelo surgimento das exigências do Estado-Social e das políticas públicas, materializadas por programas de justiça material e social. Vale transcrever as palavras de Moncada¹⁷,

A estrutura clássica das leis desfigurada; de normas gerais e abstratas com vocação para a permanência passam com frequência a comandos individuais e concretos, deliberados para atender a interesses parcelares e conjunturais e, portanto, passageiros, perdida a respectiva valia ética substituída agora por padrões de eficácia de modo a dar resposta satisfatória aos interesses presentes e afectou-se definitivamente o significado da sua observância. Quem sofre com tudo isso é a qualidade formal das leis.

Importante observar que a doutrina nacional não incorporou ainda as transformações pelas quais o Direito Administrativo vem passando no contexto do Estado Democrático de Direito, conforme preleciona Marçal Justen Filho¹⁸,

o conteúdo e as interpretações do direito administrativo permanecem vinculados e referidos a uma realidade sociopolítica que há muito deixou de existir. O instrumental do direito administrativo é, na sua essência, o mesmo de um século atrás. Talvez se possa encontrar aí uma das causas das dificuldades do próprio direito administrativo constitucional brasileiro, cujo ritmo de evolução não é acompanhado pelo direito administrativo. É

¹³ MONCADA, Luís S. Cabral de. Ensaio sobre a Lei. Coimbra Editora. 2002, p.35. Para o autor naquela época “o poder não se fundamenta, conquista-se e acaba por ter razão quem vence”.

¹⁴ Em contraposição ao conceito de Lei Material subordinado à ordem material de valores da Constituição.

¹⁵ MONCADA, Luís S. Cabral de. Ensaio sobre a Lei. Coimbra Editora. 2002, p.75.

¹⁶ MONCADA, Luís S. Cabral de. Ensaio sobre a Lei. Coimbra Editora. 2002, p. 79.

¹⁷ MONCADA, Luís S. Cabral de. Ensaio sobre a Lei. Coimbra Editora. 2002, p. 90.

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p.13.

necessário constitucionalizar o direito administrativo, o que significa, então, atualizar o direito administrativo e elevá-lo ao nível das instituições constitucionais.

Gustavo Binbojm¹⁹ acentua, calcado na principialização e constitucionalização do Direito, a respeito da crise do paradigma do direito administrativo, que:

- a) o princípio da supremacia do interesse público é substituído por um dever de proporcionalidade a ser exercido pelo intérprete na harmonização dos direitos e interesses em jogo;
- b) a distinção qualitativa entre ato vinculado e ato discricionário dá lugar a uma concepção gradualista no padrão de vinculação administrativa à juridicidade;
- c) a estrutura de um Executivo unitário cede espaço para uma administração policêntrica.

É importante notar que a sociedade atual é aberta, pluralista e fragmentária. Sob esse prisma é prudente dizer que o ordenamento jurídico pode ser considerado incompleto, aberto e móvel, podendo ser completável e ordenável, conforme nos ensina o pensamento sistêmico.

Importante ressaltar, sem perder a noção de Ciência do Direito, que Freitas²⁰ entende que o déficit de sistematicidade do Direito pode ser trabalhada e preenchida com base na interpretação tópico-sistemática.

Interessa a este trabalho entender a existência dos princípios como critério hermenêutico que pode ajudar o intérprete a dar sistematicidade ao ordenamento jurídico, divorciando-se do pensamento positivista de culto à literalidade estrita da lei e da concepção estreita e desatualizada do conceito de separação dos poderes.

Segundo Humberto Ávila²¹ “tanto as regras quanto os princípios extraídos dos enunciados legais estabelecem tão somente deveres *prima facie*, dado que

¹⁹ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 23.

qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto”.

A doutrina ensina que no passado os princípios eram apenas aplicados como fonte subsidiária à lei, contudo, contemporaneamente, atingiram uma autonomia existencial, normatividade e vinculatividade ao lado das normas com estrutura de regra jurídica, podendo impor diretamente, num caso concreto, uma obrigação jurídica²².

Binenbojm²³ ensina que a Constituição deixou de ser uma “mera proclamação retórica de valores e diretrizes políticas”, passando a ser norma superior, vinculante e obrigatória em relação ao legislador e aos aplicadores do Direito e com superioridade formal e axiológica sobre todo o ordenamento jurídico.

Não é outra conclusão que se tem ao examinar o art. 23, inc. I, da Carta Magna²⁴ que comete aos poderes públicos em geral o dever de zelar pela guarda da Constituição e das leis.

Especialmente na década de 90, no Brasil, constata-se o fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, vigorando Emendas Constitucionais

²⁰ FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do Direito. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 151 e 158.

²¹ ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, v. I, nº 4, jul./2001. Disponível em: <<http://direitopublico.com.br>>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2011. Ávila identifica na doutrina os seguintes critérios distintivos entre regras e princípios: a) caráter hipotético-condicional, segundo o qual as regras são juízo condicional que relaciona hipótese e consequência, ao passo que os princípios atuam apenas como fundamento para uma regra de decisão (Esser e Larenz); b) modo final de aplicação, segundo o qual as regras instituem deveres definitivos e são aplicadas ao modo tudo ou nada, enquanto os princípios instituem deveres prima facie e são aplicados ao modo mais ou menos (Alexy e Dworkin); c) relacionamento normativo, segundo o qual o conflito entre regras ocorre no plano da validade, sendo a antinomia resolvida por uma regra de exceção ou de invalidação, ao passo que a colisão entre princípios situa-se no plano da eficácia, sendo a tensão solucionada mediante uma regra de precedência de um princípio sobre o outro (Alexy); d) fundamento axiológico, segundo o qual somente os princípios apresentam base axiológica.

²² FRANÇA, Limongi R. Teoria e prática dos princípios gerais do direito. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 136-148.

²³ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 61-64.

²⁴ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I – zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;”

disciplinando a atuação administrativa, no tocante aos seus serviços e servidores, com destaque especial ao princípio da eficiência administrativa que será o ponto cardeal que guiará a argumentação do presente caso concreto.

Não basta, pois, ater-se à simples subsunção fato-norma, tal qual proposto pelos defensores da legalidade estrita²⁵. Ao contrário, exige-se, no atual quadra do Direito, a interpretação que leve em conta a plena observância dos princípios democráticos e administrativos, no qual milita o denominado princípio da juridicidade que é uma contraposição ao princípio da legalidade estrita, aplicando a Administração Pública em suas relações o Direito (Constituição, leis, regulamentos etc) e não somente a lei formal (vinculação positiva), traduzindo-se na principalização, constitucionalização e sistematização do Direito²⁶.

Verifica-se, hodiernamente, que a Lei do Processo Administrativo consagra a expressão “Lei e Direito”. Sem dúvida é a positivação do princípio da juridicidade no Direito Administrativo brasileiro, consagrada no parágrafo único, do artigo 2º da Lei nº 9.784, de 29.01.1999: “nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de atuação conforme a lei e o direito”.

O art. 37, *caput*, da Constituição de 1988²⁷, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, consagra a concomitância do princípio da legalidade e da eficiência^{28,29,30}, sendo que este se bem compreendido, norteará a

²⁵ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.114. Para Kelsen todo o poder estatal não poderia ser externo ao Direito, e, também, não seria jurídico se não houvesse uma atribuição normativa precedente.

²⁶ ALBUQUERQUE JÚNIOR, Raimundo Parente. Juridicidade contra legem no processo administrativo: limites e possibilidades à luz dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 203. Para o autor o Direito como sistema substituiu a idéia de vinculação administrativa à parte, representada pela regra específica do Direito formal, pela idéia de vinculação administrativa ao todo, formado pela totalidade das normas, regras e princípios que integram o ordenamento jurídico.

²⁷ “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 da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”

²⁸ ÁVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário: de acordo com a EC n. 42, de 19.12.03. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 430. “Eficiente é a atuação administrativa que promove de forma satisfatória os fins em termos quantitativos, qualitativos e probalísticos. Para que a administração esteja de acordo com o dever de eficiência, não basta escolher meios adequados para promover seus fins. A eficiência exige mais do que a mera adequação. Ela exige satisfatoriedade na promoção dos fins atribuídos à administração. [...] A eficiência não se identifica com a mera adequação: é algo mais do

decisão, para o presente caso concreto, respaldada na coerência do sistema normativo como sistema de valores dotado de um acervo principiológico-constitucional.

1.3 Recursos Humanos na Administração Gerencial

Para compreender este ponto é necessário discorrer sobre as reformas da Administração Pública brasileira. Não se impõe alongar-se em amplas digressões, mas apenas tecer comentários sobre alguns aspectos relevantes para esse estudo.

Desde o descobrimento do Brasil até o ano de 1938, viveu-se sob o espírito da Gestão Pública Patrimonialista que caracterizava-se pela confusão do patrimônio público com o privado traduzido pelo clientelismo patrimonialista e fisiologista.

Havia um corporativismo moldado pelo apossamento por grupos de interesses e partidos políticos das benesses propiciadas pelo Poder Público com a liberação de benefícios governamentais para apadrinhados.

Nesse período o Estado era centralizador, burocrático e autoritário, caracterizado por um insulamento burocrático e um universalismo de procedimentos. A corrupção e o nepotismo são inerentes a esse tipo de administração na qual o poder do Estado funciona como uma extensão do poder do soberano³¹.

que ela. Mas também não se identifica com a positivação do próprio fim, que deve ser realizado ao máximo.”

²⁹ MODESTO, Paulo. “Notas para um Debate sobre o princípio Constitucional da Eficiência”. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 2, maio, 2001, p. 11. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 04 de fevereiro de 2011. “A eficiência traz em seu conteúdo duas dimensões: i) a idéia de racionalidade e otimização dos meios e ii) a dimensão de satisfatoriedade dos resultados da atividade administrativa. Assim, em reverência ao princípio da eficiência, o ponto de partida do agente público deverá ser a busca de resultados de maneira rápida, satisfatória e econômica

³⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 135. “não deve ser tomada como mera transposição de um conceito de sentido econômico, mas, com muito maior amplitude, ser coerentemente adaptada em referência aos imperativos de efetiva realização das diretrizes constitucionais que orientam e balizam os poderes públicos.”

³¹ CHIAVENATO, Idalberto. Administração geral e pública. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, pág. 120.

Em 1930, surge a Administração Pública Burocrática em resposta à corrupção patrimonialista.

Em 1936, no Brasil, foi criado o Departamento de Administração do Serviço Público – DASP que representou a tentativa de profissionalização do serviço público, a idéia de carreira, hierarquia funcional, impessoalidade e formalismo.

Os controles administrativos eram rígidos e orientados por normas escritas, com divisão do trabalho, cargos estabelecidos de forma hierarquizada, regras e normas técnicas para desempenho de cada cargo. A seleção de pessoal era realizada através do concurso público e era natural a separação entre propriedade e administração.

Para Chiavenato “seu defeito é a ineficiência, a auto-referência, a incapacidade de voltar-se para o serviço aos cidadãos vistos como clientes”³².

Posteriormente, na década de 90, no Governo Collor de Mello, iniciou-se o modelo de Gestão Pública Gerencial, conhecida como a nova Administração Pública. Nesse sentido, no período compreendido entre 1995 a 2003, houve reformas de natureza liberal no Estado Brasileiro. A Globalização gerou dois efeitos: Estados com menos recursos e com menos poder. Foi inevitável o corte com gastos com pessoal. Era preciso eficiência governamental interna e externa com prerrogativas flexíveis e menos formalistas.

Assim, em 1995, foi criado o Ministério de Administração e Reforma do Estado – MARE que concretizou a visão gerencialista de Estado por meio do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – PDRAE³³ que tinha por objetivo uma melhor capacitação dos funcionários públicos, garantia de contratos, bom funcionamento dos mercados, autonomia e capacidade gerencial do gestor público e melhores serviços para o cidadão-cliente. Era apregoada, portanto, uma administração profissional com ênfase nos resultados, medida por uma avaliação de

³² CHIAVENATO, Idalberto. Administração geral e pública. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, pág. 121.

³³ Presidência da República. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

desempenho baseada na eficiência dos funcionários públicos. Era a transposição das práticas da gestão privada para o setor público. Houve uma descentralização administrativa, campo fértil para que surgisse a Anatel como a segunda Agência Reguladora na qual a sociedade possui assento e voz, compondo conselhos e ajudando a elaborar normas.

Na teoria, as agências reguladoras caracterizar-se-iam por novas práticas administrativas, flexibilidade de procedimentos, rapidez, agilidade e eficiência no atendimento das demandas de um Estado moderno e de uma sociedade cada vez mais articulada e exigente com relação à qualidade dos serviços públicos. Não se deve esquecer que a tecnicidade é a pedra de toque dessas agências, em especial a Anatel.

Nesse sentido, os quadros das agências reguladoras devem ser preenchidos por técnicos com conhecimento e neutralidade na matéria em que irão regular, sendo que o objetivo da instituição das agências reguladoras é transmitir confiança ao mercado.

Nunes³⁴ nos ensina que a autonomia gerencial em relação a outros órgãos do governo e a grupos de interesse é condição que se impõe tendo em vista que a liberdade gerencial valoriza a competência técnica, orientando o caminho de uma regulação imparcial pautada em decisões consistentes e justas, o que significa desempenho satisfatório:

fundamental que o órgão regulador tivesse em seus quadros pessoal altamente capacitado tecnicamente, e conseqüentemente bem remunerado, o que significa a necessidade de procedimentos diferenciados dos usualmente adotados pela administração pública para o recrutamento, seleção, treinamento e desenvolvimento.

Na época, o Ministro Sérgio Motta³⁵ apregoava de modo contundente que a Anatel somente seria eficiente, se dispusesse de

³⁴ NUNES, Edson de Oliveira. Agências reguladoras e reforma do Estado no Brasil: inovação e continuidade no sistema político institucional, coordenação Edson Nunes de Oliveira Nunes..[et al.] – Rio de Janeiro: Garamond, 2007, p. 152.

³⁵ Exposição de Motivos nº 231/MC. Ministério das Comunicações, Gabinete do Ministro, Brasília, 10/12/1996.

liberdade gerencial para atingir os objetivos determinados. Essa faculdade visa a incentivar a eficiência administrativa e a competência técnica. É um insumo essencial para o bom desempenho do órgão regulador em ambiente de tecnologia de ponta e de competição.

Mas não é só. O legislador quis que as agências utilizassem a autonomia gerencial para atuar com eficiência na busca de resultados. E por se tratar de Carreira de Estado, o regime jurídico escolhido dos seus servidores foi o estatutário, conforme dessume-se do artigo 6º da Lei 10.871, de 20 de maio de 2004³⁶, sendo que o artigo 12 da mesma Lei³⁷, definiu a jornada de trabalho dos servidores das agências reguladoras em 40 (quarenta) horas semanais.

Ponto importante na linha proposta pela Administração Gerencial é o fato dos servidores das agências reguladoras terem o seus vencimentos vinculados ao resultado próprio e institucional, conforme se verifica dos incisos I e II do artigo 16³⁸ da Lei 10.871/04, em que ficou definido que os vencimentos dos servidores das agências reguladoras são constituídos de vencimento básico e gratificação de desempenho de atividade de regulação – GDAR que possui o limite máximo de 100 (cem) pontos e o mínimo de 30 (trinta) pontos por servidor, sendo que até 20 (vinte) pontos serão atribuídos em função dos resultados obtidos na avaliação de desempenho individual e até 80 (oitenta) pontos serão atribuídos em função dos resultados obtidos na avaliação de desempenho institucional.

Ora, verifica-se no tocante às agências reguladoras que o legislador implantou a Administração Pública Gerencial por resultados, prova disso é que o vencimento do servidor público da Anatel está atrelado à eficiência do desempenho institucional que, uma vez não atingido, impõe-se sua redução proporcional.

³⁶ “art. 6º O regime jurídico dos cargos e carreiras referidos no art. 1º desta Lei é o instituído na Lei nº 8.122, de 11 de dezembro de 1990, observadas as disposições desta Lei”.

³⁷ “art. 12 É de 40 (quarenta) horas semanais a jornada de trabalho dos integrantes dos cargos a que se refere esta Lei”.

³⁸ “Art. 16. Fica instituída a Gratificação de Desempenho de Atividade de Regulação – GDAR, devida aos ocupantes dos cargos a que se referem os incisos I a XVI, XIX e XX do art. 1º desta Lei, quando em exercício de atividades inerentes às atribuições do respectivo cargo nas Agências Reguladoras referidas no Anexo I desta Lei, observando-se a seguinte composição e limites: I – a GDAR será paga observado o limite de 100 (cem) pontos e o mínimo de 30 (trinta) pontos por servidor, correspondendo cada ponto ao valor estabelecido no Anexo VI desta Lei; II – a pontuação referente à GDAR está assim distribuída: a) até 20 (vinte) pontos serão atribuídos em função dos resultados obtidos na

Em outras palavras, se o desempenho institucional for ruim, por exemplo, em consequência da adoção do horário flexível, prejudicados são os servidores e a sociedade.

avaliação de desempenho individual; e b) até 80 (oitenta) pontos serão atribuídos em função dos resultados obtidos na avaliação de desempenho institucional. [...]

Capítulo 2

AGÊNCIAS REGULADORAS E PODER NORMATIVO

Com a constitucionalização do Direito Administrativo passou-se a exigir do intérprete uma visão realista que não perca a contextualização histórica de transposição do Estado Liberal para o atual Estado Regulador, reconhecendo mudanças nas instituições econômicas concretizadas e decorrentes da realidade de um mundo globalizado visualizados à luz da análise do caso em concreto.

Com a evolução histórica decorrente da reorganização das atividades econômicas, em especial nas décadas de 1980 e 1990, nota-se o surgimento dos anseios da sociedade moderna que não se satisfaz com os modelos tradicionais – lei formal do Poder Legislativo (independente de seu conteúdo e ato primário), exigindo a redefinição dos instrumentos normativos sob o manto da lei material, produzido por qualquer poder e compreendendo qualquer ato primário e secundário.

É o que se verifica, no atual quadrante do direito administrativo, com a inflação normativa de resoluções do Poder Executivo e do Poder Judiciário, atestando a incapacidade fática do Legislativo em ordenar em minúcias todos os interesses dos diversos segmentos sociais e estatais.

Neste trabalho dar-se-á ênfase ao princípio da juridicidade em cotejo com a interpretação tópico-sistemática e teleológica do ordenamento jurídico.

2.1 Características das Agências Reguladoras

Neste capítulo não é objetivo tratar exaustivamente de todas as nomenclaturas e classificações existente na doutrina brasileira e em outros sistemas jurídicos, mercedores de trabalho independente. Ao contrário, apenas verificar-se-á em linhas gerais seus principais aspectos, especialmente sobre a Anatel.

Este trabalho faz referências somente às agências reguladoras federais, pertencentes ao Poder Executivo, entes descentralizados sob a forma de autarquia com regime especial atuando em áreas sujeitas aos deveres do Estado e sujeitas ao regime de Direito Público, a saber: a) controle de serviços públicos concedidos; b) fomento; c) controle, contratação e fiscalização da indústria do petróleo; d) poder de polícia; e) fiscalização do uso de bem público.

No Brasil, hoje, existem dez agências reguladoras no âmbito federal, são elas: a Aneel, para o setor de energia elétrica (1996), a Anatel, para as telecomunicações (1997), a ANP para o petróleo (1997), a Anvisa para vigilância sanitária (1999), a ANS para a assistência suplementar à saúde (2000), a ANA para a água (2000), a Antaq para os transportes aquaviários (2001), a ANTT para os transportes terrestres (2001), a Ancine para a indústria cinematográfica (2001) e a Anac para a aviação civil (2005).

Vale esclarecer que a expressão “agências reguladoras” apareceu pela primeira vez no ordenamento jurídico com a Lei nº 9.986/2000 que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras. Tanto a Constituição quanto as leis criadoras dessas entidades referem-se a “órgão regulador” ou “agência”, respectivamente.

A Lei n. 9.472/1997, que criou a Anatel, em seu art. 8º, § 2º, dispõe: “a natureza de autarquia especial conferida à agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

A direção da Anatel está a cargo de um conselho diretor composto de cinco membros com mandatos não-coincidentes de cinco anos (art. 20), que são nomeados pelo Presidente da República, mediante aprovação prévia do Senado (art. 23).

O art. 38 da referida Lei dispõe que as atividades da Anatel estão juridicamente condicionadas ao cumprimento dos princípios da legalidade, celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, igualdade, devido processo legal, publicidade e moralidade.

Ao se cotejar as leis de criação de todas as agências reguladoras, pode-se dizer que todas elas possuem as seguintes características comuns: (i) maior autonomia³⁹; (ii) estabilidade de seus dirigentes⁴⁰; (iii) caráter final de seus atos que não podem ser revistos por outros entes da Administração Pública e (iv) escolha dos dirigentes pelo Presidente da República sabatinados pelo Senado Federal⁴².

A despeito da existência de características comuns, a lei estabelece a classificação em agências regulatórias (agências de Estado) e executivas⁴³ (agências de governo), entendimento que se extrai do artigo 51, *caput*, da Lei n. 9.649/1998⁴⁴.

Levando-se em consideração esta classificação, observa-se em relação às agências executivas⁴⁵ que se houver edição de regulamento próprio (ato

³⁹ Este trabalho adota a premissa defendida por Emerson Garcia que entende que a autonomia em termos gerais, é a “prerrogativa de estabelecer as próprias normas que devem ser seguidas”. GARCIA, Emerson. Ministério Público Organização, Atribuições e Regime Jurídico. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, p 90.

⁴⁰ O artigo 24, *caput*, da Lei 9.472/1977 afirma que o mandato dos dirigentes da Anatel são de 05 (cinco) anos. Esta informação faz-se necessária haja vista que o artigo 6º, *caput*, da Lei 9.986/2000 não estabelece prazo único para o mandato dos dirigentes das agências reguladoras, transferindo para as leis criadoras de cada agência a incumbência de fixar sua duração.

⁴¹ O artigo 9º da Lei n. 9.986/2000 prevê as modalidades mais relevantes de extinção do mandato dos dirigentes das Agências, in verbis: “Os Conselheiros e Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar”. O parágrafo único acrescenta: “A lei de criação da Agência poderá prever outras condições para a perda do mandato”.

⁴² A aprovação das nomeações no Senado Federal ocorrerá, após arguição pública, em votação secreta, consistindo em verdadeiro controle prévio, de natureza política, sobre a composição de cargos no Executivo Federal.

⁴³ SALGADO, Lúcia Helena. As Agências Regulatórias na Experiência Brasileira: um panorama do atual desenho institucional. Texto para discussão nº 941. Rio de Janeiro: IPEA, 2003, pág. 32. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/pub/td/2003/td_0941.pdf. Acesso em 15 de fevereiro de 2011. [...] “Art. 51. O Poder Executivo poderá qualificar como Agência Executiva a autarquia ou fundação que tenha cumprido os seguintes requisitos: I – ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional; II – ter celebrado Contrato de Gestão com o respectivo Ministério Superior.”

⁴⁴ Não existe uniformidade em relação à celebração de contratos de gestão com as agências reguladoras, uma vez que apenas algumas leis de criação das agências apresentam essa previsão. Pode-se encontrar a previsão de contratos de gestão nas leis de criação: (i) da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), no artigo 7º da Lei nº 9.427/96; (ii) da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), nos artigos 15, VIII, 19 e 20 da Lei nº 9.782/99; e (iii) da Agência Nacional de Saúde (ANS), no artigo 14 da Lei nº 9.996/2000. A Anatel não possui tal previsão.

⁴⁵ “Art. 6º Não se aplica às Agências Executivas que tenham editado regulamento próprio, dispondo sobre o registro de assiduidade e pontualidade de seus servidores, o disposto no § 7º do art. 6º do Decreto nº 1.590, de 10 de agosto de 1995, alterado pelo art.4º do Decreto nº 1.867, de 17 de abril de 1996.”

administrativo-normativo) que disponha sobre o registro de assiduidade e pontualidade de seus servidores, aplicar-se-ia a dispensa do controle de frequência aos ocupantes de cargos da sua “alta gerência”.

Trata-se de assunto administrativo relacionado à atividade-meio que pode ser tratado por simples ato administrativo, tal como o foi na Anatel, agência reguladora com autonomia administrativa originária *ex vi legis*, que ao editar a portaria do horário flexível teve questionada a sua autonomia por entendimento do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Esta comparação será analisada no último capítulo.

No tocante à competência para edição de normas, a Anatel tem previsão legal expressa nos artigos 19, incisos IV, X, XII e XIV e 22, IV, X da Lei nº 9.472/1997⁴⁶. Esta característica será analisada nos capítulos que se seguem, defendendo-se inclusive a competência implícita constitucional para elaborar normas.

Algumas agências reguladoras federais, por expressa disposição de lei, foram dotadas de capacidade tributária ativa para cobrar taxas e contribuições de intervenção no domínio econômico. A título de exemplo, cita-se a Anatel nos artigos 12 e 13 da Lei 9.427/1996⁴⁷.

Interessa-nos desenvolver o conceito de autonomia administrativa sob o prisma dos recursos humanos, pedra angular de todo este trabalho. Faz-se,

⁴⁶ “Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: [...] IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público; [...] expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado; [...] expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem; [...] expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais. [...] Art. 22. Compete ao Conselho Diretor: IV - editar normas sobre matérias de competência da Agência; [...] X - aprovar o regimento interno.”

⁴⁷ “Art. 12. É instituída a Taxa de Fiscalização de Serviços de Energia Elétrica, que será anual, diferenciada em função da modalidade e proporcional ao porte do serviço concedido, permitido ou autorizado, aí incluída a produção independente de energia elétrica e a autoprodução de energia [...] Art. 13. A taxa anual de fiscalização será devida pelos concessionários, permissionários e

portanto, necessário analisar o que se entende por autonomia. Vital Moreira⁴⁸ entende que

[...] designa genericamente o espaço de liberdade de conduta de um ente face a outro. Concretamente no âmbito das pessoas colectivas públicas ela exprime a liberdade dos entes infra-estaduais face ao Estado, ou seja, a relativa independência em relação ao poder central, podendo se falar em autonomia regulamentar, administrativa (stricto sensu), patrimonial e financeira, etc.

Floriano⁴⁹ ensina que as agências possuem dois tipos de independência orgânica e a administrativa:

[...] cuida de garantir uma liberdade de meios para a boa atuação do regulador. Trata-se de dotá-lo de recursos e instrumentos para exercer suas atividades sem necessidade de recorrer ao poder central. Se traduz nos seguintes mecanismos: a) autonomia de gestão do órgão; b) autonomia financeira; c) liberdade para organizar seus serviços; d) regime de pessoal compatível.

Para o autor o conceito de independência de gestão⁵⁰ é a “liberdade para organizar seus serviços, para determinar, internamente, como serão alocadas as competências e atribuições dos agentes para exercício das atividades regulatórias”.

2.2 Separação de Poderes compatível com o Estado Regulador

O estudo da teoria da separação dos poderes é importante para se visualizar melhor a natureza jurídica das normas emanadas pelas agências reguladoras. Para que se possa entender com profundidade o que se propõe, é importante efetuar uma análise do princípio da legalidade.

O artigo 2º da Constituição Federal de 1988⁵¹ dispõe que entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário existe independência e harmonia. Aragão⁵²

autorizados a partir de 1º de janeiro de 1997, devendo ser recolhida diretamente à ANEEL, em duodécimos, na forma em que dispuser o regulamento desta Lei.”

⁴⁸ MOREIRA, Vital. *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra Editora, 1997, p. 69 e 70.

⁴⁹ Marques Neto, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 73.

ensina, citando Zippelius, que o princípio da separação dos poderes não é absoluto, pois não existe “uma separação de poderes, mas muitas vezes variáveis segundo cada direito positivo e momento histórico diante do qual nos colocamos”.

No período do absolutismo monárquico dos séculos XVII e XVIII, até o regime de construção do liberalismo a concepção acerca da separação dos poderes do Estado era absoluta, pois se entendia que era essencial a existência da separação absoluta de poderes para que se pudesse existir uma constituição, a fim de limitar o poder despótico dos monarcas, garantindo a um só tempo a liberdade individual e a participação da burguesia na vida política.

Uma das tendências então verificadas foi que na concepção liberal de lei, o legislador era o intérprete autêntico da vontade geral, ou seja, uma separação desigual dos poderes em que o resto era mera função de execução.

Segundo Moncada ensina: “significa isto que a centralidade da lei exigia a subordinação completa dos outros poderes do Estado ao legislativo. Nada de liberdades interpretativas do juiz feito arauto de um direito exterior à lei”⁵³.

Quando da sua sistematização, o capitalismo era concorrencial. Significa dizer que refletia a competição entre agentes com poder econômico igual ou semelhante, de modo que não se justificava a intervenção do Estado na esfera privada. No entanto, com o processo de concentração econômica, as pequenas empresas se tornaram grandes grupos econômicos, provocando distorções no mercado.

Fenômeno este que a mão invisível não conseguia dissipar, tornando inevitável a progressiva transferência de poderes legislativos parlamentares para os

⁵⁰ Marques Neto, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 78.

⁵¹ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

⁵² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 25/09/2010.

Governos, dada a maior proximidade dos interesses da sociedade moderna e complexa, sempre preocupada com questões de produtividade e eficiência. Com esse processo, grandes problemas sociais foram gerados, provocando um acúmulo crescente de ações governamentais, com as quais o princípio da separação de poderes não seria compatível, fazendo-se necessária uma distinção entre função e poder.

Entretanto, segundo Cardoso⁵⁴, “é a partir de Jonh Loche, Henry Bolingbroke, Charles de Montesquieu e David Hume que a teoria adquire importância política fundamental”.

A proposta desses autores, ainda sob o manto da absolutização do princípio, era a de equilíbrio entre três poderes distintos como distribuição, e não separação de poderes, conforme contextualiza Montesquieu: “tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os casos entre os particulares”⁵⁵.

Segundo Zipellius, a relativização do princípio ocorreu com a atribuição de funções atípicas aos poderes, ou seja, quando o “Executivo cria direito dotado de vinculação geral” ou o poder judicial participa “na integração de lacunas legais, no processo de tornar mais preciso e completo o direito legislado”⁵⁶. Na realidade, trata-se do que hoje conhecemos no direito constitucional como teoria dos freios e contrapesos. Moncada⁵⁷ mostra isso com muita propriedade,

A concentração de poder no órgão governamental através da mediação política dos partidos majoritários e a própria complexidade técnica das matérias a tratar facilitam esta situação. A consideração do peso da iniciativa legislativa, cada vez menos parlamentarizada, é fundamental para a diagnose do verdadeiro peso do parlamento como órgão legislativo na situação actual. [...] O panorama fica ainda mais complexo se tivermos em linha de conta que o fenómeno da descentralização do poder em benefício

⁵³ MONCADA, Luís S. Cabral de. Ensaio sobre a Lei. Coimbra Editora. 2002, p. 70.

⁵⁴ CARDOSO, Henrique Ribeiro. O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. pp. 20-25.

⁵⁵ MONTESQUIEU. O espírito das leis. 2ª ed. 2. Tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.166.

⁵⁶ ZIPELLIUS, Reinhold. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Teoria Geral do Estado. 3ª ed. Lisboa: Fundação Caloust Gulbenkian, 1997, pp. 416-417.

⁵⁷ MONCADA, Luís S. Cabral de. Ensaio sobre a Lei. Coimbra Editora. 2002, p. 95-96.

das Autarquias Locais e até institucionais, quer no âmbito da administração indirecta do Estado quer no da administração autónoma, com o reconhecimento a favor destas entidades de competências próprias diferenciadas das dos órgãos centrais do Estado colocou nas respectivas mãos um importantíssimo poder normativo pouco ou nada disciplinado pela lei, o que faz das normas assim elaboradas verdadeiras leis se definirmos estas pelo critério clássico da novidade, pois se trata de normas elaboradas em primeira mão sobre um núcleo de assuntos em que o legislador parlamentar ou equiparado não intervém. Por último, a cada vez mais frequente presença das chamadas Autoridades Administrativas Independentes (AA. Is.) [...]

A Constituição Federal brasileira de 1988 demonstra a ausência de uma rígida separação das funções, por exemplo, quando o Poder Executivo edita Medidas Provisórias. Parece que atualmente está patente a não existência de separação absoluta de funções, em que cada um exerceria com exclusividade a função que nominalmente lhe corresponde.

Destarte, hodiernamente, existe divisão de funções especializadas, “o que enfatiza a necessidade de controle, fiscalização e coordenação recíprocos entre os diferentes órgãos do Estado Democrático de Direito”⁵⁸. Em consonância com o alegado, José Afonso da Silva entende que a distinção de funções é, na verdade, uma especialização das tarefas governamentais⁵⁹.

A respeito da relação entre separação dos poderes e Constituição, Américo⁶⁰, citando Paulo Suordem, ensina que o princípio “não é um fim em si mesmo, mas um instrumento concebido com o intuito de viabilizar uma efetividade às conquistas obtidas com o movimento constitucionalista”, cuja principal característica é a afirmação dos direitos fundamentais.

Flávia Viveiros de Castro relaciona os principais sentidos emprestados ao princípio da separação dos poderes: (i) a separação de poderes como distinção entre os campos de atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário; (ii) a separação de poderes designando quer funções estatais distintas, que os respectivos órgãos

⁵⁸ KRELL, Andreas J. Discricionarietà administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais (um estudo comparativo). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 45.

⁵⁹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.112.

que as personalizam; (iii) a separação de poderes como garantia da independência entre os diferentes órgãos que desempenham as funções do Estado; (iv) a separação de poderes como limitação e controle do poder de um órgão estatal em face do outro, mediante mecanismos específicos; (v) a separação de poderes como participação de dois ou mais órgãos estatais em uma mesma função⁶¹.

Do exposto acima, interessa o último sentido: a separação de poderes como participação de dois ou mais órgãos estatais em uma mesma função, relativizando a idéia de separação dos poderes, tendo em vista o poder normativo das agências reguladoras (entidades dos ordenamentos setoriais).

Segundo Aragão, citando A. Salamandra, “a efetiva descentralização com a concessão de autonomia aos órgãos e entidades parciais, é uma exigência de uma visão evolutiva do princípio da separação dos poderes”. Em verdade, segundo o autor, ao atenuar a concentração de poderes da Administração Pública Central, atribuindo competências e autonomia às agências reguladoras, alcança-se eficazmente o sentido material da separação de poderes garantindo a segurança jurídica⁶².

No mesmo sentido, Moncada assevera “os fins são hoje muito complexos e variados, amiúde inconciliáveis quando não contraditórios, à medida da dificuldade do concerto dos interesses em presença numa sociedade cada vez mais exigente e impaciente”⁶³.

Eros Roberto Grau⁶⁴ entende que novos mecanismos não são compatíveis com a idéia de separação de poderes (em um sentido subjetivo), mas perfeitamente

⁶⁰ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A separação de poderes (funções) nos dias atuais. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, nº 238, p. 38, out.-dez./2004.

⁶¹ CASTRO, Flávia Viveiros de. O princípio da separação dos poderes. In: Peixinho, Manoel Messias; Guerra, Isabella Franco; Nascimento Filho, Firly (Orgs.). Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 133-156.

⁶² ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 25/09/2010.

⁶³ MONCADA, Luís S. Cabral de. Ensaio sobre a Lei. Coimbra Editora. 2002, p. 131.

⁶⁴ GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 2 ed. São Paulo: Malheiros, p. 231.

compatíveis com a separação de funções do Estado (em seu sentido objetivo). Assim, a defesa de uma separação de poderes (sentido subjetivo) ignora uma série de situações de caráter técnico que, diante da dinâmica mercadológica acelerada, tornam o Legislativo obsoleto para a regulação.

A nova visão acerca do conceito de separação de poderes tem o fito de demonstrar que as agências reguladoras não estão a violar o princípio da separação dos poderes, haja vista a necessidade de novos mecanismos de produção de normas para responder com eficiência aos imperativos de uma sociedade complexa na qual vivemos, levando-se em consideração a falta de conhecimento técnico por parte do legislador – canal tradicional de produção de normas.

Na esteira desse entendimento, pretende-se demonstrar, nas linhas seguintes que a autonomia administrativa, lastreada no poder normativo, é um meio para se atingir os fins regulatórios.

2.3 Poder Normativo e Independência Administrativa da Anatel

Na atual conjuntura do mundo globalizado, o Governo tende, inevitavelmente, a assenhorar-se do poder legislativo no ritmo da complexidade dos assuntos resultantes do mundo da vida. Pede-se atenção a este particular uma vez que está em jogo o exercício de competência normativa e a rígida divisão de competências presente na Constituição de 1988.

O Estado de direito liberal sustenta-se nos princípios da separação de poderes e legalidade que, segundo a visão tradicional, só é permitido fazer o que a lei autoriza. Por outro lado, o Estado Regulador busca legitimar a emissão de normas pelas agências reguladoras, haja vista que elas trabalham com elementos de direito econômico e normas de direito suave (*soft law*), ou seja, flexibilizadas, por

decisões racionais e proporcionais, que ultrapassem o plano da mera validade da lei⁶⁵.

Importante deixar vincado que a função normativa da Administração Pública não é uma novidade no nosso ordenamento jurídico, tendo como pano de fundo a história traduzida na prática política de apagamento do parlamento diante do protagonismo do executivo no Estado intervencionista.

O direito tal como propugnado por Teubner se reproduz em um processo de autopoíese, sem comunicação recíproca. Teubner⁶⁶ verifica que

[...] A solução para qualquer problema relativo à adequação social do direito num determinado domínio ou área de regulação deve consistir em tornar o aparelho “mais inteligente”; ou seja, o sistema jurídico deve aumentar os seus conhecimentos sobre os processos, funções e estruturas reais do subsistema social regulado e moldar as respectivas normas de acordo com os modelos científicos dos sistemas envolventes. [...] As soluções constroem-se contingencialmente, à medida das contradições trazidas pelos casos individuais, sem qualquer possibilidade de construção de uma doutrina geral de conflitos.

Alexandre dos Santos Aragão⁶⁷, com amparo na teoria ordenamental de Santi Romano desenvolvida por Massimo Giannini, inaugurou na doutrina pátria importante teoria a fim de conferir legitimidade ao estudo do poder normativo das agências reguladoras ao dizer que as agências reguladoras são ordenamentos jurídicos relativos a setores econômicos especializados, com a denominação de teoria dos ordenamentos setoriais.

Propugna esta teoria que não é mais possível uma concepção monolítica do ordenamento jurídico do Estado. Em breve resumo, significa que, face à complexidade normativa moderna, a concepção piramidal do direito não tem o condão de explicar o fenômeno atual de vários centros de tomada de decisão com vários complexos de normas ou instituições. Para cada instituição existente que possui ampla autonomia, não necessariamente absoluta, haveria um ordenamento

⁶⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. Três desafios para um Direito Mundial. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003, p. 79.

⁶⁶ TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoietico. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Caloustre, 1989, p. 162 e 229.

jurídico independente de direito objetivo, sendo que cada instituição, desde a familiar até o Estado, forma um mundo jurídico completo em si.

Nesse sentido Cyrino⁶⁸ orienta “o ordenamento jurídico fruto de um Estado pluralista não se explica com a metáfora da pirâmide, mas como um sistema planetário, tratando-se de conjunto de várias fontes que se desenvolvem através de atribuições de competências constitucionais”.

Observa Aragão⁶⁹

Há inevitavelmente, no Estado contemporâneo, pluralidade de fontes normativas, seja por razões territoriais (estados federados, entes locais autônomos, etc.), seja pela divisão das funções estatais feita pela Constituição (ex. diversos poderes), ou pela especialização técnica para regular determinada matéria ou setor da atividade social.

Nesse sentido, pretende-se demonstrar nas linhas seguintes que, com o pluralismo de fontes estatais, a lei não guarda o papel central de outrora. Utilizam-se, hodiernamente, os princípios da juridicidade e da efetividade que possuem características normativas próprias sem perder de vista o consenso, enquanto solução argumentativa, encontrando legitimidade nos postulados éticos da justiça material.

Sobre o tema, pronunciou-se Moncada⁷⁰ no sentido de que

A tópica integrava um patrimônio comum de argumentos ou provas cuja utilização garantia a comunicação. O trabalho do legislador era o de caucionar as soluções assim geradas. Era esse o papel da boa legislação; reproduzir ou melhor repetir o conteúdo dos lugares comuns. Só assim passaria a prova da legitimidade. Ora, tudo se alterou. A diferença assentou arraias no espaço social e pulverizou o discurso regulador. Os lugares comuns são, portanto, escassos, o que dificulta a produção de sentido comum através da lei. Poucos tópicos poderão ainda servir de ponto de apoio a soluções legislativas gerais, possibilitando o reconhecimento comum e a especial legitimidade dele resultante.

⁶⁷ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 184.

⁶⁸ CYRINO, André Rodrigues. *O Poder Regulamentar Autônomo do Presidente da República – A Espécie Regulamentar Criada pela EC nº 32/2001*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005, p. 76.

⁶⁹ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 185.

⁷⁰ MONCADA, Luís S. Cabral de. *Ensaio sobre a Lei*. Coimbra Editora. 2002, p 177.

É com esse esclarecimento que se pode entender melhor o amplo poder normativo das agências reguladoras. Nas palavras de Fabrício Motta⁷¹ temos que

O Executivo, antes subordinado às diretrizes emanadas do Legislativo, atualmente comanda os processos jurídico-formais de decisão, interferindo decisivamente nas competências tradicionalmente asseguradas ao Legislativo, por diversas maneiras: a) determinando os rumos pelos quais serão conduzidas as políticas interna e externa do Estado (inclusive, neste último caso, participando de rodadas de negociação que, posteriormente, resultarão em atos normativos comunitários ou internacionais); b) utilizando-se de mecanismos constitucionais que lhe atribuam competência para edição de atos normativos primários, como medidas provisórias; c) participando ativamente da elaboração de projetos de lei, por intermédio das estruturas administrativas com maior capacidade técnica para a diversidade de matérias tratadas; d) comandando o processo orçamentário, sobretudo por meio de iniciativa das leis orçamentárias e controle de sua execução; e) formando grandes blocos partidários (ou mesmo extrapartidários) e assegurando-lhes, efetivamente, o controle de todas as deliberações legislativas.

O Estado Democrático de Direito exige que certas matérias que tratam da estrutura do ordenamento devem ser veiculadas exclusivamente por lei formal, elaborada pelo Parlamento, a qual recebe o nome de “reserva legal” ou “reserva absoluta de lei”. De outro giro, existem matérias que exigem a definição da conjuntura técnica e volátil de determinados segmentos socioeconômicos que podem ser tratadas pela “reserva legal relativa” em que há campo fértil para utilização do poder normativo da administração, conforme lição preciosa de Alberto Xavier⁷²

Numa reserva absoluta, a lei deve conter o fundamento e a totalidade dos critérios de sua decisão, no caso concreto, não conferindo ao agente qualquer margem de liberdade na sua aplicação. De reverso, na reserva relativa, a lei contenta-se em autorizar o agente à prática de certo ato, mas sem, com isto, determinar necessariamente seus critérios de decisão, conferindo-lhe, portanto, uma margem de liberdade, menor ou maior na aplicação do direito ao caso concreto.

Os atos administrativos editados pela administração encontram-se necessariamente em patamar inferior à lei, e, conseqüentemente, a ela

⁷¹ MOTTA, Fabrício. Função normativa da Administração Pública. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2007, pág. 85.

⁷² XAVIER, Alberto. Legalidade e tributação. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 47-48, jul./dez. 1978, p.332

subordinados, pois a Constituição da República acolhe o princípio da preferência da lei, assim, temos que o Poder Executivo deve sujeição à lei (reserva legal).

No entanto, a obediência à lei não exclui a possibilidade da edição de normas sem sua intermediação, é o que se verifica nos artigos 62 e 68 da Constituição que conferem ao Poder Executivo o poder de editar normas com força de Lei⁷³.

Porém, no âmbito infralegal, importante observar que o Decreto ou regulamento é o veículo utilizado pelo Chefe do Poder Executivo para exteriorizar sua competência normativa⁷⁴.

Para nortear o estudo no tocante ao poder normativo das agências reguladoras é importante esclarecer que a doutrina tradicional nega a possibilidade de o Poder Executivo inovar na ordem jurídica via regulamento, em especial quando não há disciplina legal acerca do tema. Além disso, afirma a impossibilidade de delegação pelo Legislativo ao Executivo para dispor, via regulamento, de matéria não disciplinada em lei.

Diante desse contexto de idéias, surge concomitantemente um ferrenho debate doutrinário a respeito da produção de normas gerais e abstratas pelas agências reguladoras. Segundo Cardoso⁷⁵ existem na doutrina três correntes:

- a) para a primeira o poder normativo das agências reguladoras é uma nova espécie legislativa, com a possibilidade de emissão de normas primárias - Direito Regulatório. O fundamento é encontrado na

⁷³ “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. [...] Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.”

⁷⁴ Para o presente estudo nos interessa apresentar a existência de três hipóteses, a despeito de existirem outras classificações na doutrina: a) Decreto regulamentar ou regulamento (executivo), editado com fundamento no art. 84, IV da Constituição, subordinado à lei e destinado à sua fiel execução; b) Decreto autônomo, emitido com fundamento no art. 84, VI, “a” e “b”, constituindo campo de atuação privativa do Executivo e exceção ao princípio da preferência da lei; e, por fim, c) Decretos administrativos ou disposições administrativas, editados pelo Chefe do Executivo com fundamentos implícitos na Constituição e contendo atos normativos distintos das outras espécies.

Constituição nos artigos 174 (regulação geral), 21, XI (criação de órgão regulador), e 177, § 2º, III, atribuição originária de competência normativa, sendo igual à competência do Poder Executivo insculpida nos artigos 62 e 68 da Constituição de 1988⁷⁶;

- b) para a segunda⁷⁷ as normas das agências são uma espécie de regulamento, subordinado à lei, mas em patamar de igualdade aos decretos emanados pelo chefe do Executivo⁷⁸;
- c) e, para a terceira, as normas das agências possuem status jurídico inferior à lei e ao regulamento do chefe do Poder Executivo, sendo estes atos administrativos gerais e abstratos⁷⁹.

Não é foco desse trabalho aprofundar nos fundamentos de cada corrente, porém, no que tange ao tema em estudo, far-se-á algumas alusões.

⁷⁵ Ribeiro Cardoso, Henrique. O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2006, pág 198.

⁷⁶ RIBEIRO CARDOSO, Henrique. O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2006, pág 199. “Adotam a primeira corrente José Carlos Francisco, Maria D’Assunção Costa Menezello, Sebastião Botto de Barros e, ao que tudo indica, Egon Bockmann Moreira que defende a supremacia dos atos administrativos normativos em relação à lei formal”.

⁷⁷ RIBEIRO CARDOSO, Henrique. O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2006, pág 200. “Adotam tal posicionamento Alexandre Santos de Aragão, Alexandre de Moraes, Carlos Ari Sundfeld, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Marçal Justen Filho, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (relativamente às agências com previsão constitucional – ANATEL e ANP), Paulo Roberto Ferreira Motta, Sérgio Varella Bruna e Tércio Sampaio Ferraz Júnior”. Registre-se que esta é a posição do STF na ADIN nº 1.668/DF e do STJ no MS 4.578/DF.

⁷⁸ RIBEIRO CARDOSO, Henrique. O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2006, pág 201. “não há, entretanto, concordância quanto à espécie de regulamento, seu fundamento, e a possibilidade de inovação no ordenamento. Adotam as seguintes espécies de regulamento: de execução; exclusivo, administrativos, autorizados ou delegados. Em relação ao fundamento do poder regulamentar, vislumbram ser: deslegalização; delegação legislativa aliada ao princípio da eficiência; intervenção estatal para consecução de valores constitucionais; deslegalização aliada à discricionariedade técnica; atribuição constitucional; e princípio da eficiência associado à discricionariedade. Sobre a possibilidade de inovação, os posicionamentos são os seguintes: existir tal possibilidade, dentro dos standards definidos em lei; não haver tal possibilidade, em razão da fixação dos standards por lei; não haver autorização para a inovação, em razão de extenso regramento feito por lei; ou ainda, permitir tal possibilidade, desde que haja consulta popular e respeito a procedimentos administrativos na elaboração da norma.”

⁷⁹ RIBEIRO CARDOSO, Henrique. O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2006, pág 202. “Esta é a corrente de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (quanto às agências não previstas expressamente previstas na Constituição) e Paulo Roberto Ferreira Motta”.

Identifica-se com esta pesquisa a segunda corrente, por entender que as agências reguladoras possuem amplo poder normativo no mesmo patamar dos regulamentos executivos expedidos pelo Chefe do Poder Executivo.

Entende-se, assim como Alexandre Santos de Aragão⁸⁰, que todos os atos normativos de agências reguladoras são de execução, pois as leis instituidoras de tal poder normativo integram o conceito de leis-quadro, ou estandardizadas, de baixa densidade normativa, que admitem amplas possibilidades de execução. Contudo, defende que, apesar de ser de execução, pode inovar no ordenamento jurídico, pois todo ato normativo de alguma forma inova no ordenamento.

José Carlos Francisco⁸¹ defende que o Executivo terá ampla discricionariedade na produção normativa, uma vez que o princípio da legalidade, modernamente, está inserido no colorido do Estado Democrático de Direito. Logo tem como norte os valores da justiça social, e, assim, não deve esgotar todos os direitos e obrigações em lei formal, ao contrário, esta deve definir a estrutura, deixando para o regulamento a formatação da conjuntura. Para ele o poder regulamentar do Executivo terá limites e não será arbitrário, pois está calcado em especial nos princípios da moralidade e eficiência.

A reforma administrativa, promovida pelas Emendas Constitucionais nºs 05/95, 08/95, 09/95 e 19/98, autorizou a criação de órgãos reguladores dos setores de telecomunicações e de gás e petróleo (arts. 21, XI⁸² e 177, §2º, III⁸³). Representou, portanto, a necessidade de, por meio da descentralização administrativa traduzida na mudança de titularidade da competência regulamentar, dar esteio ao princípio da eficiência.

⁸⁰ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 406 et seq.

⁸¹ FRANCISCO, José Carlos. *Função regulamentar e regulamentos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pág. 309.

⁸² “Art. 21. Compete à União: [...] XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.”

⁸³ “Art. 177. Constituem monopólio da União: [...] § 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: [...] III – a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.”

Na linha deste pensamento, pode-se observar que o Poder Executivo não possui mais o monopólio da função regulamentar e não se personifica necessariamente nas figuras do Presidente da República e Ministros de Estado (por delegação), conforme verifica-se da leitura do art. 84, IV e parágrafo único⁸⁴, da Constituição de 1988.

Assim, utilizando-se do mesmo raciocínio, pode-se entender que a criação desses órgãos reguladores representou uma quebra nessa titularidade constitucional. Nesse sentido, expõe Francisco⁸⁵:

A ordem constitucional pode, ela própria e diretamente, fazer referência ao ente ou até mesmo à autoridade pública a qual confere a função regulamentar, ou pode também autorizar que a lei assim o faça. Nesses casos, a lei não estará delegando atividade regulamentar (já que essa sempre pertenceu ao Executivo), mas estará complementando a definição dada pela constituição à determinada matéria, escolhendo qual a autoridade pública para exercer a função regulamentar, bem como estabelecendo os limites para seu exercício. Obviamente essa lei deve ser editada nos termos da constituição, razão pela qual a atribuição de competência determinada pela lei deverá ser compatível com os comandos implícitos da constituição. O art. 174 menciona que a regulação e a normatização da atividade econômica serão feitas pelo Estado, sem precisar quem assim o fará, conferindo à lei formal a tarefa de estabelecer as competências para tanto. De modo diverso, o art. 237 da Constituição de 1988 diretamente confere ao Ministério da Fazenda a atribuição para a regulação do comércio exterior.

E complementa:

[...] o Presidente da República fica privado da competência operacional em relação aos temas conferidos pela lei em sentido formal aos entes descentralizados, de modo que a capacidade normativa desses entes descentralizados deve ser reconhecida justamente para manter isonomia, a imparcialidade, a organização e a uniformidade dos atos públicos. [...] De outro lado, se o Chefe do Executivo não detém mais competência secundária nesses casos porque a lei em sentido formal a conferiu a ente desconcentrado ou descentralizado, é óbvio que a atribuição normativa desse ente somente pode ter natureza regulamentar, já que, afinal, a norma regulamentar do ente descentralizado serve para os mesmos fins que se reconhecia inicialmente ao Chefe do Executivo, além do que é expedida formalmente por pessoa vinculada ao Executivo.

⁸⁴ “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; [...] Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.”

⁸⁵ FRANCISCO, José Carlos. Função regulamentar e regulamentos. Rio de Janeiro: Forense, 2009, págs. 233-238.

Todavia, adotando uma posição intermediária cita-se Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸⁶,

as agências que podem efetivamente atuar com função normativa mais amplas são apenas a ANATEL e a ANP, pois possuem fundamento constitucional respectivamente, nos arts. 21, XI, e 177, §2º, III, razão pela qual as demais agências somente podem produzir normas no âmbito interno, ou para interpretar ou explicitar conceitos jurídicos indeterminados fixados em lei, sem inovar na ordem jurídica.

Nesse contexto de idéias, parece correto afirmar que a atribuição de competência normativa para a Anatel se deu por meio de Emenda Constitucional, excepcionando ela própria ao efetuar uma quebra da titularidade do poder normativo. E quando a Carta Magna assim o faz num Estado Democrático de Direito tem por pressuposto a busca de uma finalidade. E com o olhar sob essa argumentação que se transcreve as palavras de Fabrício Motta⁸⁷ que tece justificativa da autonomia normativa a certos órgãos:

Comumente, as funções normativas são atribuídas como meio de garantir a consecução de uma finalidade, identificada pela própria Constituição, sendo, assim, simplesmente garantias. [...] Em razão da relevância de suas atribuições, comumente ligadas à essência do Estado de Direito, alguns órgãos ou entidades são blindados com garantias para o correto e livre desempenho de suas funções. A estes órgãos ou entidades será, então, concedida autonomia, assim entendido o poder de criar normas próprias, nos termos e limites da norma superior concessiva e de forma integrada ao ordenamento jurídico como um todo. [...] significa regular com normas próprias situações propositalmente não alcançadas pela lei, com a finalidade de garantir e proteger certos interesses.

E assevera que

[...] A verificação da existência de autonomias consagradas pela Constituição tem importante razão de ser: os atos editados pelos órgãos ou entidades autônomos, no estrito limite de suas atribuições, serão considerados primários, ligados por grau de dependência somente à mesma Constituição, possuindo a natureza de lei material e, conseqüentemente, o mesmo grau hierárquico conferido à lei formal⁸⁸.

⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Curso de Direito Administrativo, 14ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 406.

⁸⁷ MOTTA, Fabrício. Função normativa da Administração Pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, pág. 168-169.

⁸⁸ MOTTA, Fabrício. Função normativa da Administração Pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, pág. 170.

Do mesmo modo a Constituição atribui autonomia administrativa com previsão direta aos poderes Judiciário e Legislativo, ou seja, a previsão de elaboração de regimento interno próprio aos poderes (art. 96, I, “a”⁸⁹) a fim de emanarem normas jurídicas para o exercício de suas funções⁹⁰.

Há de se perceber que dentro do próprio Executivo também há previsão direta da referida autonomia ao Ministério Público (art. 127, § 2º)⁹¹, Defensoria Pública Estadual (art. 134, §2º)⁹² e Universidades (art. 207)⁹³.

É que a Constituição disciplina a produção de outras normas que, além de não se enquadrarem no conceito de lei, são produzidas por outros poderes – ou órgãos – distintos do Legislativo. Algumas destas normas retirarão seu fundamento de validade diretamente da Carta e tão-somente a ela deverão respeito hierárquico – em outras palavras, serão colocadas, pela Constituição, no mesmo patamar das leis.

Não existe consenso acerca da extração da autonomia administrativa da ANATEL e ANP diretamente da Constituição.

Motta⁹⁴ entende que os órgãos e entidades que possuem fundamento constitucional explícito não devem se submeter a instruções de Ministros de Estado:

⁸⁹ “Art. 96. Compete privativamente: I – aos Tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos”

⁹⁰ MOTTA, Fabrício. Função normativa da Administração Pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, pág. 170-171.

⁹¹ “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. § 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no artigo 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.”

⁹² “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV. [...] § 2º. Às Defensorias Públicas Estaduais é assegurada autonomia funcional e administrativa, e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º.”

⁹³ “Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.”

[...] está-se referindo às instruções, expedidas pelos Ministros de Estado para a fiel execução das leis e regulamentos (art. 87, III, CR/88). Este raciocínio deve ser ampliado para abarcar o estudo dos demais atos normativos que não possuem fundamento constitucional explícito. [...] não estão sujeitos ao decreto regulamentar os atos normativos editados por outros órgãos e entidades com fundamento direto na Constituição. Percebe-se que a relação entre as diversas espécies normativas editadas pela Administração Pública está umbilicalmente ligada ao escalonamento das normas e à eventual hierarquia dos órgãos e entidades que as editam.

Em que pese a divergência acerca do assento constitucional explícito da Anatel, tendo em vista a teoria do sistema autopoietico propugnado por Teubner, considera-se como perspectiva deste trabalho que ela teria essa autonomia por outro fundamento ou argumento tópico⁹⁵, ou seja, pela “teoria dos poderes implícitos” que segundo Francisco, citando Gerald Gunther, tratar-se-ia “da doutrina dos poderes resultantes, necessários ou implícitos, empregada inicialmente pela Suprema Corte americana essencialmente no critério federativo, que consistia no argumento tópico de que sendo legítimo o fim, estando no contexto e objetivo da Constituição, devem ser assegurados todos os meios apropriados que se adaptarem ao objeto (desde que não sejam proibidos)”⁹⁶.

Importante registrar que há na doutrina e jurisprudência entendimentos que não reconhecem autonomia administrativa em relação à atividade-meio das agências reguladoras, negando a teoria das competências implícitas. Nesse sentido, Cardoso⁹⁷:

O chefe do Executivo pode, através de Decreto, aprovar regulamentos para dar operatividade às agências, implantando-as, dando execução ao que foi prescrito nas leis de instituição, especificando a atuação de seus servidores ou mesmo procedimentos para a operacionalização de seus objetivos. O regulamento pode – e assim o faz – reger a atuação das agências em relação a sua atividade-meio, à atividade administrativa. Diferentemente,

⁹⁴ MOTTA, Fabrício. *Função normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, pág. 186-187.

⁹⁵ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 107. Para o autor Tópica e jurisprudência identifica, na teoria filosófica do discurso, que “quem fala tem de poder justificar sua fala”, e só o preenchimento dos deveres discursivos – como defesa e esclarecimento – garantem afirmações “suficientemente” confiáveis, nas quais exista um interesse geral.

⁹⁶ FRANCISCO, José Carlos. *Função regulamentar e regulamentos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 225.

⁹⁷ RIBEIRO CARDOSO, Henrique. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2006, pág 38.

não pode o Decreto, sob pena de nulidade disciplinar o âmbito de atuação finalística da competência regulatória prevista em lei.

Em relação à jurisprudência, mitigando a autonomia administrativa em relação à atividade-meio, pode-se citar o Parecer Normativo da Advocacia-Geral da União, nº AGU/MS – 04/06⁹⁸, aprovado em 13 de junho de 2006, pelo Presidente da República que versa sobre a questão dos recursos hierárquicos impróprios, obrigatória para toda a Administração Pública federal.

Em resumo, o referido Parecer definiu que dentro da competência finalística das agências reguladoras, suas decisões não podem ser desafiadas por recursos hierárquicos impróprios, exceto se exorbitar o poder de regular por violação à lei ou ao regulamento editado pelo Chefe do Executivo; contudo, em relação à atividade meio, admitem-se os recursos ao Ministério supervisor, sem exceções.

Significa dizer, no interesse deste trabalho, que em se tratando da adoção do horário flexível para os servidores da Anatel, que não é atividade finalística, caberia no contexto o ajuizamento do recurso hierárquico impróprio para o Ministério das Comunicações. Parece que a Advocacia Geral da União usurpou competência dada ao legislador pela Constituição ao elaborar parecer vinculante sobre processo administrativo.

Aragão⁹⁹ entende que “não pode o regulamento retirar a autonomia das Agências Reguladoras, porquanto tal característica é da essência dessas entidades e essa modificação, materialmente, criaria nova entidade, desrespeitando-se o art. 37, XIX, da Constituição”.

Será que a Anatel quando se utiliza da sua função regulamentar, ou seja, autonomia administrativa no tocante à atividade-meio, não estaria simplesmente aplicando o princípio da unidade¹⁰⁰ e a teoria dos poderes implícitos da constituição,

⁹⁸ Parecer AGU/MS – nº 04/06, de 23 de maio de 2006, publicado no Diário Oficial da União de 19 de julho de 2006.

⁹⁹ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pág. 257-260.

¹⁰⁰ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 6.ed São Paulo: Atlas, 1999, p.43. Sobre o princípio da unidade da Constituição, ensina Alexandre de Moraes que “a fixação de que todas as

que a habilita inclusive a produzir normas para fiel cumprimento do pode-dever de executar suas funções públicas? E qual seria o limite desta autonomia?

Motta, citando Alexander Hamilton, enuncia “os ‘meios’ devem ser proporcionais aos ‘fins’, as pessoas, de cuja atuação se espera o atendimento de um fim, devem possuir os meios (natureza instrumental) para o cumprimento de sua missão”¹⁰¹. E conclui: “ainda quando a competência normativa não esteja expressamente determinada na norma, é possível deduzi-la recorrendo a uma interpretação finalística ou sistemática da mesma”¹⁰².

Compartilha deste entendimento Grau¹⁰³ pois “ao perseguir os objetivos da lei (o espírito da lei) – através de suas resoluções, ainda que inovem na ordem jurídica – as agências não ferem o princípio da legalidade, pois seu conteúdo decorre da lei”.

Não se vislumbra de todo modo uma ampla autonomia administrativa das agências reguladoras, haja vista que o limite parece ser o exposto na teoria das competências implícitas, ou seja, meio necessário para se atingir o fim, desde que não seja proibido e que obedeça ao contexto da sua finalidade institucional prevista constitucionalmente.

normas constitucionais desempenham uma função útil no ordenamento, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade”.

¹⁰¹ MOTTA, Fabrício. Função normativa da Administração Pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, pág. 199.

¹⁰² MOTTA, Fabrício. Função normativa da Administração Pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, pág. 200.

¹⁰³ GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 199, p.184.

Capítulo 3

ESTUDO DE CASO

Neste ponto do estudo passa-se a analisar detidamente o posicionamento do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG no contexto do Estado Gerencial face à Portaria do Presidente da Anatel que autorizou a prática do horário flexível para os seus servidores. A escolha deste caso em concreto deu-se devido ao fato de não haver nenhum posicionamento definitivo do Poder Judiciário em relação às agências reguladoras a respeito do horário flexível e ser um assunto deveras controvertido no âmbito administrativo.

Busca-se, neste capítulo sem perder de vista a importância do método tópico-problemático¹⁰⁴, lançar algumas impressões colhidas na legislação, doutrina e jurisprudência.

Como dito em linhas anteriores, o sistema jurídico embora sendo normativamente fechado, está aberto às informações advindas de outros sistemas.

Em consonância com essa idéia, o primeiro passo consiste, em apresentar o caso concreto, delimitando os aspectos que interessam a este trabalho, para, posteriormente, trabalhar os argumentos.

Desse modo, ensina Klaus Günther¹⁰⁵ o discurso jurídico comporta duas divisões ou níveis: discursos de justificação, que consideram interesses universalizáveis em condições ou circunstâncias iguais ou constantes e discursos de aplicação, os quais consideram todas as circunstâncias do caso concreto, em condições específicas que são fruto de circunstâncias dinâmicas ou mutáveis.

¹⁰⁴ VIEHWEG, Theodor. Tópica e jurisprudência. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional. 1979. Nº 6, p. 43. Trata-se de método oriundo do pensamento de Theodor Viehweg, a tópica é o modo de pensar no qual se buscam e se examinam as premissas do raciocínio através dos topoi – lugares comuns de pensamento explicitados como polos argumentativos ou pontos de vista específicos sobre dada questão, recaindo a ênfase nas premissas e não nas conclusões.

¹⁰⁵ GÜNTHER, Klaus. Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação. Rio de Janeiro: Landy, 2004, p. 253.

3.1 Jornada de trabalho na Anatel e a exegese do Poder Executivo

A Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel identificou a necessidade de adequar à jornada de trabalho de seus servidores, tornando-a mais dinâmica e possibilitando às suas diversas áreas uma melhor organização. Essa dinâmica foi traduzida no pleno atendimento dos serviços à população durante todo o seu período de funcionamento, compreendido o interregno das 7 horas às 20 horas do dia, sem a pausa de duas horas para almoço¹⁰⁶, sem horário padrão igual para todos e sem horas extras aos seus servidores. Por conseguinte, o Presidente da Anatel editou a Portaria nº 430, de 19 de junho de 2009, prescrevendo as seguintes normatizações:

- a) adoção, no âmbito da Agência, do horário flexível¹⁰⁷, no qual compete ao gerente imediato de cada unidade ou setor fixar o horário de trabalho dos servidores, desde que respeitados o horário nuclear comum e a carga horária semanal de 40 horas, e considerada a efetiva necessidade de serviço de cada setor da agência;
- b) jornada de trabalho de 7 (sete) horas ininterruptas, perfazendo 35 (trinta e cinco) horas semanais, sendo que as 5 (cinco) horas restantes cumpridas pelos servidores de acordo com a determinação do respectivo gerente imediato, sob o regime de sobreaviso, conforme a necessidade do serviço;
- c) adoção do regime de trabalho de turno ou escala¹⁰⁸, em relação aos servidores que executam atividades técnicas de monitoramento e fiscalização de telecomunicações e radiodifusão, quando estas exigirem atividades contínuas por período ininterrupto igual ou superior a 12 horas;

¹⁰⁶ A supressão das horas de almoço ainda não foram totalmente implementadas, contudo o cidadão é atendido em horário integral sem que haja interrupção.

¹⁰⁷ É uma modalidade de jornada de trabalho, segundo a qual o servidor, respeitando um determinado horário comum para todos os servidores de presença obrigatória e, após negociação e anuência de seu superior, poderá modelar a sua jornada de trabalho de acordo com as suas necessidades.

¹⁰⁸ É o sistema no qual o servidor que executa atividades técnicas de monitoramento e fiscalização das telecomunicações cumprirá serviço que exigir atividades contínuas em regime de turno ou escala, em período igual ou superior a 12 (doze) horas ininterruptas.

- d) adoção do sistema de banco de horas¹⁰⁹, com o cômputo em benefício do servidor, para gozo futuro, somente das horas efetivamente trabalhadas além da jornada semanal de 40 horas.

Imediatamente passou-se a atender o interesse público por meio de imediata e ininterrupta prestação de serviços à população. É importante deixar destacado que o projeto horário flexível foi concebido com vistas à majoração das ações empreendidas pela Anatel, elevação da produtividade e eficiência dos serviços prestados à sociedade, visando, também, melhoria da qualidade de vida de seus servidores e do clima organizacional.

Logo em seguida, a Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG foi cientificada dos termos da Portaria nº 430/2009. Imediatamente discordou de seus termos e exarou a Nota Técnica nº 667/2009/COGES/DENOP/SRH/MP cujos pontos mais importantes passa-se a analisar.

A referida Nota Técnica iniciou as suas ponderações invocando o artigo 30, §§ 1º e 2º do Decreto-Lei nº 200, de 5 de fevereiro de 1967¹¹⁰ e os artigos 2º a 7º do Decreto nº 67.326, de 5 de outubro de 1970¹¹¹, discorrendo que cabe à Secretaria

¹⁰⁹ Deve ser entendido como um dispositivo que visa a compensação de horas trabalhadas pelo servidor, de acordo com o previsto no artigo 12 da Portaria retro citada.

¹¹⁰ “Art. 30. Serão organizadas sob a forma de sistema as atividades de **pessoal**, orçamento, estatística, administração financeira, contabilidade e auditoria, e serviços gerais, além de outras atividades auxiliares comuns a todos os órgãos da Administração que, a critério do Poder Executivo, necessitem de coordenação central. [...]§1º Os serviços incumbidos do exercício das atividades de que trata este artigo consideram-se integrados no sistema respectivo e ficam, conseqüentemente, **sujeitos à orientação normativa, à supervisão técnica e à fiscalização específica do órgão central do sistema**, sem prejuízo da subordinação ao órgão em cuja estrutura administrativa estiverem integrados. §2º O chefe do órgão central do sistema é responsável pelo fiel cumprimento das leis e regulamentos pertinentes e pelo funcionamento eficiente e coordenado do sistema.”

¹¹¹ “Art. 2º São funções básicas de Administração de pessoal, para os fins deste decreto: I – Classificação e Redistribuição de Cargos e Empregos; II – Recrutamento e Seleção; III – Cadastro e Lotação; IV – Aperfeiçoamento; **V – Legislação de Pessoal**. Art. 3º - O SIPEC compreende: I – Órgão Central: Departamento Administrativo do Pessoal Civil (DASP); II – Órgãos Setoriais: Departamentos, Divisões ou outras unidades específicas de pessoal civil dos Ministérios e dos órgãos da Presidência da República, de maior hierarquia na respectiva área administrativa. III – Órgãos Seccionais: Departamentos, Divisões ou outras unidades específicas de pessoal de Autarquias. [...] Art. 5º Os Órgãos Setoriais serão subordinados administrativamente ao dirigente de Órgão da Presidência da República, ou ao respectivo Ministro de Estado, e os Órgãos Seccionais ao dirigente da Autarquia a que pertencem, **vinculando-se todos ao Órgão Central do SIPEC**. Art. 6º Ao Órgão Central do SIPEC competirá o estudo, formulação de diretrizes, orientação normativa, coordenação,

de Recursos Humanos, como órgão central do sistema, administrar o sistema de atividades de pessoal da Administração Federal e que todos os órgãos e entidades pertencentes ao Poder Executivo estariam sujeitos à orientação normativa, à supervisão técnica e à fiscalização específica do Órgão Central do Sistema de Pessoal Civil – SIPEC que tem por finalidade a uniformização da interpretação e aplicação da legislação, bem como a padronização de procedimentos a serem realizados visando a sua eficiência.

Prossegue citando o artigo 17, parágrafo único, da Lei nº 7.923, de 12 de dezembro de 1989¹¹², ressaltando a sua competência normativa e o dever de acompanhar e supervisionar a apuração de irregularidades concernentes à aplicação da legislação relativa à gestão de pessoas e respectivos procedimentos administrativos da Administração Federal Direta, Autárquica e Fundacional.

Admite a independência administrativa da Anatel prevista na Lei 10.871/2004, reconhecendo o fato de que a Anatel não é subordinada ao Órgão Central de Pessoal Civil do Ministério do Planejamento, cabendo a este o poder de correção finalística do serviço público prestado, bem como do fiel cumprimento da legalidade em todos os atos administrativos efetivados pelas Agências Reguladoras em decorrência da chamada vinculação administrativa e supervisão ministerial, visando assegurar a esmerada observância da legislação, bem como das finalidades propostas pelo Governo.

Pontua a fidelidade do Órgão Central de Pessoal Civil ao princípio Constitucional da legalidade realizado mediante o exercício da atividade normatizadora e fiscalizadora pelos órgãos centrais, previsto no Decreto-Lei nº 200/67. Portanto, entende que o seu limite de controle esbarra na consecução

supervisão, controle e fiscalização específica de assuntos concernentes à Administração Federal. Art. 7º Caberão aos Órgãos Setoriais e Seccionais e demais unidades operacionais do SIPEC as atividades de gestão e execução e, excepcionalmente, aos dois primeiros, as de pesquisa.”

¹¹² “Art. 17. Os assuntos relativos ao pessoal civil do Poder Executivo, na Administração Direta, nas autarquias, incluídas as em regime especial, e nas fundações públicas, são da competência privativa dos Órgãos integrantes do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal – Sipec, observada a orientação normativa do Órgão Central do Sistema, revogadas quaisquer disposições em contrário, inclusive as de leis especiais. Parágrafo único. A orientação geral firmada pelo Órgão Central do

das atividades finalísticas de regulação e fiscalização das agências, sendo que as agências reguladoras encontram limites no exercício da referida autonomia no concernente aos aspectos em que a lei estabelece competência aos órgãos centrais para o exercício da supervisão ministerial.

Discorre sobre o artigo 19 da Lei nº 8.112/1990¹¹³ assentando que a jornada de trabalho do servidor será menor desde que labore sobre desgaste físico, psicossocial e familiar.

Rebate o comparativo efetuado pela Anatel de que outros órgãos já adotam a referida jornada, pugnando no sentido de que há independência constitucional dos poderes para os Tribunais que compõem o Poder Judiciário, do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público Federal que poderão estabelecer a jornada de trabalho dos seus servidores, uma vez que não estão submetidos ao Decreto nº 1.590, de 10 de agosto de 1995, que estabelece a jornada de trabalho aos ocupantes de cargo efetivo nos órgãos e entidades da Administração Pública federal, autárquica e fundacional em 40 horas semanais e 8 (oito) horas diárias.

E prossegue afirmando que somente os cargos previstos na Portaria SRH/MP nº 1.100, de 6 de julho de 2006 poderiam laborar em jornada inferior, encontrando a Anatel óbice no artigo 12 da Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004¹¹⁴ que estabeleceu aos integrantes das carreiras das agências reguladoras a jornada de 40 horas.

Ademais, por se tratar de carreira de Estado com dedicação exclusiva não poderia se valer da jornada de trabalho reduzida com remuneração proporcional ao

Sipac tem caráter normativo, respeitada a competência da Consultoria-Geral da República e da Consultoria Jurídica da Seplan.”

¹¹³ “Art. 19. Os servidores cumprirão jornada de trabalho fixada em razão das atribuições pertinentes aos respectivos cargos, respeitada a duração máxima do trabalho semanal de quarenta horas e observados os limites mínimo e máximo de seis horas e oito horas diárias, respectivamente. [...] §2º O disposto neste artigo não se aplica a duração de trabalho estabelecida em leis especiais.”

¹¹⁴ “art. 12. É de 40 (quarenta) horas semanais a jornada de trabalho dos integrantes dos cargos a que se refere esta Lei”.

servidor, nos termos dos artigos 3º¹¹⁵ e 6º¹¹⁶ da Medida Provisória nº 2.174-28/2001 que autoriza a adesão ao Plano de Demissão Voluntária - PDV.

Afirma a Nota Técnica que a Anatel utilizou “artifício” ao implantar o regime de sobreaviso, evitando o desconto na remuneração dos servidores pelo descumprimento da carga horária diária em desacordo com o estabelecido no artigo 44 da Lei 8.112/90¹¹⁷.

E por fim esclareceu que o serviço extraordinário, previsto nos artigos 73 e 74 da Lei 8.122/90¹¹⁸, no Decreto nº 948, de 5 de outubro de 1993, e na Orientação Normativa SRH/MP nº 2, de 6 de maio de 2008 estabelecem que somente poderá ser prestado aos sábados, domingos, feriados e pontos facultativos, caso o servidor esteja trabalhado em regime de turno ou escala nesses dias.

Em consequência deste entendimento ordena que a Anatel anule com urgência os artigos 5º e 11 da Portaria nº 430/2009, bem como adeque o artigo 7º e desconte, da remuneração dos servidores, as horas não trabalhadas relativas aos meses em que se realizaram o horário flexível.

¹¹⁵ “Art. 3º Poderão aderir ao Plano de Demissão Voluntária os servidores da Administração Direta, Autárquica e fundacional, exceto as carreiras ou cargos de: I – Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional e Assistente Jurídico da Advocacia-Geral da União; II – Procurador Autárquico, Advogado e Assistente Jurídico dos órgãos de execução ou vinculados à Advocacia-Geral da União; III – Defensor Público da União; IV – Diplomata; V – Delegado de Polícia Federal, Perito Criminal Federal, Escrivão de Polícia Federal, Agente de Polícia Federal, Papiloscopista, Policial Federal e Policial Rodoviário Federal; e VI – Auditor-Fiscal da Receita Federal, Auditor-Fiscal da Previdência Social e Auditor-Fiscal do Trabalho.”

¹¹⁶ “Art. 6º Além do disposto no § 1º do art. 5º, é vedada a concessão de jornada de trabalho reduzida com remuneração proporcional ao servidor: I – sujeito à duração de trabalho estabelecida em leis especiais; ou II – ocupante de cargo efetivo submetido à dedicação exclusiva.”

¹¹⁷ “art. 44. O servidor perderá: [...] II – a parcela de remuneração diária, proporcional aos atrasos, ausências justificadas, ressalvadas as concessões de que trata o art. 97, e saídas antecipadas, salvo na hipótese de compensação de horário, até o mês subsequente ao da ocorrência, a ser estabelecida pela chefia imediata. Parágrafo único: As faltas justificadas decorrentes de caso fortuito ou de força maior poderão ser compensadas a critério da chefia imediata, sendo assim consideradas como efetivo exercício.”

¹¹⁸ “art. 73. O serviço extraordinário será remunerado com acréscimo de 50% em relação à hora normal de trabalho. Art. 74. Somente será permitido serviço extraordinário para atender a situações excepcionais e temporárias, respeitado o limite máximo de 2 (duas) horas por jornada.”

3.2 Análise do caso concreto: horário flexível na Anatel

A Anatel ao editar a Portaria nº 430/2009, de 19 de junho de 2009, adotando o horário flexível, espelhou-se na Portaria PGR/MPU nº 707, de 20 de dezembro de 2006 do Ministério Público da União que estava amparado por sentença com resolução de mérito na Ação Civil Pública nº 2008.70.13.0000986-PR da Justiça Federal da 4ª Região e, também, na decisão do Conselho Nacional de Justiça quando do julgamento conjunto dos Procedimentos de Controle Administrativo nºs 74, 77, 78, 79, 80, 81 e 82, que, posteriormente à edição da Portaria da Anatel, consubstanciaram-se na Resolução nº 88, de 08 de setembro de 2009 do Conselho Nacional de Justiça que facultou a fixação de 7 horas ininterruptas para o Judiciário.

Inicialmente cabe observar que tanto a Anatel e o Ministério Público fazem parte do Poder Executivo, conforme se extrai do julgado do Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 132 que reconheceu a autonomia administrativa do Ministério Público consignando que tal se dava “não obstante sua integração na estrutura do Poder Executivo”¹¹⁹, sendo apenas “um órgão independente desvinculado de qualquer estrutura hierárquica, inexistindo subordinação hierárquica em relação à autoridade estranha aos seus quadros”¹²⁰.

O fato de o órgão ministerial e a entidade autárquica pertencerem ao Poder Executivo é elemento essencial para que se analise a sentença prolatada na Ação Civil Pública nº 2008.70.13.0000986-PR ajuizada perante a Justiça Federal da 4ª Região que decidiu favoravelmente ao pleito dos servidores do Ministério Público Federal (órgão do Poder Executivo).

Na sentença, o Juiz Federal comentou o artigo 19 da Lei 8.112/90 dizendo que “o referido dispositivo não estabelece a jornada fixa de 40 horas semanais, mas

¹¹⁹ ADI nº 132/RO, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 30/04/2003, DJU de 30/05/2003, p. 28. Nessa ADI reconheceu-se que o Ministério Público pertence ao Poder Executivo.

¹²⁰ GARCIA, Emerson. Ministério Público Organização, Atribuições e Regime Jurídico. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, p. 40 e 44.

sim a jornada máxima de 40 horas, respeitando o limite mínimo e máximo de 6 e 8 horas diárias, respectivamente”, entendendo pela validade da norma:

“Partindo de tal pressuposto, tenho que a Portaria 479 de 29 de setembro de 2008 do Procurador Geral da República, não se reveste de ilegalidade ou inconstitucionalidade ao prever o regime de sobreaviso. Em primeiro lugar, noto que não houve redução da jornada de trabalho para o período inferior a 40 horas, mas sim previsão do “regime de sobreaviso” para 5 horas semanais, além de outras 35, entendendo que o servidor deverá permanecer à disposição da instituição da mesma forma que o artigo 4º, caput, da Consolidação das Leis Trabalhistas, considera que o período em que o empregado esteja à disposição do empregador como de efetivo serviço. Reconheceu que as horas trabalhadas no regime de sobreaviso não gerarão acréscimos ao Banco de Horas ou pagamento de horas extras, logo estaria preservada a razoabilidade.

O magistrado entendeu que a redução da jornada de trabalho, respeitada a razoabilidade, sequer representaria afronta ao princípio da eficiência, consagrado no artigo 37, caput, da Constituição Federal: “consoante as atuais técnicas de gestão, a eficiência está antes relacionada com os resultados, em especial o atendimento adequado do cidadão, que com uma rigidez absoluta em termos de horários de trabalho”.

Concluiu o raciocínio dizendo que “nesse contexto, a razoabilidade da medida afasta a violação aos princípios constitucionais da Administração Pública elencados no artigo 37, caput, da Constituição Federal”.

E, por fim, julgou improcedente a demanda, reconhecendo a autonomia administrativa do Ministério Público consagrada no artigo 127, §2º, da Constituição Federal sem qualquer tipo de ofensa aos poderes do Presidente da República insculpidos no artigo 61, II, “c”, da Constituição Federal.

Em resumo, a decisão retro citada entende que o horário flexível não acarreta redução da jornada de trabalho, sendo apenas técnica de gestão que confere dinamismo e flexibilidade à administração de recursos humanos e ainda reconhece a autonomia administrativa.

Desse modo, a jornada diária pode ser diferenciada, contudo, a semanal permanece a máxima de 40 horas, sendo que 5 (cinco) horas poderão ser

eventualmente cumpridas em regime de sobreaviso conforme necessidade operacional.

Entende-se que a decisão prolatada a favor do Ministério Público Federal em sede de ação civil pública pode ser aplicada à Anatel, uma vez que esta, além de pertencer também ao Poder Executivo, da mesma forma possui autonomia administrativa e ausência de subordinação hierárquica conforme se extrai do §2º, do artigo 8º e 9º da Lei 9.472, de 16 de julho de 1997¹²¹.

A referida autonomia pode ser observada da leitura dos incisos I e III, do artigo 13 da Lei 10.871/2004¹²², cabendo às agências Reguladoras administrar os cargos efetivos de seu quadro de pessoal integrantes da respectiva estrutura organizacional, editar e dar publicidade aos regulamentos e instruções necessários à aplicação desta Lei, podendo, inclusive, criar sistemas próprios de administração de recursos humanos, conforme autoriza o artigo 31 da Lei nº 9.986/2000¹²³.

Verifica-se que o órgão regulador pode criar sistemas próprios de administração, editar regulamentos e instruções sobre recursos humanos, desfrutando de liberdade gerencial para atingir os objetivos determinados. Percebe-se que o objetivo da lei foi assegurar a isenção dos servidores públicos para que não seja passível de influência de outros órgãos do governo.

¹²¹ “Art. 8º Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais. [...] § 2º A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira. Art. 9º A Agência atuará como autoridade administrativa independente, assegurando-se-lhe, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência.”

¹²² “Art. 13. Cabe às Agências Reguladoras referidas no Anexo I desta Lei, no âmbito de suas competências: I - administrar os cargos efetivos de seu quadro de pessoal, bem como os cargos comissionados e funções de confiança integrantes da respectiva estrutura organizacional; [...] III - editar e dar publicidade aos regulamentos e instruções necessários à aplicação desta Lei.”

¹²³ Art. 31. As Agências Reguladoras, no exercício de sua autonomia, poderão desenvolver sistemas próprios de administração de recursos humanos, inclusive cadastro e pagamento, sendo obrigatória a alimentação dos sistemas de informações mantidos pelo órgão central do Sistema de Pessoal Civil – SIPEC.

Nesse diapasão, pode-se inferir que a Anatel apenas exerceu o seu poder normativo com efeitos internos, não desafiou em nenhum momento a autoridade da Secretaria de Recursos Humanos do SIPEC.

Nota-se pelo princípio da hierarquia das leis do direito público no presente no conflito entre Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 e o Decreto nº 6.929, de 6 de agosto de 2009, que deve prevalecer a Lei que apregoa a independência administrativa da Agência em relação à vinculação administrativa ao Órgão Central – SIPEC.

Na linha desenvolvida por este trabalho, entende-se que as normas das agências são uma espécie de regulamento executivo, subordinado à lei, mas em patamar de igualdade aos decretos emanados pelo chefe do Executivo, haja vista que a Anatel possui assento constitucional, pertencendo ao Poder Executivo da mesma forma que o Ministério Público, possuindo independência administrativa constitucional proveniente da teoria da competência constitucional implícita. Logo qualquer interpretação em sentido contrário poderia beirar a eiva de inconstitucionalidade.

Tendo em vista o assento constitucional da Anatel, entende-se que não seria possível a emissão de normas gerais e abstratas por Ministros de Estado para regulamentar o setor reservado a ela, porque ofenderia a autonomia administrativa prevista expressamente em lei e implicitamente na Constituição (teoria dos poderes implícitos).

Em sentido contrário, há doutrinadores que entendem pela inconstitucionalidade estrutural das agências reguladoras perante o sistema constitucional vigente no Brasil, corrente capitaneada por Paulo Roberto Ferreira Motta¹²⁴ e Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹²⁵, não havendo qualquer possibilidade de inovação normativa pelas agências.

¹²⁴ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. Barueri, SP: Manole, 2003, pág. 178.

¹²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estudos, documentos, debates: reforma do Estado, papel das agências reguladoras e fiscalizadoras*. nº 18, São Paulo: FIESP/CIESP e Instituto Roberto Simonsen, 2000, pág. 140.

Na linha dos argumentos tópicos desenvolvidos neste trabalho, é razoável aceitar que somente a Constituição pode excepcionar ela própria, assim, a reforma administrativa promovida pelas Emendas Constitucionais nºs 05/95, 08/95, 09/95 e 19/98 representou, portanto, a necessidade de, por meio da descentralização administrativa traduzida na mudança de titularidade da competência regulamentar, em dar esteio ao princípio da eficiência.

Outro argumento já apontado em linhas anteriores, refere-se à faculdade conferida à agência executiva de por meio de ato administrativo elaborar regulamento próprio sobre a jornada de seus servidores.

Assim, tendo em mente a independência administrativa *ex vi legis* das agências reguladoras, pode-se em analogia ao artigo 6º do Decreto nº 2.488, 2 de fevereiro de 1998¹²⁶, estender o raciocínio para as agências reguladoras, podendo elas editar portaria dispondo sobre a jornada de trabalho de seus servidores.

Segundo Antônio Ricardo de Souza¹²⁷ a autonomia administrativa significa

que a Agência pode implementar uma política de gestão voltada para atender aos interesses dos usuários e da própria agência de conformidade com suas próprias práticas gerenciais sem, no entanto, sofrer ingerências ou interferências do próprio Governo ou através dos Ministérios.

Para Eurico de Andrade Azevedo¹²⁸ a “autonomia administrativa é precisamente sua capacidade efetiva de assumir e conduzir por si mesmo,

¹²⁶ Art. 6º O controle de assiduidade e pontualidade poderá ser exercido mediante: I – controle mecânicos; II – controle eletrônico; III – folha de ponto. [...] § 7º São dispensados do controle de frequência os ocupantes de cargos: a) de natureza especial; b) do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS, iguais ou superiores ao nível 4; c) de Direção – CD, hierarquicamente iguais ou superiores a DAS 4 ou CD – 3; d) de pesquisador e tecnologista do Plano de Carreira para a área de Ciência e Tecnologia; e) de Professor da Carreira de Magistério Superior do Plano Único de Classificação e Redistribuição de Cargos e Empregos. SOUZA, Antônio Ricardo de. *Agências Reguladoras Agências Reguladoras e seus modelos de Gestão: uma análise na Aneel e Anatel*. 2007, 208 f. Tese (Doutorado em Administração) – Escola de Administração, Universidade Federal da Bahia, Brasília, 2007.

¹²⁷ SOUZA, Antônio Ricardo de. *Agências Reguladoras e seus modelos de Gestão: uma análise na Aneel e Anatel*. 2007, 208 f. Tese (Doutorado em Administração) – Escola de Administração, Universidade Federal da Bahia, Brasília, 2007.

¹²⁸ AZEVEDO, Eurico de Andrade. “Autonomia administrativa e financeira do Ministério Público”, in *Justitia 60 anos*, 1999, p.1007.

integralmente, a gestão de seus negócios e interesses, respeitados seus objetivos e observadas as normas legais a que estão subordinados”.

No mesmo sentido ensina Emerson Garcia: “é incompatível com toda e qualquer espécie de interferência extensa na direção e condução dos assuntos e questões do órgão ou entidade e exclui toda subordinação, hierarquização ou submissão”¹²⁹.

No mesmo sentido, preconiza Maximiliano¹³⁰:

“Quando a lei faculta, ou prescreve um fim, presumem-se autorizados os meios necessários para o conseguir, contanto que sejam justos e honestos”. O mesmo acontece quando outorga um direito, investe de certa autoridade, ou impõe um dever: implicitamente permite, ou assegura os elementos indispensáveis para corresponder ao objetivo da norma. Compreendem-se, entretanto, na autorização tácita só os meios estritamente necessários para atingir o escopo do dispositivo, apenas as consequências lógicas da regra em apreço. “Se o fim é vedado, consideram-se proibidos todos os meios próprios para o atingir”.

Nessa ordem de idéias, percebe-se que a referida Nota Técnica atribuiu verdadeira subordinação da Agência com relação ao MPOG no tocante às determinações da SRH quanto à administração de seus servidores, laborando em verdadeiro desrespeito à Lei Geral de Telecomunicações e ao disposto no artigo 13 da Lei 10.871/2004. Nesse sentido Maximiliano¹³¹:

Com o maior rigor se verifica se um poder foi outorgado, implícita ou explicitamente, porém há liberalidade na interpretação da maneira de o exercer; o fim é de direito estrito, porém a autoridade de que o deve conseguir goza, na escolha dos meios, de faculdade discricionária isto é, fica ao seu critério a escolha dos meios.

Ademais, infere-se do entendimento de Marçal¹³² que a previsão disposta no artigo 17, parágrafo único, da Lei nº 7.923, de 12 de dezembro de 1989, que aduz

¹²⁹ GARCIA, Emerson. Ministério Público Organização, Atribuições e Regime Jurídico. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, p 94.

¹³⁰ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito, 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 214.

¹³¹ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito, 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 214.

¹³² JUSTEN FILHO, Marçal. Novos sujeitos na Administração Pública: os consórcios públicos criados pela Lei Federal nº 11.107. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.). Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 681 a 682. Segundo o autor “O Dec.-lei nº 200 não tem hierarquia normativa a nenhuma lei federal ordinária”. Ademais, “a criação de novas entidades da Administração Pública

que a SRH é o órgão central normatizador sobre recursos humanos, não resiste ao critério hermenêutico de cronologia das leis, ou seja, lei posterior (9.472, de 16 de julho de 1997 - Lei Geral de Telecomunicações e Lei 10.871/2004) revoga lei anterior (Lei nº 7.923/89 e Decreto-Lei 200/67) naquilo que lhe for contrário¹³³.

Jessé Torres Pereira Júnior¹³⁴ assevera,

A supervisão ministerial foi introduzida no texto constitucional, razão pela qual não pode ser excluída pelas leis de criação das Agências Reguladoras. No entanto, a Constituição Federal não define o que seja essa supervisão e também contempla a figura da Administração Indireta, no seu artigo 37, caput, o que pressupõe a descentralização, ou seja, a inexistência de relação hierárquica. Da qualidade de pessoa jurídica se extrai uma vida própria no plano administrativo e financeiro, distinguindo-se, por menor que seja a sua autonomia, dos serviços hierarquizados do Estado. A gestão direta é substituída por uma gestão própria no sentido mais elementar do termo. Assim, todas as medidas de supervisão previstas no Decreto-Lei nº 200/67 que contrariarem as leis das Agências Reguladoras e a própria conceituação constitucional de entidade da Administração Indireta não lhes são aplicáveis.

Aragão¹³⁵ no mesmo sentido entende que

A Constituição de 1988 não permite que a ingerência do Chefe do Poder Executivo sobre as agências chegue ao ponto de excluir, na prática, a sua autonomia, como, inclusive, já foi verificado pela doutrina brasileira com relação às antigas autarquias, fenômeno este que chegou a ser denominado de “desautarquização das autarquias”, não mais compatível com o Estado Democrático de Direito e com a constitucionalização da diferença entre a Administração Direta e Administração Indireta (p. ex., no art. 37, caput).

depende (direta ou indiretamente) de lei, que terá a mesma hierarquia do Dec.-lei nº 200, que foi recepcionado pela CF/88 com status de lei federal. Deste modo, a partir da CF/88, deve-se reconhecer que esse diploma se configura como uma simples lei federal; logo, aplicar-se-ão os princípios gerais da temporalidade e da especialidade”.

¹³³ DINIZ, Maria Helena. Conflito de normas. 3ª ed. ver. São Paulo: Saraiva, 1998, págs. 35 a 38. Segundo a autora na solução do conflito normativo utiliza-se os seguintes critérios: “[...] b) O cronológico (“*lex posterior derogat legi priori*”), que se remonta ao tempo em que as normas começaram a ter vigência, restringindo-se somente ao conflito de normas pertencentes ao mesmo escalão, assim a norma editada em último lugar sobreleva à norma fixada em primeiro lugar e que a contradiz. [...] c) O de especialidade (“*lex specialis derogat legi generali*”), que visa a consideração da matéria normada, com o recurso aos meios interpretativos. A norma especial acresce um elemento próprio à descrição legal do tipo previsto na norma geral, tendo prevalência sobre esta, afastando-se assim o *bis in idem*, pois o comportamento só se enquadrará na norma especial, embora também esteja previsto na geral.”

¹³⁴ Supervisão ministerial e tutela administrativa. Arquivos do Ministério da Justiça, v. 33, nº 139, jul./set. 1976, p. 127.

¹³⁵ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Supervisão Ministerial das Agências Reguladoras: Limites, possibilidades e o Parecer AGU AC-051. Revista de Direito Administrativo. FGV Fundação Getúlio Vargas Jurídico Atlas, mai/ago – 2007, pág. 255.

E não é somente isso, impende registrar o horário flexível parece caminhar na linha propugnada pelo Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização – GesPública, instituído pelo Decreto nº 5.378, de 23 de fevereiro de 2005, que preconiza “são as pessoas motivadas e capacitadas que transformam em resultados os objetivos e metas”. E não poderia ser diferente uma vez que se está buscando o Estado Gerencial que objetiva modernização institucional, aumento da produtividade e otimização dos resultados, a partir da melhoria da qualidade de vida.

Não se pode perder de vista, como assinalado nos capítulos anteriores, que a Administração Pública gerencial tem como foco a satisfação do cidadão, a maior eficiência, a ênfase nos resultados e a qualidade dos serviços públicos, o que se contrapõe ao modelo burocrático divorciado das necessidades sociais.

Cabe observar que a Portaria 430 não descumprir o artigo 1º do Decreto nº 1.590, de 10 de agosto de 1995¹³⁶, ao contrário, reitera a legislação vigente, qual seja, o artigo 12 da Lei nº 10.871/2004 e o artigo 19 da Lei 8.112/90.

Portanto, numa interpretação sistemática dos dispositivos ora analisados tem-se que a jornada de trabalho na Agência é de 40 horas, prevendo seu cumprimento na forma de 7 (sete) horas diárias ininterruptas de segunda a sexta-feira, perfazendo 35 (trinta e cinco) horas semanais, com 5 (cinco) horas complementares a serem cumpridas sob a forma de sobreaviso, ou seja, fica à disposição a Anatel esperando seu chamado, para cumprimento de horário predeterminado.

A celeuma em questão foi alvo de representação formulada pela Diretora do Departamento de Normas e Procedimentos Judiciais de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SRH/MP), ao Tribunal de Contas

¹³⁶ “art. 1º A jornada de trabalho dos servidores da Administração Pública Federal direta, das autarquias e das fundações públicas federais, será de oito horas diárias e: I – carga horária quarenta horas semanais, exceto nos casos previstos em lei específica, para os ocupantes de cargos de provimento efetivo.”

da União que tem o dever de assegurar a devida gestão dos recursos públicos federais no âmbito do controle externo.

No dia 30 de junho de 2010, o Tribunal de Contas da União publicou o Acórdão nº 3553/2010 – TCU – 1ª Câmara, Relator – Ministro Valmir Campelo, Processo TC-003.525/2010-4, reconhecendo por unanimidade a representação, para, no mérito, considerá-la improcedente, e assim, ordenou que se arquivasse o processo, dando ciência desta deliberação à Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SRH/MP, à Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), à Controladoria Geral da União e à Advocacia-Geral da União, acompanhada de cópia da instrução da Unidade Técnica.

Nessa instrução que reconheceu a validade do horário flexível da Anatel, é interessante observar a manifestação da sua unidade técnica (Secretaria de Fiscalização de Pessoal SEFIP/4ª Divisão):

A Reforma Gerencial pregou a adoção do controle em função dos resultados, em detrimento do controle dos procedimentos, estabelecendo um novo paradigma que pudesse superar uma administração burocrática centrada no rígido formalismo de métodos e códigos de conduta. Nesse sentido, observou-se por intermédio do instituto da descentralização administrativa uma extensão do poder normativo às agências reguladoras. Essa autarquias passaram a contar com autonomia para elaborar dispositivos que disciplinassem não apenas as diretrizes técnicas condizentes à sua área de atuação, mas também que regulamentassem suas formas de organização interna.

Prosseguindo em sua análise, a Unidade Técnica do Tribunal de Contas da União reconheceu que a jornada de 40 horas semanais estabelecida pela Portaria nº 430/2009 coaduna-se com a carga horária definida na Lei nº 8.112/90 e no Decreto nº 1.590/1995, entendendo que o instituto do sobreaviso pode ser aplicado por analogia, plasmando uma contundente assertiva de que não há redução de jornada de trabalho na Anatel:

Depreende-se que a adoção do regime de sobreaviso, nos moldes implementados pela Anatel, não representa efetivamente uma redução da jornada de trabalho, uma vez que o servidor fica à disposição da agência. Corroborando tal entendimento o fato de que as horas efetivamente trabalhadas em regime de sobreaviso não geram acréscimos no banco de horas ou pagamento de horas extras, conforme §3º do art. 5º da Portaria nº 430/2009. Isso significa que, quando convocado pela gerência para o cumprimento da 36ª até a 40ª semanal, o servidor não terá essas horas

acrescidas no banco de horas nem receberá a mais por elas, visto que integram a jornada de 40 horas estabelecida.

A Unidade Técnica reconheceu que o art. 19 da Lei nº 8.112/90 e o §1º do art. 5º do Decreto nº 1.590/1995 que tratam da jornada de trabalho “abrem espaço para o exercício da discricionariedade do gestor, segundo os critérios da conveniência e oportunidade”.

Em seguida assentou que a Anatel “pela natureza de suas atividades no exercício da regulação e fiscalização do setor de telecomunicações, tem servidores demandados em diferentes horários, tornando necessário aproximar o foco do controle aos resultados alcançados, em detrimento de um rígido controle de procedimentos”. E pontificou,

Não cabe portanto a alegação de que a Anatel autouou *contra legem* ao implementar os institutos do sobreaviso e do banco de horas. A agência agiu dentro da discricionariedade autorizada pela lei, sem extrapolar seus limites, visando constituir meios adequados à sua missão institucional, coadunando-se com os novos paradigmas de uma gestão pública moderna.

A análise técnica foi submetida à consideração do Ministro Relator¹³⁷ com a seguinte conclusão:

[...] considerando a autonomia administrativa concedida às agências reguladoras, entre elas a Anatel, a legitimidade normativa de proferir comandos para sua organização interna e o exercício da discricionariedade nos limites da lei, ressaltando ainda os novos paradigmas gerenciais da Administração Pública, pautados no princípio da eficiência, depreende-se que a Portaria Anatel nº 430/2009 não ofende a Lei nº 8.112/90 nem o Decreto nº 1.590/1995, motivo pelo qual reputa-se improcedente a presente representação.

E por fim citou o Relatório Trimestral de Desempenho da Anatel¹³⁸, e as pesquisas de opinião junto aos servidores e aos gerentes revelam benefícios significativos trazidos pelo horário flexível, relativos ao aumento da produtividade e da motivação para o trabalho, melhoria do clima organizacional, aumento da retenção de servidores e melhoria da qualidade de vida.

¹³⁷ O Ministro Relator, Valmir Campelo, referendou *in totum* a análise técnica, exarando o Acórdão TCU nº 3553/2010 – 1ª Câmara encontra-se transitado em julgado.

¹³⁸ O Relatório a que se faz referência é datado do ano de 2009.

Verifica-se que a discussão do tema horário flexível ainda é embrionária, colhendo-se na doutrina e jurisprudência opiniões divergentes, especialmente em decisões do MPOG e da AGU demonstradas no decorrer desta pesquisa, notadamente em relação à atividade-meio, defendendo a sua não adoção em nome do princípio da legalidade e da separação de poderes.

Contudo, pensa-se que a autonomia administrativa da Anatel é conferida pela Constituição implicitamente e pela lei explicitamente, restando à doutrina e jurisprudência construir e sedimentar novos contornos mais pragmáticos e não apenas sintáticos e semânticos acerca do conceito, levando em consideração a teoria dos ordenamentos setoriais.

CONCLUSÃO

Em relação aos itens tratados neste trabalho, procurou-se trazer as posições doutrinárias mais relevantes, pincelando algumas opiniões discordantes. Assim, sustenta-se que com a evolução do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito, a Constituição passou a ser o ápice da hierarquia do ordenamento jurídico, com o deslocamento da reserva da lei para a reserva da constituição e nesse contexto o direito baseia-se primordialmente nos princípios constitucionais.

Sustentou-se o princípio da juridicidade como um dos pontos de abertura na compreensão do Direito Administrativo para solucionar as controvérsias inseridas no contexto do Estado legalista tradicional.

Demonstrou-se que no atual quadrante do Direito o princípio da separação de poderes sofreu transformação significativa imposta pelo processo social sendo meio e não fim em si mesmo, dentro da hermenêutica da unidade da constituição, ou seja, a interpretação constitucional deve ser realizada evitando contradições entre suas normas.

Apontou-se que as deficiências do modelo liberal consolidaram a tendência de ampliação dos meios de controle em relação aos agentes privados, havendo a reestruturação do sistema político e, assim, o Poder Legislativo deixou de ser o único poder institucional com aptidão para produzir a lei, haja vista que as normas técnicas dependiam de conhecimento e agilidade detidas pelo Executivo.

Identificou-se que a globalização produziu a multinacionalização de empresas, flexibilização do processo produtivo, a deslegalização e a privatização, havendo nos países de economia frágil crises fiscais e político-institucionais, resultando na busca de modelos para combater a ineficiência dos instrumentos de gerenciamento do Estado cheio de imperfeições e exigindo a redefinição dos instrumentos de ação.

Demonstrou-se que a criação das Agências Reguladoras foi corolário do fenômeno da deslegalização consubstanciado na necessidade de uma gestão pública mais flexível, com decisões ágeis para que seja viável a regulação e a eficiência do serviço público.

Argumentou-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 autorizou as Agências Reguladoras, em razão do seu conhecimento técnico da realidade e das necessidades do setor em que atuam, produzir normas mais flexíveis para determinados segmentos, deixando para as leis formais matérias mais gerais e estruturais.

Demonstrou-se a existência de três correntes acerca do poder normativo das agências reguladoras, adotando, para a presente obra, a segunda corrente que entende ser regulamento, no mesmo patamar de igualdade do Decreto do Presidente da República, as normas produzidas pelas Agências Reguladoras no exercício da autonomia administrativa, logo não podendo os Ministérios e a Advocacia-Geral da União, através de Pareceres aprovados pelo Presidente da República, imiscuírem em assuntos concernentes à referida autonomia administrativa que é a liberdade interna para organizar seus serviços e atividades, distribuição de competências e atribuições dos agentes para exercício das atividades regulatórias.

Argumentou-se que a Constituição dotou a Anatel dos meios apropriados para exercer as suas atividades normativas e fiscalizadoras, encontrando na autonomia administrativa fundamento constitucional implícito, para elaborar normas de natureza regulamentar no tocante à jornada de seus servidores, sem estar subordinada à chefia do Executivo, portanto, sem ofensa à separação de poderes, que agora está pautado pelos mecanismos de controle – *checks and balances*, dentro da lógica do equilíbrio que define a moderna visão acerca da separação de poderes.

Demonstrou-se que não haverá redução da jornada de trabalho inferior a 40 horas, mas permanência do servidor à disposição da instituição da mesma forma que o artigo 4º, caput, da Consolidação das Leis Trabalhistas que considera o

período em que o empregado esteja à disposição do empregador como de efetivo serviço, logo não é ilegal e nem inconstitucional o regime de sobreaviso na Anatel, haja vista que as possíveis horas trabalhadas a mais que a jornada máxima não gerarão acréscimos ao banco de horas ou pagamento de horas extras.

Argumentou-se sobre a existência de escalas que permitam aos servidores participar, em determinados dias úteis, através da utilização fora do local de trabalho das 5 (cinco) horas, de atividades familiares, culturais e acadêmicas relevantes, insere-se na busca de resultados do Estado Gerencial, uma vez que a Administração disporá dos servidores nos horários em que estes estarão mais concentrados, mais produtivos e com tempo para atualização, haja vista que é a técnica apurada do corpo técnico que representa o diferencial das Agências Reguladoras.

Defendeu-se, em que pese os posicionamentos contrários, que é corolário da autonomia administrativa o poder regulamentar para editar atos normativos, sendo defeso a ingerência de outros órgãos nos assuntos relacionados à referida autonomia, inclusive no que se refere à atividade-meio, tendo como limite a esta autonomia o postulado da razoabilidade e os princípios constitucionais implícitos e explícitos.

REFERÊNCIAS

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

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 25/09/2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Princípio da eficiência. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 4, Nov/Dez 2005, jan 2006. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 13 de ago. 2009.

Aragão, Alexandre Santos de. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 25/09/2010.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, v. I, nº 4, jul./2001. Disponível em: <<http://direitopublico.com.br>>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2011.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Raimundo Parente. Juridicidade contra legem no processo administrativo: limites e possibilidades à luz dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ÁVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário: de acordo com a EC n. 42, de 19.12.03. São Paulo: Saraiva, 2004.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Reforma do Estado para a Cidadania – A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional. São Paulo, Editora 34, 1998.

BINENBOJM, Gustavo. As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, ago-set-out, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 25/09/2010.

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

CARDOSO, Henrique Ribeiro. Controle da Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2010.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Trad.: A. Menezes Cordeiro. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CAPILONGO, Celso Fernandes. O direito na sociedade complexa. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CASTRO, Flávia Viveiros de. O princípio da separação dos poderes. In: Peixinho, Manoel Messias; Guerra, Isabella Franco; Nascimento Filho, Firly (Orgs.). Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COUTO, Cláudio Gonçalves. "A modernização da administração pública brasileira". In: Loureiro Durand, Maria Rita e Azevedo, Clóvis Bueno (orgs.). Reforma do Estado no Brasil hoje: limites e possibilidades. São Paulo: EAESP-FGV, ago. 1995, pp. 44-54 (Cadernos do Centro de Estudos de Administração Pública e Governo, nº 1).

CYRINO, André Rodrigues. O poder regulamentar autônomo: do presidente da República à espécie regulamentar criada pela EC nº 32/2001. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

CHIAVENATO, Idalberto. Administração geral e pública. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille. Três desafios para um Direito Mundial. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Curso de Direito Administrativo, 14ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2002.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. Trad.: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FRANÇA, Limongi R. Teoria e prática dos princípios gerais do direito. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FRANCISCO, José Carlos. Função Regulamentar e Regulamentos. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação. 5 ed. São Paulo. Atlas. 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estudos, documentos, debates: reforma do Estado, papel das agências reguladoras e fiscalizadoras. nº 18, São Paulo: FIESP/CIESP e Instituto Roberto Simonsen, 2000

FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A separação de poderes (funções) nos dias atuais. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, nº 238, p. 38, out.-dez./2004.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, ago-set-out, 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 25/09/2010.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I. 6ª ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GÜNTHER, Klaus. Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004.

GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais (um estudo comparativo). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Trad.: José Lamago. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LUHMANN, Niklas. Apud: TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoietico. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito, 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MODESTO, Paulo. "Notas para um Debate sobre o princípio Constitucional da Eficiência". Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 2, maio, 2001, p. 11. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 04 de fevereiro de 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOREIRA, Vital. Administração Autónoma e Associações Públicas, Coimbra Editora, 1997.

MONCADA, Luís S. Cabral de. Ensaio sobre a Lei. Coimbra Editora. 2002.

MONTESQUIEU. O espírito das leis. 2ª ed. 2. Tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 6.ed São Paulo: Atlas, 1999.

MOTTA, Fabrício. Função normativa da Administração Pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Agências reguladoras. Barueri, SP: Manole, 2003.

NUNBERG, Bárbara. Gerência de Recursos Humanos no Setor Público. Cadernos ENAP, nº 14, Brasília, Escola Nacional de Administração Pública, 1998.

NETO, Floriano de Azevedo Marques. Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

NUNES, Edson de Oliveira. Agências reguladoras e reforma do Estado no Brasil: inovação e continuidade no sistema político institucional, coordenação Edson Nunes de Oliveira Nunes. [et al.] – Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências Reguladoras e Concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Direito Administrativo Econômico. 1ª edição. São Paulo: Malheiros editores, 2006, pp. 159-189.

PACHECO, Regina Sílvia. Política de recursos humanos para a reforma gerencial: realizações do período 1995-2002. Revista do Serviço Público, Ano 53, Número 4, Out-Dez, 2002.

RAMIRES, Maurício. Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SALGADO, Lúcia Helena. Agências Reguladoras na experiência brasileira: Panorama do atual desenho institucional. Texto para discussão nº 941 – IPEA. Rio de Janeiro: 2003. Disponível em http://www.ipea.gov.br/pub/td/2003/td_0941.pdf. Acesso em 16/09/2010.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Antônio Ricardo de. *Agências Reguladoras e seus modelos de Gestão: uma análise na Aneel e Anatel*. 2007, 208 f. Tese (Doutorado em Administração) – Escola de Administração, Universidade Federal da Bahia, Brasília, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução às Agências Reguladoras*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1ª edição. São Paulo: Malheiros editores, 2006, pp. 17-38.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Caloustre, 1989.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

ZIPPELLIUS, Reinhold. *Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Teoria Geral do Estado*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Caloust Gulbenkian, 1997.

XAVIER, Alberto. *Legalidade e tributação*. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 47-48, jul./dez. 1978.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27/fev/1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 abril 2011.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. *Diário Oficial da República federativa do Brasil*, Brasília, DF. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 27 jul. 2010.

BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. *Diário Oficial da República federativa do Brasil*, Brasília, DF. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 23 out. 2010.

BRASIL. Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. *Diário Oficial da República federativa do Brasil*, Brasília, DF. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 27 jul. 2010.

BRASIL. Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004. Dispõe sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das Agências Reguladoras e dá outras providências. *Diário Oficial da República federativa do Brasil*, Brasília, DF. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 27 jul. 2010.

BRASIL. Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1/fev/1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9784.htm>. Acesso em: 20/abril/2009.

BRASIL. Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Diário Oficial da República federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 27 jul. 2010.

BRASIL. Lei nº 7.923, de 12 de dezembro de 1989. Dispõe sobre os vencimentos, salários, soldos e demais retribuições dos servidores civis e militares do Poder Executivo, na Administração Direta, nas Autarquias, nas Fundações Públicas e nos extintos Territórios, e dá outras providências. Diário Oficial da República federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 27 jul. 2010.

BRASIL. Decreto nº 2.488, 02 de fevereiro de 1998. Define medidas de organização administrativa específicas para as autarquias e fundações qualificadas como Agências Executivas e dá outras providências. Diário Oficial da República federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 27 jul. 2010.

BRASIL. Decreto nº 1.590, de 10 de agosto de 1995. Dispõe sobre a jornada de trabalho dos servidores da Administração Pública Federal direta, das autarquias e das fundações públicas federais, e dá outras providências. Diário Oficial da República federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 27 jul. 2010.

BRASIL. Decreto nº 67.326, de 5 de outubro de 1970. Dispõe sobre o Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal e dá outras providências. Diário Oficial da República federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 27 jul. 2010.

BRASIL. Decreto nº 5.378, de 23 de fevereiro de 2005. Institui o Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização - GESPÚBLICA e o Comitê Gestor do Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização, e dá outras providências. Diário Oficial da República federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 27 jul. 2010.

Exposição de Motivos nº 231/MC. Ministério das Comunicações, Gabinete do Ministro, Brasília, 10/12/1996. Disponível em: www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalRedireciona.do?...331. Acesso em: 29/09/2010.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Portaria nº 430, de 19 de junho de 2009. Dispõe sobre o horário de funcionamento da Agência Nacional de Telecomunicações, a jornada de trabalho e o acompanhamento da frequência dos servidores. Brasília: Boletim Interno, 2009.

BRASIL. Ministério Público Federal. Portaria PGR/MPU nº 707, de 20 de dezembro de 2006. Regulamenta a jornada de trabalho, o controle de frequência, serviços extraordinários dos servidores do Ministério Público da União e dá outras providências. Disponível em: www.sinasempu.org.br/Institucional/.../mpf-pgr-port0707-2006.pdf. Acesso: 13/04/2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 88, de 08 de setembro de 2009 do Conselho Nacional de Justiça. Dispõe sobre a jornada de trabalho no âmbito do Poder Judiciário, o preenchimento de cargos em comissão e o limite de servidores requisitados. Publicada no DOU, Seção 1, em 17/9/09, p. 87, e no DJ-e nº 157/2009, em 17/9/09, p. 5-6.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, Brasília, 1995. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 10 jul. 2006.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC-003.525/2010-4. Representante: Secretaria de Fiscalização de Pessoal – SEFIP. Representado: Agência Nacional de Telecomunicações. Relator: Ministro Antônio Valmir Campelo Bezerra. Data do Julgamento: Brasília, 30 de junho de 2010. Acórdão nº 3553/2010 1ª Câmara. Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso em: 05/maio/2011.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Do parecer que versa sobre a questão dos recursos hierárquicos impróprios, obrigatória para toda a Administração Pública. Parecer nº AC-51, de 05 de junho de 2006. Disponível em: www.agu.gov.br/.../ListarAtos.aspx?...Pareceres. Acesso em: 02/mar/2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Ação civil pública nº 2008.70.13.000986-7/PR. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Procurador Geral da República e outros. Juiz Substituto: Bruno Takahashi. Data do Julgamento: Paraná, 29 de janeiro de 2009. Disponível em: www.jfpr.jus.br. Acesso em: 05/maio/2011.

BRASÍLIA (DF). Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Recursos Humanos. Da Nota Técnica que dispõe sobre a flexibilização da jornada de trabalho dos servidores da Anatel. Nota Técnica nº 667/2009/COGES/DENOP/SRH/MP Disponível em: <https://conlegis.planejamento.gov.br/conlegis/.../file?...%202009.pdf>. Acesso em 20/05/2010.

ANEXOS

Anexo I – Nota Técnica nº 667/2009/COGES/DENOP/SRH/MP do Ministério do Planejamento.

Anexo II – Portaria nº 430, de 19 de junho de 2009, da Agência Nacional de Telecomunicações.

Anexo III – Portaria PGR/MPU nº 707, de 20 de dezembro de 2006, do Ministério Público da União.

Anexo IV – Resolução nº 88, de 08 de setembro de 2009, do Conselho Nacional de Justiça.