

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO
FGV DIREITO RIO

HENRIQUE SAMPAIO DE AZEVEDO

A LEGITIMIDADE INSTITUCIONAL DA ESTRUTURA
REGULATÓRIA BRASILEIRA PÓS-88

Rio de Janeiro
Dezembro de 2017

HENRIQUE SAMPAIO DE AZEVEDO

**A LEGITIMIDADE INSTITUCIONAL DA ESTRUTURA
REGULATÓRIA BRASILEIRA PÓS-88**

Dissertação para obtenção de grau de mestre
apresentada à Escola de Direito do Rio de
Janeiro da Fundação Getúlio Vargas

Área de concentração: Direito da Regulação

Orientador: Fernando Angelo Ribeiro Leal

Rio de Janeiro
Dezembro de 2017

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Mario Henrique Simonsen/FGV

Azevedo, Henrique Sampaio de

A legitimidade institucional da estrutura regulatória brasileira pós-88 / Henrique Sampaio de Azevedo. – 2017.

94 f.

Dissertação (mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas.
Orientador: Fernando Angelo Ribeiro Leal.

Inclui bibliografia.

1. Legitimidade governamental. 2. Democracia. 3. Direito da regulação. 4. Agências Reguladoras de atividades privadas. I. Leal, Fernando Angelo Ribeiro. II. Escola de Direito da regulação do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas. III. Título.

CDD - 341.2

HENRIQUE SAMPAIO DE AZEVEDO

**"A EVOLUÇÃO DA LEGITIMIDADE INSTITUCIONAL DA ESTRUTURA
REGULATÓRIA BRASILEIRA PÓS-88".**


dissertação apresentado(a) ao Curso de MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO DA
REGULAÇÃO do(a) Escola de Direito do Rio de Janeiro para obtenção do grau de
Mestre(a) em Direito da Regulação.

Data da defesa: 21/02/2018

ASSINATURA DOS MEMBROS DA BANCA EXAMINADORA




Fernando Ângelo Ribeiro Leal
Orientador(a)



Leandro Molhano Ribeiro
Membro



José Vicente Santos de Mendonça
Membro



Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha
Membro

RESUMO

O tema central do presente trabalho é o paradigma regulatório no direito brasileiro e o processo de construção da legitimidade desse modelo de organização administrativa do Estado. Especificamente, investiga-se a base teórica a partir da qual a estrutura das agências reguladoras independentes foi interpretada e legitimada no âmbito do ordenamento jurídico instituído pela Constituição Federal de 1988. O presente trabalho busca, então, explorar a evolução do conceito da legitimidade da atuação regulatória, na medida em que ele agrega diferentes elementos para a ratificação de sua estrutura e lógica próprias. Analisa-se, primeiramente, as discussões acerca da legitimidade jurídico-forma da regulação, ou seja, a sua natureza conflitante com princípios da legalidade e separação de poderes. Em seguida, passa-se ao estudo do argumento da eficiência, a partir do qual todo o sistema regulador deve ser reinterpretado de modo a promover fins específicos e bons resultados, razão pela qual seria legítima a estrutura das agências. Mais adiante, é reconstruído o problema do *déficit* democrático das agências, a partir do qual a sua legitimidade deveria ser extraída de modelos de participação popular. Por fim, apresenta-se um modelo institucional que julga ser capaz de acoplar diferentes valores presentes na democracia, tornando-o assim ideal para tratar da legitimidade regulatória.

Palavras-chave: Legitimidade; Democracia; Regulação; Agências Reguladoras; Expertise

ABSTRACT

The central theme of this paper is the regulatory paradigm in post-88 Brazilian law and the process of justification of its legitimacy. Specifically, we investigate the theoretical basis from which the structure of independent regulatory agencies was interpreted and legitimized within the legal framework established by the Federal Constitution of 1988. Thus, The present work seeks to explore the evolution of the concept of the legitimacy of regulatory action, insofar as it adds different elements for the ratification of its own logic and structure. We first analyze the discussions about the legitimacy that is based only on its formal compatibility with the rule of law, that is, its conflicting nature with principles of legality and separation of powers. Furthermore, we study the efficiency argument, from which the whole regulatory system must be reinterpreted in order to promote specific goals and obtain good result. Later, the problem of the agencies' "democratic déficit" is reconstructed, from which their legitimacy should be extracted from models of popular participation, in order to close some kind of democratic gap. Finally, it's presented an institutional model that considers itself able to couple different values present in the concept of democracy, making it ideal for dealing with the problema of regulatory legitimacy.

Keywords: Legitimacy; Democracy; Regulation; Regulatory Agencies; Expertise

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
Apresentação do tema	9
Contextualização.....	10
Problemas e objetivos da pesquisa	11
Estrutura dos capítulos.....	14
1	NOVO ESTADO REGULADOR, LEGITIMIDADE E OBJETIVOS
	INSTITUCIONAIS
	16
1.1	O Estado Regulador pré-88 e a formação da legitimidade burocrática.
	16
1.2	Novo Estado Regulador e a instituição das agências reguladoras.
	21
1.2.1	Independência institucional das agências
	24
1.2.2	Mecanismos de participação popular.....
	27
2	JURIDICIDADE DA ESTRUTURA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS COMO
	FONTE DE LEGITIMIDADE
	31
2.1	Legalidade e separação de Poderes
	31
2.1.1	Exigências feitas pela legalidade administrativa
	33
2.1.2	Exigências feitas pela separação de Poderes
	38
2.2	Regulação como consecução eficiente de fins públicos
	43
3	INSUFICIÊNCIA DOS PARÂMETROS JURÍDICOS NA LEGITIMAÇÃO DA
	POLÍTICA REGULATÓRIA
	48
3.1	Compatibilidade jurídico-formal.....
	48
3.1.1	Legitimidade a partir do controle
	49
3.2	Problemas relacionados à legitimidade pela eficiência técnica.....
	50
3.2.1	Capacidades epistêmicas reais e aferíveis.....
	50
3.2.2	Legitimidade pela expertise interna e objetivos regulatórios.....
	55
4	DEMOCRACIA COMO CONTROLE DA LEGITIMIDADE REGULATÓRIA.
	59
4.1	Participação popular e audiências públicas como “potenciais democráticos”
	.. 59

4.1.1	Representatividade popular e déficit democrático	62
4.1.2	Potencial democrático e participação efetiva	64
4.2	Participação democrática instrumental à legitimidade epistêmica.....	66
5	LEGITIMIDADE COMO DILEMA ENTRE TEORIAS DA DEMOCRACIA...	71
5.1	Denominadores comuns e valores institucionais da democracia.....	74
6	CONCLUSÃO: VALORES COMUNS COMO METATEORIA DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA	80
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	84

INTRODUÇÃO

Apresentação do tema

O tema central do presente trabalho é o paradigma regulatório no direito brasileiro e o processo de construção da legitimidade desse modelo de organização administrativa do Estado. Especificamente, investiga-se a base teórica a partir da qual a estrutura das agências reguladoras independentes foi interpretada e legitimada no âmbito do ordenamento jurídico instituído pela Constituição Federal de 1988.

Essa matéria ganha especial relevância quando se estudam as particularidades institucionais experimentadas ao longo da criação das agências reguladoras no Brasil, âmbito no qual tais debates florescem com maior intensidade. Dessa maneira, a depender da perspectiva adotada, observar-se-á a exigência de preenchimento de diferentes credenciais de legitimidade como forma de analisar criticamente a sua estrutura.

A legitimidade da atuação regulatória no meio social foi uma questão problemática no Estado brasileiro mesmo antes da promulgação da Constituição de 88 e da incorporação do ideal das agências independentes, na década de 90. Desde a industrialização acelerada do país ao longo dos anos 30, acompanhada por regimes antidemocráticos, a atuação estatal se desenvolveu de forma a legitimar a si mesma: a partir de núcleos ou “anéis burocráticos”, eram oferecidos crivos de tecnicidade a políticas públicas que, em verdade, buscavam satisfazer interesses particulares de burocratas ou líderes oligárquicos.

Por essa razão, com a redemocratização do país e as reformas promovidas na organização do Estado, foram promovidas a descentralização administrativa e a introdução de agências reguladoras independentes. Isso ocorre com o objetivo expresso de formar um organismo público que não apenas fosse representante da sociedade civil, mas agisse a partir fundamentos de eficiência e capacidade técnica, permitindo-o produzir melhores resultados na atuação estatal. Com isso, há uma mutação no próprio ideal de legitimidade que possibilite validar a sua atuação.

Contextualização

As agências reguladoras surgem, no Brasil, numa conjuntura de transição econômica, marcado por opções que visavam ao estreitamento do antigo paradigma da intervenção estatal direta. Consequentemente, esse contexto é marcado pela ampliação da participação da iniciativa privada, por meio do investimento em mecanismos como o das privatizações, concessões, terceirizações, etc.

Tudo isso ocorre em meio a uma tentativa de resposta à profunda crise financeira enfrentada à época no Brasil¹. Desse modo, planejou-se a retomada do crescimento econômico a partir da estabilização dos setores econômicos e de uma injeção de ideais de tecnicidade e eficiência na burocracia estatal², tornando o país um destino mais interessante para o investimento externo³.

Todos esses objetivos se tornaram compromissos estabelecidos no chamado Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que representou a consolidação de tais objetivos. O modelo institucional das agências reguladoras, desse modo, simboliza essa busca de uma transformação da própria lógica de funcionamento da Administração Pública.

Para isso, todo o desenho institucional das agências reguladoras foi constituído de forma a buscar o insulamento político do órgão. Tal escolha procurou proteger a neutralidade da agência – evitando, assim, processos de captura – e assegurar um processo decisório baseado apenas em elementos científicos/técnicos, sem a influência de vontades políticas momentâneas⁴.

Por esse motivo, há proteções especiais tanto aos dirigentes de agências reguladoras (que possuem mandatos que não podem ser simplesmente destituídos por razões de oportunidade ou conveniência), quanto às suas decisões. Apesar de estarem submetidas a diferentes formas de controle por outros órgãos ligados aos Poderes Legislativo, Judiciário, e Executivo, as agências são dotadas, cada vez mais, de espaço próprio de discricionariedade, ao qual deve-se deferência técnica.

¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma do Estado dos anos 90: Lógica e mecanismos de controle**. Lua Nova [online]. 1998, n.45, pp.49-50. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451998000300004>>.

² GUERRA, Sérgio. **Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira**. In: GUERRA, Sérgio (org.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 373.

³ BINENBOJM, Gustavo (org.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. ix.

⁴ CARDOSO, Fernando Henrique. **Notas sobre a reforma do Estado**. Novos Estudos CEBRAP, n.º 50, 1998, p. 10.

Complementarmente, há uma preocupação expressa em manter a atuação da agência reguladora alinhada a um ideal de interesse público, na forma manifestada pela própria sociedade civil⁵. Por esse motivo, desde a sua concepção, há também a presença de mecanismos de participação popular, que visam à interferência dos entes regulados na formação da decisão regulatória. Essa forma de participação popular, desse modo, terá influência direta sobre a legitimidade dos atos da agência.

Problemas e objetivos da pesquisa

O presente trabalho busca, então, explorar o conceito da legitimidade da atuação regulatória, ao longo de seu desenvolvimento argumentativo. Como será demonstrado, cada forma de ratificar a atuação das agências, em sua estrutura e lógica próprias, agrega diferentes elementos teóricos, seja de teorias voltadas à sua compatibilidade jurídica, sua capacidade decisória ou seu potencial democrático.

Num primeiro momento, dada a forma como as agências reguladoras teriam a seu favor uma concentração ímpar de competências e atribuições, vê-se na sua estrutura uma aparente ruptura em relação aos comandos de legalidade e separação de Poderes presentes na Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, as agências reguladoras representariam uma ruptura aos princípios da legalidade e da separação dos Poderes, ao se tratarem de órgãos administrativos que exercem competências de natureza executiva, mas também legislativa (com a edição de normas direcionadas ao setor regulado), e até mesmo judiciais (com a solução de conflitos e imposição de sanções), contando ainda com efetivo poder de polícia.

Ademais, sua estrutura pressuporia um grau de independência e insulamento institucional que estaria em dissonância com o funcionamento dos demais órgãos, como preconizados pela Constituição.

Concomitantemente, agências reguladoras são criadas e têm o seu limite de atuação discricionária baseado na lei, instrumento que pode, ulteriormente, rever as suas atribuições ou mesmo extinguir a sua existência. Os seus membros e as diretrizes de políticas públicas são determinados unilateralmente pelo Executivo. Seus atos e seu processo decisório são a todo o

⁵ Ibid., p. 12.

tempo fiscalizados tanto sob a ordem jurídico-formal, por membros do Poder Judiciário, quanto em matéria orçamentária e financeira, por órgãos como os Tribunais de Contas.

É a partir dessa relação que se promove o debate sobre a sua legitimidade jurídico-formal. Ou seja, o primeiro conjunto de desafios observado se direciona à própria maneira se e como essa nova espécie seria abrigada pelo do Direito brasileiro.

Mais adiante, todavia, argumenta-se que a escolha por esse modelo se fundamentaria na medida de sua capacidade em promover maior eficiência e capacitação técnica à burocracia estatal. Desse modo, há o questionamento feito às agências reguladoras sob a perspectiva da sua performance no atingimento dos objetivos que motivaram a sua criação.

Dessa forma, seria legítima a agência que, com base na sua estrutura e atribuições próprias, fosse capaz de produzir consequências positivas em seu domínio. Nessa construção, haveria apenas uma delimitação de seus objetivos gerais pela noção de legalidade, que promoveria, por sua vez, uma delegação de caráter complementar.

A estrutura das agências, sob esse ângulo, estaria abrigada sob o princípio da eficiência e demais normas de caráter constitucional que, programaticamente, determinariam a consecução de objetivos ideais. Com isso, normas com esse caráter informariam a sua lógica finalística própria, ao mesmo tempo que estabeleceriam os parâmetros para o seu desempenho.

Portanto, o modelo institucional das agências reguladoras seria constituído dentro de um contexto de alteração da própria lógica de atuação do Estado. Nesse paradigma, toda a burocracia estatal estaria sendo “equipada”, no momento de determinação de suas atribuições, para buscar promover os fins específicos aos quais se propõem.

Obviamente que, para essa forma de legitimação, cada setor econômico regulado vai demandar diferentes expertises e arranjos institucionais, de acordo com as suas características próprias. Contudo, no seu denominador comum está a ideia de qualificação técnica como forma de capacitação do processo decisório.

Por fim, vê-se que a legitimidade, baseada somente em critérios internos à própria regulação, é insuficiente para credenciar propriamente a sua atuação. Ao tentar validar a atuação regulatória apenas a partir de valores no próprio Direito, o exercício do poder regulatório se assemelharia aos modelos de justificação do Estado nos regimes autoritários brasileiros.

Desse modo, vê-se no apelo à participação popular uma forma de tornar mais democrática – e assim, mais legítima – o exercício da agência.

Tal forma de interpretação questiona a relação existente entre o exercício da função regulatória e o próprio funcionamento dinâmico da democracia.

As agências reguladoras promovem uma ordenação de setores econômicos estratégicos. Tal atribuição, que possui grande relevância e amplo impacto sobre a vida da população, é submetida a indivíduos que não passaram por crivos de escolha majoritária: cria-se, desse modo, um *déficit* democrático.

Contudo, a mesma prevê arranjos de participação popular que, ao menos em tese, permitiriam uma aproximação de reguladores, concessionárias e entes regulados, fortalecendo, assim, a *accountability* da agência. Para justificar a sua legitimidade, então, seria necessário a concretização de tais mecanismos, de modo a garantir decisões não-arbitrárias e alinhadas ao interesse público.

Isto é, a sua validade, aliada a essa forma de controle externo, se daria na medida em que haveria a garantia de maior representatividade democrática e *accountability* de suas decisões, com a aproximação de entes reguladores e regulados.

Portanto, as formas observadas de se lidar com o problema assumem as posições supracitadas: a legitimidade da agência reguladora é uma função da sua (1) conformidade com os princípios da legalidade e da separação de Poderes; (2) eficiência na promoção dos fins para a qual foi constituída; (3) efetividade da sua *accountability*, informada pela participação popular e influência dos entes regulados no processo de formação da decisão regulatória.

Desse modo, os objetivos do presente trabalho se desenvolvem a partir da descrição de como essas três ordens de problemas são, complementarmente, construídas no plano teórico.

Enfim, a relação existente entre as três forças argumentativas na formação da legitimidade das agências reguladoras não é, sobremaneira, uma questão contingencial do Direito Brasileiro. Em verdade, essa tensão está no núcleo do próprio paradigma do Estado Administrativo, que se encontra num constante impasse na promoção de tais fins⁶.

Uma vez que cada uma de tais forças enxerga as demais como acessórias à sua própria maximização, as escolhas de desenho institucional realizadas dentro do paradigma regulatório vão sempre gerar questionamentos de sua legitimidade por parte das rivais, criando os *trade-offs* existentes entre juridicidade, tecnicidade e democracia⁷.

⁶ VERMEULE, Adrian. **The Administrative State**: Law, Democracy, and Knowledge. The Oxford Handbook of the U.S. Constitution, 2015, disponível em: <10.1093/oxfordhb/9780190245757.013.13>.

⁷ Ibid., p. 21.

Estrutura dos capítulos

O primeiro capítulo do presente trabalho apresenta o contexto histórico a partir do qual se promoveu as reformas do Estado que introduziram o modelo das agências reguladoras no país. O esclarecimento dos objetivos em jogo nesse período é essencial para a compreensão dos contornos institucionais que serão previstos para as agências, influenciando assim a forma como elas se legitimarão na sua prática.

Já o segundo capítulo investiga as questões relativas à compatibilidade jurídica do modelo de agências independentes com os ditames constitucionais e legais. Posteriormente, vê-se como, a partir do impasse jurídico, foi identificada uma mutação constitucional⁸, que permite a interpretação da legalidade da sua estrutura com base na promoção de seus objetivos institucionais. Trata-se, a partir de tal paradigma, do problema da expertise regulatória como fundamento de sua legitimidade.

O terceiro capítulo, então, traz à tona alguns problemas teóricos ligados à adoção de parâmetros internos à regulação como forma de controle da sua legitimidade.

Com base nisso, no quarto capítulo, analisa-se a possibilidade do controle externo democrático, ou seja, a forma como a legitimidade democrática da agência pode ser encarada como sua forma de *accountability* ou controle vertical deliberativo. Nesse capítulo, há uma maior atenção aos instrumentos de participação pública, que permitem a influência dos entes regulados no processo decisório da agência reguladora.

Por fim, é apresentado um modelo final de encarar a legitimidade regulatória. O debate sobre a legitimidade das agências reguladoras, em essência, acaba por desaguar inevitavelmente num debate sobre teorias da democracia⁹. Diferentes formas de conceituar a democracia vão exigir credenciais diversas para considerar legítimo o modelo das agências proposto no Estado Regulador.

Por essa razão, é interessante, buscar uma forma de visualizar a democracia levando em consideração os seus elementos comuns entre diversas teorias, conjugando, dessa forma, as diferentes facetas da legitimidade apresentadas ao longo do trabalho e estabelecendo um equilíbrio multidimensional entre tais forças institucionais.

⁸ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Agências Reguladoras**: legalidade e constitucionalidade. Revista Tributária e de Finanças Públicas, número 35, dezembro de 2000, p. 7.

⁹ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo Estado regulador no Brasil**: eficiência e legitimidade. 2ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017a. – (Coleção capitalismo & democracia), p. 167.

É o que se pretende, no capítulo derradeiro, com a apresentação do modelo teórico de valores comuns da democracia na obra de Adrian Vermeule¹⁰. A partir da identificação dos elementos mínimos necessários para a classificação de um sistema como democrático (*accountability*, deliberação, transparência e imparcialidade), é possível compreender os *trade-offs* existentes as diferentes teorias.

¹⁰ VERMEULE, Adrian. **Mechanisms of Democracy**. Institutional Design Writ Small. Oxford University Press, 2007

1 NOVO ESTADO REGULADOR, LEGITIMIDADE E OBJETIVOS INSTITUCIONAIS

No capítulo inicial do presente trabalho, o objetivo será expor o contexto próprio da incorporação, no país, do modelo tipicamente americano de agências reguladoras independentes.

Entretanto, como será analisado, há uma distinção relevante entre os fundamentos de validade do Estado Regulador brasileiro, ao se observar suas encarnações nos períodos anterior e posterior à Constituição Federal de 1988. Com isso, a lógica própria a partir da qual cada modelo enxerga a sua legitimidade depende da compreensão dos contextos históricos nos quais estavam inseridos, o que será analisado adiante.

1.1 O Estado Regulador pré-88 e a formação da legitimidade burocrática.

A introdução da estrutura das agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro ocorre no contexto de redemocratização do país inaugurado pela Constituição Federal de 1988. Assim, ao longo da década de 90, foi gradativamente se consolidando o modelo do “Novo Estado Regulador Brasileiro”¹¹, como denominado por Paulo Todescan Lessa Mattos.

Contudo, essa transformação na organização administrativa não se dá num vácuo. Como a própria descrição de Mattos insinua, o “novo” Estado regulador se apresenta como uma alternativa à forma anterior de direcionamento e tomada de decisão por parte da Administração Pública¹².

Portanto, para compreender os objetivos que motivaram a opção política pela nova lógica regulatório, é relevante destacar as características do sistema anterior.

¹¹ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **A formação do estado regulador**. Novos estud. - CEBRAP, São Paulo, n. 76, Nov. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002006000300007&lng=en&nrm=iso>.

¹² Ibid., p. 151.

Nesse sentido, Paulo Mattos demonstra como o processo de formação do Estado Regulador no Brasil se deu de forma diversa daquela experimentada nos Estados Unidos¹³ ou no continente europeu¹⁴.

Em tais países, nos quais a transformação do Estado liberal clássico por alternativas de cunho regulatório se deu acompanhada de palpável clamor social¹⁵, verificou-se o desenvolvimento de um núcleo burocrático com uma maior sensibilidade às demandas da população, sendo esta determinante nas escolhas políticas sobre os espaços regulados¹⁶.

Por sua vez, a experiência brasileira foi a da construção do modelo regulador durante o regime ditatorial da década de 1930, presidido por Getúlio Vargas. Logo, ao ter as suas raízes em período político antidemocrático, “a formação e institucionalização do Estado regulador brasileiro foram marcadas pelo pensamento autoritário nacionalista”¹⁷.

Predominava, dessa forma, um ideal de atuação pública voltada para si mesma, a partir de uma postura de relações verticais entre administração e administrados¹⁸.

Por conta de tal contexto, então, inexistiu no país uma participação popular efetiva na demarcação de políticas de interesse público. Em verdade, os debates acerca do papel da intervenção estatal foram travados em grande parte por líderes oligárquicos^{19,20}, que o fizeram em busca de satisfação de seus interesses particulares, num franco processo de captura do poder regulatório²¹.

Conjugado a isso, verificou-se ainda a depreciação do Congresso Nacional como representante da sociedade civil, naturalmente enfraquecido durante os sucessivos períodos de ditadura, nos quais se tornou cotidiana a repressão de direitos políticos²².

¹³ SUNSTEIN, Cass. **O Constitucionalismo após o New Deal**. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa.

Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano. São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 133.

¹⁴ MAJONE, Giandomenico. **Do Estado Positivo ao Estado Regulador**. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa.

Regulação econômica e democracia: o debate europeu. São Paulo: Singular, 2006c, p. 58

¹⁵ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Direito, regulação e economia**: estudos para o debate brasileiro. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017b, p. 27.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Ibid., p. 26.

¹⁸ DA SILVA, Sérgio André R. G. **A Legitimidade das Agências Reguladoras**. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro. 235: 299-32U, Jan./Mar. 2004, p. 300.

¹⁹ Op. cit., pp. 300-301.

²⁰ Para uma análise histórica com detalhes acerca da transição econômica do setor cafeicultor para o industrial, Cf. FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, pp. 274 e ss.

²¹ MATTOS, Paulo. Op. cit. p. 27.

²² Ibid., p. 28.

Logo, essa faceta originária do Estado regulador brasileiro, que acompanha o processo de industrialização do país²³, se constitui com um foco centralizado no Poder Executivo federal, especialmente na figura do presidente da República²⁴.

Todos esses fatores, por sua vez, contribuíram para que o desenvolvimento das políticas públicas regulatórias ocorresse, em grande parte, a partir da disputa de interesses entre tecnocratas, elites locais e multinacionais:

A formação da burocracia estatal e a expansão do processo de criação de empresas estatais estiveram diretamente associadas a uma relação de subordinação ou de associação dos tecnocratas, que se formam no contexto da ampliação da burocracia estatal desde Vargas, com o capitalismo local e multinacional.²⁵

É com base nessa relação, enfim, que Paulo Mattos faz uso da descrição de “anéis burocráticos” do Estado, como desenvolvido por Fernando Henrique Cardoso²⁶.

Tais anéis estariam inseridos no sistema burocrático e seriam compostos por “círculos de interessados”, um “segundo escalão de planejadores”, com membros de diversos grupos sociais (funcionários públicos, militares, representantes empresariais)²⁷. Nesses núcleos ou “ilhas de racionalidade”, buscar-se-ia a solução para problemas práticos, a partir da interseção entre duas forças antagônicas: os interesses do clientelismo político e a inércia burocrática²⁸.

O organismo administrativo brasileiro passa a se sofisticar conjuntamente ao processo de industrialização que tem o seu início no final dos anos 30²⁹. Assim, esse novo Estado regulador apresenta as características tradicionais do desenvolvimentismo keynesiano, com fortalecimento de uma burocracia estatal e um ideal central de planejamento público e intervenção econômica³⁰.

Contudo, esse mesmo Estado extrai a sua própria *legitimidade* não de uma participação social em sua construção, mas das credenciais técnicas dos “anéis” ou núcleos de racionalidade imersos nessa burocracia pública:

²³ FURTADO, Celso. Op. cit., p. 280.

²⁴ Idem.

²⁵ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op cit., 2017a, p. 115.

²⁶ Ibid., pp. 115-116.

²⁷ CARDOSO, Fernando Henrique. **O modelo político brasileiro e outros ensaios**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil S.A., 1993, p. 98.

²⁸ Ibid., pp. 98-99.

²⁹ FURTADO, Celso. Op. cit., p. 281.

³⁰ Ibid. p. 119.

No processo de industrialização brasileiro, a legitimidade da ação estatal será justificada a partir do próprio Estado, e não a partir da “sociedade civil”. (...) A formação do Estado regulador brasileiro, na sua forma tecnoburocrática-capitalista dependente, significou a formação de uma nova burocracia e de uma nova “classe”: os funcionários públicos tecnocratas. No entanto, essa nova classe, já no primeiro Governo Vargas, era mobilizada a partir do próprio Estado.³¹

Ou seja, como resultado, as políticas formuladas por esse modelo de Estado Regulador autoritário, dado o seu alto grau de captura, não buscavam a promoção de um ideal de interesse público. Ao contrário, havia, em verdade, a busca pela satisfação de interesses privados dos atores com maior poder negocial e facilidade de acesso à burocracia pública³².

Por sua vez, os anéis burocráticos serviriam como salvaguarda a essas políticas públicas capturadas. Ao conceder a elas o crivo de tecnicidade, seria constituída uma espécie de legitimidade autossuficiente do poder estatal.

(...)com o planejamento econômico, formam-se no interior da burocracia estatal “ilhas de racionalidade”, que permitem justificar políticas públicas em nome de critérios meramente técnicos. No entanto, como essas “ilhas de racionalidade” se formam dentro de uma administrativa tradicional, caracterizada pelo clientelismo político, elas não servirão ao “interesse público”, mas aos interesses privados que se organizam no interior do Estado e são catalisados a partir do Estado.³³

Enfim, a partir de tal interpretação, demonstra-se que essa burocracia brasileira presente no seu Estado Regulador se estruturou politicamente “de dentro para fora”, de maneira que não houve uma participação social efetiva na sua construção ou a criação de canais de acesso que promovessem a sua legitimação democrática³⁴.

Tais características apenas se reforçaram com o decorrer da segunda experiência antidemocrática brasileira, durante o regime militar pós-1964³⁵. Se antes o modelo do Estado Regulador conseguia alguma sustentação popular com medidas de cunho populista³⁶, durante o governo militar há o acirramento da centralização de poder executivo e do corporativismo técnico-burocrático³⁷.

³¹ Idem.

³² MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit., 2017a, p. 33.

³³ Id.,. Op. cit., 2017b, p. 120.

³⁴ Ibid., pp. 120-121.

³⁵ CARDOSO, Fernando Henrique. **O Regime Político Brasileiro**. Estudos Cebrap, nº 2, out. 1972, pp. 101-102.

³⁶ FURTADO, Celso. Op. cit., pp. 280-281.

³⁷ CARDOSO, Fernando Henrique. Op. cit., 1993., p. 79.

Esse processo acabou sendo acompanhado de um projeto de “modernização” do campo administrativo. Com a centralização administrativa e a dinamização do modelo industrial desenvolvimentista experimentado à época (permitidos pela “estabilização” política e social obtida pelo controle e repressão estatal), cria-se novos instrumentos no funcionamento dos órgãos técnico-burocráticos que fundamentavam o seu exercício de poder³⁸.

Em geral, essa é a lógica de fundamentação que permeará o Estado Regulador até o início do processo de redemocratização do Brasil:

A legitimidade nunca esteve, portanto, associada a justificativas racionais e públicas das políticas que estavam sendo adotadas e, muito menos, foi conformada a partir da representação de interesses dos vários setores da “sociedade civil” atingidos por essas políticas. Foram sempre políticas que representaram os interesses daqueles que estavam inseridos na estrutura de relações de poder dos “anéis burocrático”. Mas, mais importante do que esta constatação, é entender que a forma pela qual o Estado regulador foi institucionalizado no Brasil levou a um tecnocratismo por meio do qual assumimos que “questões técnicas” não implicam “questões políticas”. Essa separação entre técnica e política foi, no contexto histórico dos nossos regimes políticos autoritários, utilizada de forma a justificar no interior da burocracia estatal interesses políticos que, diante da realidade dos “anéis burocráticos, sempre estiveram muito distantes do ideal de “interesse público” ou de “bem comum”.³⁹

Ou seja, o conceito de legitimidade desenvolvido para esse sistema tem como marca essencial a dissociação da participação popular como um item de validação das políticas públicas, tidas como *puramente* técnicas.

Isso se reflete no próprio desenho institucional resultante dessa mentalidade regulatória, no qual se observa: i) acentuada centralização de poder e instâncias decisórias nas mãos, especialmente, do Chefe do Executivo, e residualmente em demais órgãos ministeriais, somente em alguns casos por meio de processos deliberativos de órgãos colegiados; ii) a ausência de mecanismos de *accountability* horizontal conferidos ao Poder Legislativo; iii) ausência de canais de acesso e participação popular; e iv) existência de instrumentos de organização de interesses de grupos predeterminados no interior da própria burocracia estatal⁴⁰.

Portanto, é esse o legado que é herdado no momento da redemocratização. Como será demonstrado, esse conjunto de fatores determinará tanto as reformas do Estado promovidas ao longo da década de 90 quanto os resíduos dessa época que ainda podem ser observados no sistema das agências reguladoras independentes.

³⁸ Id., Op. cit., 1972, pp. 101-102.

³⁹ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit., 2017b., p. 123.

⁴⁰ Ibid., p. 136.

1.2 Novo Estado Regulador e a instituição das agências reguladoras.

Em meio à transição jurídica-administrativa do Estado Regulador centralizado, é importante destacar a situação econômica vivenciada pelo país à época.

O Brasil já tinha convivido, anteriormente, com períodos de inflação elevada. Entretanto, em fevereiro de 1990, foi registrada uma taxa de inflação de 73% para aquele mês⁴¹.

Com isso, a situação enfrentada pelo país passa a ser oficialmente classificada como de “hiperinflação”: a desvalorização da moeda passa a ocorrer numa progressão exponencial, os preços experimentam enorme desequilíbrio e torna-se cotidiana a prática de remarcação⁴².

O *déficit* público elevado, que se constituiu ao longo dos anos 70 e 80 (a partir de estratégia de desenvolvimento com endividamento) é identificado como uma das suas causas básicas, aliada à crise fiscal, para a hiperinflação, no mínimo de forma indireta⁴³.

É importante salientar que esse período de transformação do Estado deu-se num momento de crise do Estado Social ao redor do mundo. Na segunda metade do Século XX, foram diversos os exemplos de Estados periféricos que assumiram sua incapacidade de honrar com as prestações sociais assumidas pelo Ente Público⁴⁴.

Assim, com essa quebra do modelo de Estado Social, mas também firmada uma superação do Estado Liberal clássico, o novo paradigma busca aliar atribuições próprias da Administração com uma maior participação da iniciativa privada em atividades reguladas⁴⁵.

Diante dessa situação política, econômica e jurídica, aliadas às particularidades do Brasil à época, a reforma do Estado nos anos 90 tinham quatro objetivos bem delineados e complementares: i) a delimitação do *tamanho* do Estado; ii) a redefinição de seu *papel regulador*; iii) a recuperação da *capacidade financeira e administrativa* do Estado, de forma a atingir maior eficiência no meio público; iv) a recuperação da *governança e da legitimidade política* do Estado⁴⁶.

São adotadas, para tal, políticas de austeridade, como a privatização de empresas públicas, concessões, terceirizações, além de um incentivo à iniciativa privada e à concorrência

⁴¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Da inflação à hiperinflação**: uma abordagem estruturalista. In: Rego, J.M., (org.), **Inflação e Hiperinflação** - Interpretações e Retórica, São Paulo: Bial, 1990, p. 17.

⁴² Ibid., p. 23.

⁴³ Ibid., p. 10.

⁴⁴ DA SILVA, Sérgio André R. G. Op. cit., p. 301.

⁴⁵ Ibid., p. 303.

⁴⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Op. cit., 1998, p. 60.

e uma regulação que se volta à correção de falhas de mercado (em contraposição ao entendimento anterior, de planejamento industrial e econômico mais amplo)⁴⁷.

Esse novo paradigma surge, portanto, como uma retração do poder estatal centralizado⁴⁸: pavimenta-se uma via alternativa à prática anterior de intervenção pública direta na economia, criando novas possibilidades tanto na prestação de serviços públicos quanto na própria concorrência direta com o setor privado.

Entretanto, como será melhor delimitado adiante, tal paradigma também traz uma nova ordem de *deveres* à Administração, que agora se vincula à entrega de resultados adequados:

Expôs-se que com a conclusão das três etapas expostas deve surgir o resultado da execução da política pública em causa; para isso, elas convergem conformando o que se caracterizou como a integralidade do processo juspolítico, de modo que o resultado é também dele parte integrante. Posto em outros termos: a definição política do resultado, uma vez originalmente formulada e enriquecida em cada etapa com cada vez maior precisão pela ação híbrida e dialógica do Legislativo e do Executivo, vincula todo o processo de realização das políticas públicas: desde sua concepção, até a entrega do produto à sociedade.

Dessa lógica asseveração, decorrem como corolários: primo - que o processo integral, compreendido, portanto, em todas as suas etapas, não estará concluído sem a cabal efetivação do resultado material de sua execução e, secundo - que o resultado inalcançado ou parcialmente alcançado tê-lo-á sido, em princípio, em razão de má administração, salvo se provado ato do príncipe ou força maior que hajam interferido na execução sem que a Administração haja para tanto concorrido.⁴⁹

No núcleo de todo esse processo de reformas, então, é introduzido o modelo de autarquias de regime especial – as agências reguladoras independentes –, no bojo do chamado Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE)⁵⁰.

As agências reguladoras são classificadas, assim, como instâncias autônomas de decisão técnica sobre setores econômicos específicos⁵¹. O seu foco é expressamente direcionado à modernização das atividades exclusivas do Estado, sendo a sua atuação “voltada para resultados”, e suas estruturas “dotadas de flexibilidade administrativa e ampla autonomia de gestão”⁵².

⁴⁷ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit., 2017a, p. 137.

⁴⁸ GUERRA, Sérgio. Op. cit., 2014, p. 373.

⁴⁹ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Ensaio Sobre o Resultado como novo Paradigma do Direito Administrativo**. Aula Inaugural de Pós-Graduação na UCAM – Universidade Candido Mendes, em 23 de setembro de 2008, p. 10. Disponível em: <<https://docslide.com.br/documents/diogo-de-figueiredo-os-resultados-como-paradigma-do-direito-administrativo.html>>

⁵⁰ BRASIL. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, 1995.

⁵¹ Ibid., p. 57.

⁵² Ibid., pp. 67-68.

Diferente dos demais órgãos regulatórios já instituídos no histórico do país, as agências autônomas se destacam por suas características institucionais: i) se tratam de órgãos colegiados; ii) há um grau de autonomia decisória do órgão regulador; iii) há um acúmulo de poderes de natureza normativa e jurisdicional; e, principalmente, iv) a previsão de mecanismos de participação pública no processo decisório interno da agência reguladora⁵³.

Inegavelmente, todas essas transformações se deram dentro de um ambiente global de “compromissos regulatórios”⁵⁴, de forma a permitir a estabilização de setores econômicos e a atração de investimentos estrangeiros⁵⁵.

Assim, a formação de órgãos com características análogas às das agências reguladoras – instituições dotadas (ao menos em tese) de capacidade de organizar e dirigir setores econômicos estratégicos por meio de decisões tecnicamente qualificadas – se tornou uma necessidade interna⁵⁶, bem como um diretriz internacional para esse período de transição econômica⁵⁷.

Com efeito, conforme aponta Mattos, a reestruturação do Estado Regulador brasileiro não significou somente uma tentativa de retomar o crescimento econômico ou o controle das contas públicas por meio de políticas de responsabilidade fiscal. Em verdade, representou verdadeiro “movimento político de transformação do funcionamento da burocracia estatal”⁵⁸.

O próprio Presidente Fernando Henrique Cardoso, por sua vez, em suas “Notas sobre a reforma do Estado” (artigo de março de 1998, alguns meses antes do pleito que confirmou a sua reeleição para o cargo), afirmou que a conjuntura mundial, à época, criou a exigência que “os governos não apenas sejam representativos (...) *mas que tenham capacidade de decidir*”⁵⁹.

Sem dúvidas, essa necessidade de capacitação da estrutura organizacional pública fica estampada na preocupação que o ex-Presidente direciona às agências reguladoras, que deveriam agir com “responsabilidade pública” e substituir as antigas burocracias ministeriais⁶⁰.

⁵³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 83.

⁵⁴ GUERRA, Sérgio. **Aperfeiçoando a regulação brasileira por agências**: quais lições podem ser extraídas do sesquicentenário modelo norte-americano? In: GUERRA, Sérgio (org.). **Teoria do Estado regulador**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 79.

⁵⁵ BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., 2006, p. ix.

⁵⁶ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit., 2017a, p. 142.

⁵⁷ WALD, Arnaldo, MORAES, Luiza Rangel de. **Agências reguladoras**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 36, n. 141, jan.-mar., pp. 144-145, 1999.

⁵⁸ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit., loc. cit.

⁵⁹ CARDOSO, Fernando Henrique. Op. cit., 1998, p. 9.

⁶⁰ Ibid., p. 10.

Para tal, são concebidos os mecanismos institucionais com o objetivo específico de garantir a imparcialidade e a qualificação técnica das decisões da agência. Ou seja, tais arranjos são decisivos na constituição do desenho institucional próprios das agências e na forma que tais órgãos são planejados para lidar com o setor econômico regulado.

1.2.1 *Independência institucional das agências*

Como visto, as agências surgem como uma busca por incentivos à tomada de decisão imparcial e tecnicamente informada⁶¹. Desse modo, já na sua origem, esses órgãos são dotados de atribuições que se assemelhavam aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: as agências funcionariam a partir de lógica gerencial, com liberdade na formulação e *enforcement* de políticas públicas setoriais, além do controle *a posteriori* dos resultados e administração da competição sob a sua jurisdição⁶².

Desse modo, os mecanismos previstos para as agências relacionados à sua independência se aplicam quanto o seu poder decisório, seus objetivos, instrumentos e financiamento, no exercício de funções quase-legislativas, quase-judiciais e quase-executivas⁶³.

Primeiramente, as agências teriam como função primária a organização de setores econômicos estratégicos, por meio da edição de normas técnicas específicas a serem cumpridas pelos regulados⁶⁴.

Não só esses órgãos editam tais normas, como também possuem competências para fiscalizar, coibir, incentivar, planejar e promover o *enforcement* de seus próprios regulamentos, com base na lei de sua criação⁶⁵.

Por fim, ao se deparar com o imbróglio referentes às normas regulatórias, as agências podem exercer funções “judicantes”⁶⁶, solucionando lides específicas daquele setor econômico sobre o qual detém conhecimento específico⁶⁷.

⁶¹ BRASIL. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, 1995, p. 57.

⁶² Ibid., pp. 57-58.

⁶³ GUERRA, Sérgio. **Função normativa das agências reguladoras**: uma nova categoria de direito administrativo? Revista Direito GV, Revista Direito GV, [S.l.], v. 7, n. 1, pp. 131-152, jan. 2011. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24063>>.

⁶⁴ GUERRA, Sérgio. Op. cit., 2015., pp. 58-59.

⁶⁵ Ibid., p. 87.

⁶⁶ Denominação que a difere do poder de jurisdição dos órgãos judiciários, intransferível. Cf. Ibid., p. 62.

⁶⁷ Ibid., p. 63.

Assim, a depender do grau de discricionariedade conferido no momento de constituição da agência, é possível que tal órgão atinja diferentes níveis de intensidade em sua independência de um poder central⁶⁸ e de discricionariedade⁶⁹ o que, em última análise, as diferenciariam de autarquias genéricas.

Essa independência, ao ser planejada institucionalmente, não se estabelece como um mero privilégio a burocratas qualificados, mas é almejada como uma forma de blindagem do processo decisório⁷⁰. Nesse sentido, um nível aceitável dessa independência se faz necessária, sem a qual ficaria prejudicado o exercício de suas qualidades próprias de agência reguladora:

Uma explicação mais sofisticada é que a delegação a agências especializadas reduz os custos de tomada de decisões ao permitir que legisladores e executivos do governo economizem o tempo e o esforço necessários para identificar refinamentos desejáveis na legislação e chegar a um acordo sobre esses requisitos. Os custos de tomada de decisão aumentam à medida que a legislação se torna mais específica, devido à maior dificuldade de chegar a um acordo quando os custos e benefícios das medidas propostas são explicados detalhadamente. Como os recursos dos legisladores são limitados, o tempo gasto e o esforço para refinar a legislação reduzem sua capacidade de adiantar outra legislação ou tomar outras ações.⁷¹

Um dos primeiros institutos traçados para a capacitação das agências é a criação de mandatos para os seus conselheiros, por tempo pré-determinado, sem a possibilidade de destituições por razões de oportunidade ou conveniência.

Essa nomeação se daria pelo Poder Executivo (e há a possibilidade de sujeição à aprovação de órgão do Legislativo, como o Senado em agências federais), buscando pessoas dotadas de conhecimento técnico específico e competência na gestão administrativa,

⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 173.

⁶⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. 2ª ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 195 e ss.

⁷⁰ PRADO, Mariana Mota. **The Challenges and Risks of Creating Independent Regulatory Agencies: A Cautionary Tale from Brazil**. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 41, No. 2, 2008. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=983807>.

⁷¹ Tradução livre de: “A more sophisticated explanation is that delegation to specialised agencies reduces decisionmaking costs by allowing legislators and government executives to economise on the time and effort required to identify desirable refinements to legislation, and to reach agreement on these requirements. Decision-making costs increase as legislation becomes more specific because of the greater difficulty of reaching agreement when the costs and benefits of the proposed measures are spelled out in detail. Since legislators’ resources are limited, spending time and effort refining legislation reduces their ability to advance other legislation or to take other actions”. In: MAJONE, Giandomenico. **The Regulatory State and its Legitimacy Problems**. *Political Science Series No. 56*, July 1998, p. 3.

submetidas a um regime de mandatos fixos como forma de resguardá-los contra pressões políticas momentâneas⁷².

Com isso, a presença de mandatos para os conselheiros das agências reguladoras já demonstra um comprometimento do seu desenho institucional na produção de decisões de uma forma diversa daquela promovida pela burocracia estatal que sucedia⁷³.

Como será explorado adiante, o modelo das agências reguladoras não foi recebido de maneira pacífica na ordem jurídica brasileira. Importa, sobretudo, o precedente construído pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.949/RS, na qual era questionada, sob o paradigma da separação de Poderes: i) a constitucionalidade de aprovação prévia pelo Legislativo do dirigente indicado e ii) a constitucionalidade de medida que previa a demissão do mesmo dirigente como competência exclusiva do próprio Legislativo⁷⁴.

No caso, o STF aproximou a figura do mandato ao modelo de *tenures* das *independent regulatory agencies* americanas, ao reconhecer como constitucional a primeira medida, mas inconstitucional a segunda. Com isso, o Tribunal reconheceu o argumento de que a intrusão de interesses fundamentalmente políticos teria o potencial de desnaturar o exercício de administração regulatória da agência, que deveria manter a sua autonomia⁷⁵.

Isso fica ainda mais evidente quando se determina expressamente a aplicação da limitação para a destituição de dirigentes e conselheiros mesmo pelo Chefe do Executivo. Isso seria possibilitado apenas nas hipóteses de justa causa e por meio de processo formal, impedida a demissão discricionária. Tal posicionamento foi, enfim, confirmado na decisão de mérito em 2014⁷⁶:

Ressalte-se, ademais, que, conquanto seja necessária a participação do chefe do Executivo, a exoneração dos conselheiros das agências reguladoras também não pode ficar a critério discricionário desse Poder. Tal fato poderia subverter a própria natureza da autarquia especial, destinada à regulação e à fiscalização dos serviços públicos

⁷² CARDOSO, Fernando Henrique. Op. cit., loc. cit.

⁷³ RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. **Regulação e agências reguladoras**: reforma regulatória da década de 1990 e desenho institucional das agências no Brasil. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (org.). **Regulação e Agências Reguladoras**: Governança e análise de impacto regulatório. Brasília: Anvisa, 2009, p. 141.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.949/RS – Rio Grande do Sul**, Relator: Min. Dias Toffoli, Acórdão em 14/11/2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=279446753&tipoApp=.pdf>.

⁷⁵ Ibid., p. 2.

⁷⁶ Para mais detalhes sobre a decisão e sua repercussão no Direito brasileiro, v. GUERRA, Sérgio. **Autonomia e Perda de Mandato nas Agências Reguladoras**. Revista Direito do Estado, num. 59, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/sergio-guerra/autonomia-e-perda-de-mandato-nas-agencias-reguladoras>.

prestados no âmbito do ente político, tendo a lei lhe conferido certo grau de autonomia⁷⁷.

Logo, a estabilidade dos mandatos dos conselheiros passa a ser aceita não só por ser considerada como juridicamente cabível, mas também epistemicamente *desejável*⁷⁸. Isso significa que tal instituto teria o condão de criar incentivos importantes, ao menos em tese, para que o dirigente nomeado aja de forma imparcial, ao blindá-lo de pressões políticas, permitindo o atingimento de resultados fundamentados em sua *expertise* técnica⁷⁹.

1.2.2 *Mecanismos de participação popular*

As características institucionais do novo modelo de Estado Regulador abordadas até então são importantes na tentativa de concretização de seus objetivos técnicos: dotadas de competências mais abrangentes e com maior segurança para seus conselheiros, as agências reguladoras independentes estariam, supostamente, equipadas para produzir decisões imparciais – distanciadas de pressões políticas e interesses privados – e fundamentadas em caráter técnico⁸⁰.

Contudo, tais arranjos, por conta própria, são incapazes de lidar com um dos problemas naturais ao poder de regular: como aponta Paulo Mattos, sem uma forma de aproximar a sociedade civil do processo decisório, a lógica interna da regulação se assemelharia àquela dos períodos antidemocráticos, afastando de seu conceito de legitimidade as questões tidas como “meramente políticas”. Assim, as medidas regulatórias se autolegitimariam apenas por meio de sua conformidade com aspectos jurídicos e/ou técnicos, decididos por burocratas integrados ao próprio Estado Regulador⁸¹.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.949/RS – Rio Grande do Sul**, Relator: Min. Dias Toffoli, Acórdão em 14/11/2014, p. 17. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=279446753&tipoApp=.pdf>.

⁷⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Introdução às agências reguladoras**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito administrativo econômico**. 1ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

⁷⁹ MOURA, Emerson Affonso da Costa. **Agências, expertise e profissionalismo**: o paradigma da técnica na administração pública. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, v. 254, 2010, pp. 71-72. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v254.2010.8075>

⁸⁰ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Managerial Public Administration**: Strategy and structure for a new State. *Journal of Post Keynesian Economics*, 20 (1), 1997, p. 16.

⁸¹ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit., 2017a, p. 123.

Com efeito, os institutos previamente descritos parecem reforçar essa ideia: quanto mais insulados e distantes de pressões políticas, melhor seria favorecida a natureza técnica da decisão regulatória⁸².

Por esse motivo, a inclusão de canais de participação popular no processo decisório da Administração Pública – uma preocupação inserida tanto no planejamento do modelo das agências autônomas⁸³ quanto na própria Constituição Federal⁸⁴ – representa uma transformação profunda na legitimação das decisões desse Estado Regulador⁸⁵.

Com a previsão de audiências e consultas públicas, a legitimidade regulatória passa a conter um elemento de caráter *democrático*. Ou seja, ela deverá, em alguma medida, levar em conta a participação dos entes regulados, que passam a exercer o controle ou *accountability*⁸⁶ do procedimento e contribuir para a delimitação e concretização do interesse público naquele setor específico⁸⁷.

Portanto, os instrumentos de participação objetivam, em geral, a captação de informações dos entes regulados, tanto concessionárias quanto consumidores, de modo a influenciar de alguma maneira o processo de deliberação e decisão da agência⁸⁸.

Assim, há no Direito Brasileiro três modalidades distintas de instrumentos de participação popular: os conselhos consultivos, as consultas públicas e as audiências públicas⁸⁹. Não há, todavia, uma padronização jurídica, sendo cada uma das formas encontradas de maneira esparsa entre as diversas leis constitutivas das agências reguladoras⁹⁰.

Conselhos consultivos são, efetivamente, órgãos próprios dotados de composição mista, com representantes da sociedade civil e de entidades inseridas no setor regulado. Reúnem-se, dessa forma, membros do Congresso, de diferentes órgãos do Executivo,

⁸² Ibid., pp. 123-124.

⁸³ “Em suma, afirma-se que a administração pública deve ser permeável à maior participação dos agentes privados e/ou das organizações da sociedade civil e deslocar a ênfase dos procedimentos (meios) para os resultados (fins)”. Cf. BRASIL. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, 1995, p. 16.

⁸⁴ V. Artigo 37, §3º da Constituição Federal, cuja redação é dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, que, por seu caráter transformador no regime público brasileiro, é conhecida como Emenda da “reforma da Administração”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

⁸⁵ FONSECA, Igor Ferraz da et al. **Potencial de efetividade das audiências públicas do Governo Federal**. Relatório de Pesquisa, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, Brasília: 2013, p. 11.

⁸⁶ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit., 2017a, p. 227.

⁸⁷ CARDOSO, Fernando Henrique. Op. cit., p. 10.

⁸⁸ FONSECA, Igor Ferraz da et al. Op. cit., loc. cit.

⁸⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil**. In: BINENBOJM, Gustavo (org.). Op. cit., 2006, p. 106.

⁹⁰ Ibid., p. 105.

concessionárias e prestadores de serviços e usuários em geral⁹¹. Tais conselhos, então, atuam de forma tanto consultiva como fiscalizatória, podendo participar ativamente do processo de elaboração das normas regulatórias (ainda que o poder final caiba à direção da agência)⁹².

Consultas públicas são instrumentos mais simples: em geral, consistem de questionamentos direcionados à opinião pública acerca de matéria regulada que atinja interesses coletivos⁹³. O instrumento pode ser de iniciativa da própria agência, mas também há a previsão de obrigatoriedade de consultas públicas (ou mesmo audiências) como requisitos formais para a edição de normas regulatórias⁹⁴.

Além disso, todo o processo de captação das informações e adoção ou rejeição de suas sugestões deve ser feita de acordo com as normas de transparência e, principalmente, motivação. Assim, sempre deve ser exposta de forma clara e fidedigna as razões que fundamentaram determinada decisão que foi sujeita ao escrutínio popular⁹⁵.

Por fim, as audiências públicas são eventos que convocam a participação pessoal dos representantes dos grupos interessados na formação da decisão regulatória⁹⁶. Desse modo, há a possibilidade de uma deliberação mais complexa, com a exposição de diferentes objetivos e a consideração de diferentes pontos de vista de forma simultânea, levando, idealmente, a uma melhor decisão final⁹⁷.

Ainda que não haja um consenso sobre um formato específico de audiências públicas, são identificadas características comuns a esse modelo, dentre as quais i) o seu caráter

⁹¹ Ibid., p. 109.

⁹² Idem.

⁹³ Ibid., p. 106.

⁹⁴ Por exemplo, há a previsão de obrigatoriedade de convocação de consultas públicas no âmbito da ANATEL, no artigo 42 de sua lei de instituição (lei 9.472, de 16 de julho de 1997): “Art. 42. As minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca”. In: BRASIL, **Lei 9.472, de 16 de julho de 1997**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm>. Por sua vez, a Lei 9.478/97, que institui a ANP, prevê mesmo a antecedência de convocação audiências públicas para validar o seu exercício normativo: “Art. 19. As iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços das indústrias de petróleo, de gás natural ou de biocombustíveis serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANP.” In: BRASIL, **Lei 9.478 de agosto de 1997**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm>. Vale ressaltar, no projeto de Lei Geral das Agências Reguladoras (PL 3337/2004) há a previsão de realização de consulta pública para todos atos de agências reguladoras que forem considerados de “interesse geral”. Cf. BRASIL, **Projeto de Lei 3337/2004**. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=248978>>.

⁹⁵ BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., 2006, pp. 106-107.

⁹⁶ Ibid., p. 106.

⁹⁷ Idem.

consultivo; ii) o caráter pontual iii) o caráter presencial; iv) o caráter coletivo; v) pressupõe manifestação oral dos participantes; vi) promove debate entre os atores envolvidos; vii) tem caráter aberto a todos os interessados; viii) contém regras específicas para seu funcionamento, ainda que não compartilhem essas regras entre outras agências reguladoras⁹⁸.

Logo, os mecanismos de participação popular permitem, em tese, a influência constante dos entes regulados – entre a população de usuários até sociedades concessionárias –, na deliberação e tomada de decisão dos órgãos reguladores, o que teria como efeito a aproximação das suas motivações ao interesse coletivo e de ideais de razão pública.

Um dos mecanismos de legitimação da Administração Pública que mais vem sendo institucionalizado em nosso direito positivo é o da participação dos titulares e defensores dos interesses individuais, coletivos e difusos no processo de tomada das decisões que lhes afetarão. Se, como visto anteriormente, o exercício da discricionariedade se dá através da ponderação entre os diversos e genéricos interesses em questão, nada mais justo e natural que os seus titulares e defensores possam manifestar as suas posições perante a Administração (...)99.

Ademais, tais mecanismos, além de funcionarem como meios de expressar a opinião da sociedade civil, atuam também como formas relevantes de transparência e responsabilização, consolidando um modelo de *accountability* vertical deliberativa do processo regulatório. Como descreve Mattos:

Nesse contexto, é possível afirmar que a adoção de mecanismos de consultas públicas e de audiências públicas pode significar um avanço em termos de *accountability* do processo decisório sobre políticas setoriais no Brasil. Isso ocorreria na medida em que a “caixa-preta” dos ministérios perde relevância no processo decisório, permitindo que outros grupos de interesse, que não apenas aqueles com acesso privilegiado aos canais de circulação de poder político na relação presidente-Congresso, participem do processo decisório e tenham os seus interesses ouvidos no interior das novas agências100.

De todo o modo, vê-se já nesse momento que há uma percepção da relevância desse mecanismo para a satisfação de demandas próprias da lógica regulatória, revelando uma certa insuficiência de critérios puramente jurídicos para determinar se há a legitimidade ou não da agência reguladora sob questão.

⁹⁸ FONSECA, Igor Ferraz da et al. Op. cit., p. 14.

⁹⁹ ARAGÃO, Alexandre de. Op. cit., 2006, pp. 7-8.

¹⁰⁰ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit., 2006b, p. 4.

2 JURIDICIDADE DA ESTRUTURA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS COMO FONTE DE LEGITIMIDADE

Como antecipado, a incorporação do modelo de agências não ocorre de forma pacífica, ao se tratar de uma figura jurídica estrangeira incorporada ao funcionamento do ordenamento brasileiro¹⁰¹.

Assim, o primeiro ponto sobre o qual são produzidas as discussões sobre a introdução das agências reguladoras é a sua própria compatibilidade com o sistema constitucional do país, particularmente no tocante aos seus ideais de legalidade e de separação de Poderes¹⁰².

A partir de tal raciocínio, a legitimidade das autarquias especiais estaria, primordialmente, condicionada à obediência de seu desenho institucional às demandas feitas por essas duas normas¹⁰³, como concebidas pelo ordenamento jurídico instituído pela Constituição de 1988.

Logo, se é possível estabelecer um modelo de atuação das agências reguladoras que se submeta devidamente às exigências da legalidade e da separação de Poderes – seus principais pontos de tensão –, tem-se, *a fortiori*, que é legítima a sua estrutura¹⁰⁴.

É o que se pretende investigar na presente seção.

Para isso, serão apresentados os pontos principais sobre os quais são identificados conflitos entre a instituição das agências reguladoras e as exigências feitas pelas normas supracitadas, na visão de autores nacionais que se debruçaram sobre tal controvérsia.

2.1 Legalidade e separação de Poderes

A flexibilidade na distribuição de competências constitucionais entre diferentes órgãos públicos e o grau de discricionariedade aceito em seu exercício são, respectivamente, as figuras centrais nas discussões acerca das normas da separação de Poderes e da legalidade. Desse

¹⁰¹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Agências Reguladoras: A “Metamorfose” do Estado e da Democracia** (Uma reflexão de Direito Constitucional e Comparado). In: BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., 2006, pp. 21-59.

¹⁰² CALIL, Laís. **O poder normativo das agências reguladoras em face dos princípios da legalidade e da separação de Poderes**. In: BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., 2006, p. 135.

¹⁰³ ARAGÃO, Alexandre de. **A legitimação democrática das agências reguladoras**. In: BINENBOJM, Gustavo (org.). Op. cit., 2006, p. 2.

¹⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Agências reguladoras, Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática**. In: n: BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., 2006, p. 85.

modo, diferentes concepções do conteúdo veiculado por tais normas pode permitir a conclusão pela compatibilidade ou não da estrutura das agências reguladoras com a organização administrativa instruída pela Constituição de 88.

Há autores que veem na Constituição uma ordem mais rigorosa de determinação das atribuições de cada um dos órgãos administrativos¹⁰⁵. Ao não estar presente na Constituição a figura genérica das agências reguladoras ou autarquias especiais de Direito Público, não é aceito, por consequência, que tais órgãos possam editar normas jurídicas que sejam *autonomamente* normativas, sendo elas plenamente revisáveis pelos Poderes superiores e sendo extraída dos mesmos a sua autoridade¹⁰⁶.

Outros, que interpretam as duas figuras de maneira mais flexível, em geral por reconhecer um maior dinamismo entre as funções precípua de cada um dos Poderes da Federação, terão uma maior tolerância com as atribuições legiferantes e jurisdicionais presentes no modelo das agências¹⁰⁷.

Assim, como identificado por Tércio Sampaio Ferraz Jr., o ponto de inflexão, em tais debates, é a classificação ou não da atuação das agências reguladoras como uma forma de “delegação abdicatória”¹⁰⁸.

A delegação abdicatória significaria, brevemente, uma renúncia pelo Poder Legislativo de matéria inserida em seu poder-dever, que estaria protegida pela reserva legal. Como se admite, nas formas de organização do Estado contemporâneo, o exercício de instrumentos legiferantes também pelo Executivo (medidas provisórias, lei delegada, etc), este o faria numa segunda hipótese: a delegação de complementação¹⁰⁹.

Ou seja, em determinadas circunstâncias e por razões inerentes ao próprio sistema, há uma conferência de poder normativo ao Poder Executivo. Nestes casos, o seu exercício regular não seria mais um problema de separação de Poderes, mas de discricionariedade¹¹⁰.

Questiona-se, a partir de tal conceito, se as atribuições normativas exercidas pelas agências reguladoras se enquadrariam em hipóteses de delegação abdicatória ou complementar.

¹⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., pp. 175-176.

¹⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 545.

¹⁰⁷ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Agências Reguladoras e o Poder Normativo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de et al (org.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 64.

¹⁰⁸ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Op. cit., 2000, p. 7.

¹⁰⁹ Idem.

¹¹⁰ Ibid., pp. 7-8.

Os autores que a interpretam como uma afronta à reserva legal, desse modo, denunciam que essa estrutura seria incompatível com o ordenamento brasileiro, cabendo o ato de criação de normas apenas ao Legislativo, designado constitucionalmente para tal. O seu papel seria, no máximo, de se utilizar da qualificação técnica superior para concretizar conceitos legais abstratos, mas sem qualquer possibilidade de inovação legal ou independência normativa¹¹¹.

O mesmo ocorreria, de certa forma, em relação às funções primárias exercidas pelos Poderes da Federação: há previsões constitucionais expressas estabelecendo a forma como cada um deles deve exercer suas funções, sem que um se infiltre ou se sobreponha aos demais. Logo, a concentração de diversas funções e a ausência de sua previsão constitucional impediria o mesmo em relação às agências reguladoras¹¹².

Por outro lado, há autores que identificam no exercício da regulação versões diferentes dos papéis institucionais clássicos dos Três Poderes. As agências reguladoras exerceriam funções atípicas, que seriam “quase-legislativas”, “quase-jurisdicionais” (ou judicantes) e “quase-executivas”¹¹³. Por essa razão, a sua “função regulatória” não se configuraria como uma delegação legislativa¹¹⁴.

De todo o modo, independentemente do resultado interpretado por essas correntes, a base do argumento se mantém a mesma: o grau de legitimidade da estrutura das agências reguladoras se dá em função de sua compatibilidade com as normas constitucionais que lhe conferem validade.

2.1.1 *Exigências feitas pela legalidade administrativa*

No capítulo antecedente, em meio a outros mecanismos institucionais, viu-se que o atributo que caracteriza as agências reguladoras como autarquias *especiais* é o grau de independência que experimentam perante os demais órgãos do Poder Público, tanto sob aspectos financeiros quanto decisórios¹¹⁵.

¹¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op cit., 2014, p. 545.

¹¹² Ibid., p. 544.

¹¹³ GUERRA, Sérgio. **Função normativa das agências reguladoras: uma nova categoria de direito administrativo?** Revista Direito GV, Revista Direito GV, [S.l.], v. 7, n. 1, pp. 131-152, jan. 2011. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24063>>.

¹¹⁴ FILHO, José dos Santos Carvalho. Op. cit., p. 69.

¹¹⁵ WALD, Arnoldo, MORAES, Luiza Rangel de. Op. cit., p. 145.

Tais elementos, invariavelmente, motivaram o questionamento de sua compatibilidade¹¹⁶ com a ordem administrativa instituída pela Constituição Federal de 88¹¹⁷.

Formam-se, dessa maneira, correntes distintas de autores administrativistas e constitucionalistas buscando responder, em linhas gerais, a seguinte pergunta: por que seria cogente a decisão sobre um setor econômico estratégico feita por um órgão não-eleito, distanciado da política, e cujo eventual controle só poderá ser realizado sobre questões formais¹¹⁸?

Alguns autores rechaçam de pronto essa possibilidade. Dentre as correntes mais radicais, Celso Antônio Bandeira de Mello desponta como um de seus expoentes.

Tal autor, a princípio, descarta que as agências reguladoras possuam sequer um regime de fato *especial*, caracterizando-as apenas como uma continuidade das autarquias constituídas até então¹¹⁹:

De toda sorte, ditas providências, em quaisquer hipóteses, sobre deverem estar amparadas em fundamento legal, jamais poderão contravir o que esteja estabelecido em alguma lei ou por qualquer maneira distorcer-lhe o sentido, maiormente para agravar a posição jurídica dos destinatários da regra ou de terceiros; assim como não poderão também ferir princípios jurídicos acolhidos em nosso sistema, sendo aceitáveis apenas quando indispensáveis, na extensão e intensidade requeridas para o atendimento do bem jurídico que legitimamente possam curar e obsequiosas à razoabilidade¹²⁰.

Como fica claro, o autor afirma que a independência da agência reguladora não seria diferente daquela concedida às demais entidades autárquicas da Administração Pública. Ou seja, mesmo que dotadas de uma maior especialidade técnica e qualificação de seus membros, elas só poderiam agir dentro dos estritos limites daquilo expressamente permitido legalmente (seja diretamente, por meio de supremacia *geral*, ou indiretamente, em regime de supremacia *especial*¹²¹).

Dessa forma, por se tratarem de órgãos cujo objetivo seria, no mínimo, delimitar o conteúdo de normas gerais contidas em leis ou decretos executivos, essa função normativa ou “quase-legislativa” *sempre* consistiria, em verdade, de verdadeira renúncia da competência do Poder Legislativo de seu papel institucional¹²², ato que não seria permitido pela Constituição Federal.

¹¹⁶ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Op. cit., 2000, p. 12.

¹¹⁷ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op cit., 2017a, p. 206.

¹¹⁸ Idem.

¹¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 176.

¹²⁰ Ibid., p. 177.

¹²¹ Ibid., p. 840.

¹²² Ibid., p. 173.

Por essa razão, qualquer modelo de agências reguladoras no regime brasileiro seria, na melhor das hipóteses, uma renomeação da estrutura burocrática anterior ou, por ter como fim último a regulação de setores por meio de instrumentos normativos, um projeto fadado à inconstitucionalidade:

(...) pode-se prever que ditas “agências” certamente exorbitarão de seus poderes. Fundadas na titulação que lhes foi atribuída, irão supor-se - e assim o farão, naturalmente, todos os desavisados - investidas dos mesmos poderes que as “agências” norte-americanas possuem, o que seria descabido em face do Direito brasileiro, cuja estrutura e índole são radicalmente diversas do Direito norte-americano¹²³.

Assumindo esse argumento, portanto, sequer há espaço para uma discussão sobre a legitimidade do modelo de agências reguladoras independentes. Se o seu espaço de atuação infralegal é precisamente o mesmo atribuído a qualquer outro órgão administrativo autárquico, a criação de agências “autônomas” seria uma renomeação de institutos anteriores ou, se levadas a sério as suas competências, um modelo repellido de pronto por sua direta incompatibilidade formal com o direito constitucional brasileiro¹²⁴.

Outras correntes que desconfiam da legitimidade da estrutura das agências reguladoras, ainda que de forma mais comedida, constroem o seu argumento de maneira diversa. Um das figuras de destaque, nesse sentido, é Maria Sylvia Zanella di Pietro¹²⁵.

Segundo ela, de fato, há um papel importante a ser desempenhado pelas autarquias especiais na sua busca de capacitação do meio público. No entanto, a autora entende que o seu papel normativo estaria sempre submetido à regulação do funcionamento interno da própria agência ou na explicitação e concretização de conceitos jurídicos indeterminados já constantes em lei, sem, contudo, promover inovações no Direito.

As atribuições das agências reguladoras, no que diz respeito à concessão, permissão e autorização de serviço público resumem-se ou deveriam resumir-se às funções que o poder concedente exerce nesses tipos de contratos ou atos de delegação: regulamentar os serviços que constituem objeto da delegação, realizar o procedimento licitatório para escolha do concessionário, permissionário ou autorizatário, celebrar o contrato de concessão ou permissão ou praticar ato unilateral de outorga da autorização, definir o valor da tarifa e da sua revisão ou reajuste, controlar a execução dos serviços, aplicar sanções, encampar, decretar a caducidade, intervir, fazer a rescisão amigável, fazer a reversão de bens ao término da concessão, exercer o papel

¹²³ Ibid., pp. 177-178.

¹²⁴ Ibid., p. 178.

¹²⁵ MENDES, Conrado Hübner. **Reforma do Estado e agências reguladoras**: estabelecendo os parâmetros da discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari. Op cit., 2002, p. 105.

de ouvidor de denúncias e reclamações dos usuários, enfim exercer todas as prerrogativas que a lei outorga ao Poder Público na concessão, permissão e autorização¹²⁶.

Isso ocorre pois, inexistindo a previsão das agências reguladoras na Constituição (com exceções feitas à ANP e à ANATEL), a sua função na edição de normas representaria sempre uma delegação do Poder Legislativo, na forma da lei que as constitui.

Logo, as suas atribuições não poderão ser diferentes daquelas exercidas pelos demais entes da Administração Indireta, não havendo possibilidade de uma atuação fora de limites expressamente desenhados pelo legislador¹²⁷.

Além disso, há ainda, nesse caso, a proteção de uma razão secundária. Como reconhecer essa atribuição das agências geraria uma pulverização do poder normativo e, assim, um aumento da discricionariedade administrativa, tal corrente entende que seria formada uma verdadeira sobrecarga do Poder Judiciário¹²⁸.

Por conseguinte, no exercício de sua função de revisar as normas regulatórias, seria necessária uma utilização em maior grau de julgamentos sobre razoabilidade no conflito entre legisladores e reguladores. Tal resultado criaria problemas na preservação da segurança jurídica¹²⁹.

Por fim, a possibilidade de distanciamento entre a intenção legislativa e a norma reguladora representaria uma perda de legitimidade democrática. Ao se irromper contra atos produzidos por membros de um Poder que preenche seus cargos por meio de eleições diretas, o ente regulador estaria contrariando a própria manifestação de interesse democraticamente investido¹³⁰.

Logo, ainda que se vislumbre uma brecha de atuação a partir da qual as agências podem exercer legitimamente o seu papel regulador, este o faz num limite consideravelmente estreito, sempre subordinado às determinações dos Poderes eleitos.

Outros autores seguirão por uma linha semelhantes de argumentação, mas vislumbrando uma maior amplitude de possibilidades para a atuação das agências.

Egon Bockmann Moreira, de forma oportuna, reconhece que, de fato, as agências são classificadas como autarquias *especiais* mas estão essencialmente atreladas às suas leis

¹²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 545

¹²⁷ Ibid., pp. 545-546.

¹²⁸ Ibid., p. 546.

¹²⁹ MENDES, Conrado Hübner, op. cit., p. 125

¹³⁰ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit., 2006a, p. 208.

constitutivas, que especificarão os seus poderes-deveres¹³¹. Estas, por sua vez, devem obediência à toda a sorte¹³² de exigências formais do princípio da legalidade¹³³.

Com isso, os poderes inerentes à função regulatória das agências também estarão vinculados a ditames legais e constitucionais, não podendo ser exercidos num vácuo jurídico. Haverá sempre uma linha lógica de determinações e fins públicos que deve ser observada, o que impediria a caracterização de uma regulação *efetivamente* autônoma¹³⁴.

Contudo, esse reconhecimento de superioridade legal não significa um menosprezo ao papel regulamentar exercido por essas autarquias. Em verdade, a grande inovação que elas trazem ao Direito Brasileiro, segundo o autor, é a amplitude e dinamismo possibilitado na concretização de preceitos legais. Tais competências adquirem especial relevância em se tratando de setores econômicos de alta complexidade, que demandam não apenas soluções em curto prazo e experimentação institucional, mas conhecimento elevado e técnicas direcionadas ao campo regulado. Assim, essa forma de poder normativo, mesmo limitada, terá impacto significativo na prática econômica daquele setor regulado¹³⁵.

Com base nisso, há a classificação da atuação da agência como uma espécie de “discrecionabilidade técnica”. Os atos das agências devem ser motivados por razões de cunho técnico e buscar a solução de questões específicas daquele ambiente regulado¹³⁶. Como a sua constituição seria realizada precisamente para esse fim dotando a agência de uma maior capacidade institucional para atingir tal objetivo, suas respostas dentro do espaço para o qual são designadas possuiria prioridade em relação aos demais órgãos¹³⁷.

Essa presunção não é absoluta, não sendo a discrecionabilidade técnica uma razão para criar uma imunidade absoluta dos atos das agências¹³⁸. Com efeito, tanto a noção do que seria

¹³¹ MOREIRA, Egon Bockmann. **Os limites à competência normativa das agências reguladoras**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de et al (org.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, pp. 139-140.

¹³² Em resumo, regulamentos 1) não poderão contrariar a lei; 2) devem obediência ao decreto executivo que ratifica sua constituição; 3) não poderão inovar na criação de obrigações ou deveres; 4) não poderão criar penas ou tributos, por questões de reserva legal; 5) não poderão restringir ou impedir a atividade econômica; 6) não poderão ter efeito retroativo; 7) devem ser fundamentados, sendo a sua motivação relevante para a sua validade; 8) devem respeitar a divisão específica de competências da Constituição; 9) são passíveis de controle difuso e concentrado pelo Poder Judiciário. Cf. Ibid., pp. 142-143.

¹³³ Ibid., p. 140.

¹³⁴ Ibid., p. 141.

¹³⁵ Ibid., p. 141.

¹³⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Extensão do poder normativo das agências reguladoras**. In: ARAGÃO, Alexandre de et al (org.). Op. cit., p. 99.

¹³⁷ Ibid., p. 100.

¹³⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. Op. cit., p. 163.

uma decisão puramente técnica¹³⁹, quanto à dicotomia entre vinculação e discricionariedade¹⁴⁰, não seriam índices confiáveis para a delimitação do espaço jurídico de atuação independente das agências¹⁴¹.

Todavia, o que a ideia de “discricionariedade técnica” permite é a consolidação do papel político-administrativo destinado às agências reguladoras¹⁴². Independentemente da intensidade das limitações jurídicas impostas pela interpretação da legalidade ao seu funcionamento, compreende-se que as agências reguladoras, idealmente, devem concretizar conceitos legais com base na sua capacidade técnica, promovendo uma maior sofisticação no funcionamento administrativo¹⁴³.

Enxergando dessa forma a relação entre regulação e legalidade, não se visualizaria, propriamente, um conflito ou *dilema*¹⁴⁴. Em verdade, haveria apenas uma questão de desenho institucional: a delimitação da amplitude do campo discricionário de atuação da regulação pela legalidade atuaria de mãos dadas ao objetivo último da constituição das agências, a capacitação técnica das decisões da burocracia estatal¹⁴⁵.

2.1.2 *Exigências feitas pela separação de Poderes*

De certo modo, as discussões acerca da norma de separação de Poderes se aproximam àquelas sobre a legalidade¹⁴⁶. Se a legitimidade a partir desta se constitui com base na interpretação do papel exercido pelo Poder Legislativo e no reconhecimento de possíveis funções normativas em outros órgãos administrativos, aquela descreve não apenas uma relação entre agências e Poder Legislativo, mas numa integração dinâmica entre todos os Poderes da Federação.

Por essa razão, boa parte dos argumentos, contrários ou favoráveis à legitimidade das agências, acabam, em essência, se repetindo. Se por um lado há a defesa da segurança jurídica, da legalidade e da indelegabilidade das funções precípua de cada um dos Poderes, por outro

¹³⁹ Ibid., p. 165.

¹⁴⁰ BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., 2008, p. 196.

¹⁴¹ GUERRA, Glauco Martins. **Preincípio da legalidade e poder normativo**: dilemas da autonomia regulamentar. In: ARAGÃO, Alexandre et al (org.). Op. cit., p. 83.

¹⁴² BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., 2006, p. 110.

¹⁴³ Idem.

¹⁴⁴ GUERRA, Glauco Martins. Op. cit., p. 84.

¹⁴⁵ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Op. cit., p. 78.

¹⁴⁶ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit., 2017a, pp. 199-200.

há a demonstração das exigências de fato que demandam as competências próprias das agências reguladoras independentes¹⁴⁷.

Dentre esses autores, possui destaque a obra de Alexandre de Aragão, que defende tratar-se de uma relação na qual deve ser sempre preservado o “poder de direção” nas mãos do ente público central. Com base nele, seria exercido uma espécie de controle, embora não-hierárquico, por outros órgãos pertencentes aos demais Poderes¹⁴⁸.

A independência das agências reguladoras, sendo estes entes materialmente descentralizados, não prescinde de mecanismos de controle, que, todavia, não poderão ser hierárquicos, mas apenas de legalidade – serão de mérito apenas excepcionalmente –, gerenciais e finalísticos, implementados, notadamente, através da verificação do atendimento de metas e diretrizes preestabelecidas¹⁴⁹.

Nesse sentido, preserva-se a ideia de independência, de maneira a resguardar a autonomia da agência. Mantém-se, outrossim, um controle de seus atos a partir da legalidade ou arbitrariedade¹⁵⁰.

Além disso, o mesmo prevê uma vinculação do órgão regulatório às diretrizes políticas informadas pelos Poderes democraticamente eleitos, mantendo o seu liame com a Administração Pública¹⁵¹.

Com relação à separação de Poderes há, por fim, uma dificuldade na calibragem da sua intensidade normativa. Entre os autores que defendem um modelo de controle mais rígido de cada função e os que admitem um intercâmbio maior das atribuições dos Poderes e um regime de maior flexibilidade, vê-se apenas uma disputa quanto seu ao grau.

Desse modo, o “ponto ótimo” a ser atingido é exatamente essa medida de controle que não engessa o funcionamento das agências mas as mantém sob um fio condutor político coerente e obediente às exigências de legalidade¹⁵².

Estes, por sua vez, são também os debates tipicamente travados no âmbito do Supremo Tribunal Federal¹⁵³. Questões que chegam ao tribunal por meio de discussões acerca da

¹⁴⁷ ARAGÃO, Alexandre de. **As agências reguladoras independentes e a separação de poderes**: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Nº 10, maio/junho/julho de 2007, p. 2.

¹⁴⁸ ARAGÃO, Alexandre de. Op. cit., 2006, p. 3.

¹⁴⁹ Ibid., p. 2.

¹⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., 2006, pp. 80-82.

¹⁵¹ Ibid., p. 77-78.

¹⁵² BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., 2006, p. 104.

¹⁵³ MOREIRA, Egon Bockmann. CAGGIANO, Heloisa Conrado. **O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF**: mutação constitucional do princípio da legalidade? Revista de Direito Público da Economia: RDPE, Belo Horizonte, v. 11, n. 43, jul./set. 2013, pp. 35-57.

separação de Poderes, usualmente, buscam a revisão (ou manutenção) de atos de órgãos reguladores que teriam ultrapassado o seu limite de atuação e avançado sobre a competência de outro ente público, o que caracterizaria uma delegação inconstitucional¹⁵⁴.

Diante das novas demandas de matéria social e política, exigindo decisões mais ágeis e tecnicamente qualificadas, há precedentes relevantes na jurisprudência do STF reconhecendo uma ampliação do conceito de legalidade administrativa e separação de poderes, conferindo competências normativas a órgãos diversos sob argumentos de priorização da eficiência.

Por exemplo, no Recurso Extraordinário 140.669-1/PE (18 de maio de 2001)¹⁵⁵, discutiu-se a necessidade de lei para uma atribuição à autoridade administrativa que a permitiria estabelecer prazos para recolhimento de tributos. O STF, então, decidiu pela desnecessidade de instrumento legal, fundamentando a decisão na diferença existente entre legalidade e reserva de lei. Com base nisso, ainda que exigida constitucionalmente lei complementar para definir os tributos, seus fatos geradores, bases de cálculos, sujeitos passivos, a natureza de sua obrigação, o lançamento, o crédito, a prescrição e a decadência tributários, a determinação de prazos de vencimento não estaria abarcada.

Portanto, não apenas esses poderiam ser instituídos por leis ordinárias, mas por instrumentos normativos da própria Administração Tributária, sob a ótica da “deslegalização”¹⁵⁶.

Outro caso relevante é o julgado do Recurso Extraordinário 570.680/RS¹⁵⁷. Nessa ocasião, questionou-se a competência da Câmara de Comércio Exterior (CAMEX) para estabelecer alíquotas do imposto de importação. Essa competência foi estabelecida em norma infraconstitucional, gerando, assim, debate análogo ao travado em relação às agências reguladoras.

O Supremo Tribunal, então, determinou que tal delegação seria compatível com a Constituição. Relevante, no entanto, foi a fundamentação em favor da eficiência administrativa como base para a constitucionalidade da medida, como esposado pelo Min. Eros Grau:

¹⁵⁴ Ibid., p. 54.

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 140.669-1/PE – Pernambuco**. Relator(a): Min. Marco Aurélio, julgado em 20/02/2001, publicado em DJ 20/04/2001 P – 00162, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000045853&base=baseMonocraticas>>.

¹⁵⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. CAGGIANO, Heloisa Conrado. Op. cit., p. 52.

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 570.680/RS – Rio Grande do Sul**. Relator: min. Ricardo Lewandowski, julgado em 28/10/2009, publicado em DJ 04/12/2009, disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606568>>.

A lei geralmente se exerce sobre as coisas que duram no tempo, respeita as situações estruturais. Aqui, estamos diante de situações conjunturais, que exigem – de um momento para o outro – sejam elevadas ou reduzidas alíquotas ou, simplesmente, reduzidas a zero. Isto tem que ser feito com uma rapidez muito grande. (...) essa capacidade normativa de conjuntura, para que possa exercer plenamente, tem de ser detida pelo Poder Executivo.¹⁵⁸

Por sua vez, o relator, Ministro Ricardo Lewandowski, foi incisivo ao afirmar que a delegação em questão era possível dadas as características regulatórias do imposto de exportação e a capacidade técnica própria da CAMEX, que seria o órgão executivo próprio para a sua delimitação adequada:

A redução ou o aumento das alíquotas dos impostos aduaneiros exige, portanto, ação pronta e tecnicamente adequada por parte do Governo para que o País possa reagir de modo eficiente às oscilações da conjuntura econômica interna e internacional. É exatamente essa a eficiência que a Constituição Federal persegue. (...) A Câmara de Comércio Exterior – CAMEX, neste diapasão, é um órgão especializado, vinculado ao Ministério da Indústria e Comércio Exterior, o qual incumbe, dentre outras atribuições, a “formulação, adoção, implementação e a coordenação de políticas e atividades relativas ao comércio exterior de bens e serviços”, nos termos do ato normativo que a criou.¹⁵⁹

Por fim, o Ministro Dias Toffoli, no mesmo julgamento, identifica expressamente as agências reguladoras como um exemplo de órgão do Poder Executivo que seriam dotados de formas particulares de poder normativo:

Temos vários órgãos da Administração Pública que estabelecem atos normativos e aplicam e interpretam a lei. A interpretação da lei não é atividade exclusiva do Presidente da República. Nós temos a Receita Federal, as agências reguladoras, todas elas, nas suas atividades cotidianas e no exercício das suas competências, estabelecem resoluções e interpretações normativas.¹⁶⁰

Dessa forma, vê-se que o Supremo Tribunal Federal já se mostrou favorável em múltiplos casos a permitir diferentes formas de delegação em favor de órgãos distintos da Administração Pública Indireta¹⁶¹. Ou seja, há precedente relevante favorável à estrutura das agências reguladoras, que permitiria analogamente o reconhecimento de seu poder normativo¹⁶².

¹⁵⁸ Ibid., p. 1051.

¹⁵⁹ Ibid., pp. 1042-1044.

¹⁶⁰ Ibid., p. 1047.

¹⁶¹ Para mais exemplos de julgados do STF relativizando as normas da legalidade, reserva legal e separação de Poderes, v. MOREIRA, Egon Bockmann. CAGGIANO, Heloisa Conrado. Op. cit.

¹⁶² Ibid., p. 55.

Com efeito, seguindo o entendimento do STF, ainda que as competências exercidas pelas agências se assemelhem àquelas promovidas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, não haveria, necessariamente, uma *usurpação* de atribuições, desde que a sua atuação fosse estabelecida de forma bem controlada e direcionada à promoção de seus objetivos regulatórios¹⁶³.

Logo, a legitimidade se extrairia a partir da forma pela qual os três Poderes – todos eles democraticamente diplomados – a controlariam, no emprego de seus respectivos *obstáculos* institucionais¹⁶⁴.

No primeiro deles, o Poder Executivo delimitaria a atuação das agências por meio da nomeação dos seus dirigentes e o direcionamento das políticas macroeconômicas, que invariavelmente influenciam o funcionamento interno da agência reguladora.

O Poder Judiciário, por seu turno, teria a capacidade de reverter os atos de agência que contrariem regras ou princípios jurídicos, em sua visão.

Por fim, o Poder Legislativo teria a prerrogativa de redistribuir competências ou mesmo de extinguir e criar novas agências reguladoras¹⁶⁵.

Outros tipos relevantes de controle feitos sobre a agência ainda podem ser observados, como aquele exercido pelos diferentes Tribunais de Contas, depurando ainda mais a legitimidade dos atos que são consumados ao fim de todo esse processo¹⁶⁶.

Por fim, há que se reafirmar uma distinção importante. O argumento em favor do modelo de agências não defende que a legalidade administrativa e a separação de Poderes não se aplicam a elas, após a solução de um suposto conflito entre normas e interesses. Pelo contrário, a legitimidade da agência exsurge precisamente as *por causa* de seu cumprimento a tais normais, que são reinterpretadas para permitir a sua atuação¹⁶⁷.

¹⁶³ ARAGÃO, Alexandre de. Op. cit., 2007, p. 18.

¹⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., 2006, p. 82.

¹⁶⁵ Ibid., pp. 83-84.

¹⁶⁶ MENDONÇA, José Vicente Santos de. **A propósito do controle feito pelos Tribunais de Contas sobre as agências reguladoras**: em busca de alguns standards possíveis. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v. 10, n. 38, abr./jun. 2012. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/50064>>.

¹⁶⁷ ARAGÃO, Alexandre de. Op. cit., 2007, p. 25.

2.2 Regulação como consecução eficiente de fins públicos

Com relação aos autores que procuram defender um espaço maior a ser preenchido pela estrutura das agências reguladoras no Direito brasileiro, há, basicamente, duas linhas argumentativas¹⁶⁸. Todavia, ambas gravitam em torno do mesmo argumento: a necessidade de se reinterpretar a legalidade administrativa a partir de imperativos de eficiência e/ou da consecução de fins e obtenção de resultados constitucionais¹⁶⁹, que não estariam sendo devidamente atingidos com o modelo burocrático antecessor¹⁷⁰.

Um autor proeminente na descrição desse debate é Tércio Sampaio Ferraz Jr. A partir de sua construção, o exercício da função regulatória das agências seria legítimo ao se constituir como uma modalidade delegação. Contudo, ela seria não uma delegação abdicatória, ilegítima, mas *complementar*:

Com efeito, a noção importante trazida por Barber, em termos de teoria constitucional sobre o âmago da competência do Congresso, é a da validade de delegações instrumentais a órgãos independentes, na presunção de que tenha havido prévia decisão do Congresso sobre destacados pontos de dúvida política referentes à questão. Tais delegações, enquanto autênticas delegações complementares, nessas condições, e se for possível encontrar-lhes um fundamento na Constituição brasileira, não feririam o princípio da irrenunciabilidade do poder-dever de legislar, até porque, no plano dos fatos, emergem da necessidade de lidar com a complexidade social e econômica em termos de técnicas e saberes especializados¹⁷¹.

Segundo o autor, as mesmas exigências de capacitação decisória da burocracia estatal que justificam a busca por novos modelos de organização social fundamentam as atribuições inatas das agências reguladoras¹⁷².

Isto é, constatada a complexidade social que motiva o paradigma do Estado Regulador, informando a adoção da nova estrutura administrativa, há, concomitantemente, uma alteração na própria forma de interpretação das normas constitucionais¹⁷³.

¹⁶⁸ MATTOS, Paulo. Op. cit., 2017a, pp. 203-204.

¹⁶⁹ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Op. cit., loc. cit.

¹⁷⁰ MOURA, Emerson Affonso da Costa. Op. cit., p. 75.

¹⁷¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Op. cit., 2000, p. 10.

¹⁷² Idem.

¹⁷³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Op. cit., pp. 100-101.

Por conseguinte, a atuação pública que busca características de gestão e maior qualificação técnica – característica marcante da reforma que institui o modelo regulatório¹⁷⁴ – seria, em verdade, uma *exigência* jurídica a esse tipo de Estado, e a estruturação das agências uma forma de sua concretização¹⁷⁵. É como descreve Ferraz Jr:

Entende-se, assim, a possibilidade de que uma delegação (instrumental) venha a inserir-se na competência do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, basicamente nas funções de fiscalização e incentivo, ambas em termos do princípio da eficiência. Ou seja, o princípio da eficiência exige que a Administração, em vista do mercado, seja dotada de competências reguladoras de natureza técnica e especializada sob pena de paralisia. Isto é, é impossível exigir-se eficiência da Administração sem dar-lhe competência para alocar fins específicos e encontrar meios correspondentes. A especialização técnica é exigência da eficiência. 176

Admite-se, ainda, que as delegações realizadas pelo Poder Legislativo em favor desses órgãos regulatórios contêm em si “a presunção de que tenha havido prévia decisão do Congresso sobre destacados pontos de dúvida política referentes à questão”¹⁷⁷.

Logo, essa “mutação constitucional” da legalidade administrativa ligada ao Estado Regulador somente é possível dada a existência de um fundamento último, presente também no texto constitucional: o princípio da eficiência.

É a partir de tal norma que o Poder Público no Estado Regulador estaria vinculado não somente na compatibilidade interna entre as normas jurídicas, mas na consecução de fins e objetivos específicos¹⁷⁸.

Ou seja, enquanto normas como a legalidade demarcariam *limites* à Administração, a eficiência determina *resultados*¹⁷⁹. Destarte, como forma de atingi-los satisfatoriamente, a flexibilização das normas constitucionais e o exercício de atribuições de outros poderes dentro da função regulatória seria propriamente uma exigência da eficiência administrativa:

(...) a atuação do Estado deixa de ser estritamente a de mera proteção da liberdade (Estado de Direito e proteção da livre iniciativa); é também menos intervencionista, isto é, menos assunção, pelo Estado, do dever de atuar diretamente no mercado, caso

¹⁷⁴ BRASIL. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, 1995, p. 25.

¹⁷⁵ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Op. cit., 98, pp. 79-80.

¹⁷⁶ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras à Luz do Princípio da Eficiência**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de et al (org.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 217.

¹⁷⁷ Id., Op. cit., 2000, loc. cit.

¹⁷⁸ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Op. cit., p. 11.

¹⁷⁹ FILHO, José dos Santos Carvalho. Op. cit., pp. 68-69.

dos monopólios estatais, por exemplo, (Estado Social), passando a ser um Estado em que a dimensão da Administração (empresarial) torna-se menor, com o consequente crescimento da participação da iniciativa privada na gestão de serviços públicos *latu sensu*, donde decorre a necessidade de maior flexibilização da Administração para exercer funções de controle normativo e regulador. Neste sentido, pode-se entender o princípio da eficiência no art. 37 da Constituição Federal.¹⁸⁰

Enfim, o que o argumento de Ferraz Jr. acerca da delegação complementar indica é que as funções normativas que compõem a atuação da agência reguladora não seriam facultadas, mas *compelidas*, dada o próprio compromisso de eficiência que permeia a lógica do Estado Regulador¹⁸¹.

Logo, a despeito de haver limites impostos pela legalidade, expressos no momento de sua instituição, as agências *devem* agir tecnicamente, de forma a consolidar os objetivos legais e constitucionais que dela se espera¹⁸². Assim, é de acordo com a potencialidade de concretizá-los eficientemente que exsurgiria, por fim, a sua legitimidade¹⁸³.

Desse modo, o argumento em favor da eficiência administrativa como fonte da legitimidade das agências reguladoras exigiria, como foi visto, um esforço de reinterpretação do próprio significado dos princípios da legalidade e da separação de Poderes¹⁸⁴.

A partir dessa leitura, tem-se o seguinte modelo: a estrutura das agências reguladoras não seria legítima por, meramente, se adequar a uma forma de legalidade ou separação de Poderes, mas na medida em que sua função administrativa, dotada de maior dinamismo e flexibilidade, capacita o seu processo decisório e fornece uma maior expertise técnica¹⁸⁵.

Essa forma de organismo administrativo, portanto, permitiria idealmente a obtenção dos melhores resultados *exigidos* pela eficiência, legitimando a sua existência dentro do novo Estado Regulador¹⁸⁶.

Essa construção é especialmente relevante no desenvolver do tema enfrentado: como visto, com a adoção do modelo de agências reguladoras, houve o propósito político claro de

¹⁸⁰ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Op. cit., 2011, p. 216.

¹⁸¹ Ibid., p. 218.

¹⁸² SOUTO, Marcos Juruena Villela. Op. cit., pp. 100-101.

¹⁸³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio, Op. cit., 2011, p. 215.

¹⁸⁴ SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade.** In: ARAGÃO, Alexandre Santos de et al (org.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 48.

¹⁸⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. Op. cit., pp. 163-164.

¹⁸⁶ FERRAZ JR., Tércio Sampaio, Op. cit., 2011, pp. 219-220.

criar um ambiente administrativo de gestão técnica profissional¹⁸⁷ e maior eficiência na prestação de serviços públicos¹⁸⁸.

Logo, a fórmula descrita por Ferraz Jr. é oportuna ao internalizar essa demanda por eficiência das agências reguladoras no próprio conceito da legitimidade regulatória, vinculando-as, assim, ao bom desempenho dos objetivos previstos em sua constituição.

Até por isso, essa norma de eficiência não apenas cria novas possibilidades legais para a estrutura das agências reguladoras, mas lhe impõe limites¹⁸⁹ e cria parâmetros para a sua devida atuação:

Afim, no caso de atividade reguladora, sem ela ficaria vazio o princípio [da eficiência], tanto no sentido de sua eficácia quanto no sentido de controle constitucional. Ou seja, com base na eficiência, a delegação instrumental ganha contornos próprios que garantem à independência das agências reguladoras seu supedâneo. Mas eficiência confere a elas também limites próprios.¹⁹⁰

Tendo em vista que a legitimidade da agência dependeria diretamente da sua obtenção de resultados positivos, a falha no atingimento destes, portanto, a tornaria proporcionalmente menos legítima de suas atribuições regulatórias¹⁹¹.

Ademais, há exigências específicas para o devido funcionamento da regulação informada pelo princípio da eficiência, extraídas da própria Constituição. Ferraz Jr. indica, pelo menos, sete delas: i) a preservação de uma distribuição de rendas adequada (art. 170, VII); ii) a minimização de políticas que reduzam a riqueza total disponível para redistribuição de renda (art. 170, VIII); iii) a transparência do processo de formação da ação reguladora (art. 37, *caput*); iv) a necessidade de mandato para as autoridades decisórias na instância reguladora (art. 175, parágrafo único); v) a possibilidade de revisão do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV); vi) o norteamento da regulação por meio de objetivos e fins políticos presentes em leis (art. 37, *caput*); vii) a participação social na formação da atividade regulatória (art. 37, § 3º)¹⁹².

Além dos limites impostos pela própria noção de eficiência na entrega de resultados, há ainda uma forma ulterior de controle da discricionariedade reguladora, segundo o autor. A legalidade readquiriria uma nova função não como bloqueio, mas *instrumento* a partir do qual

¹⁸⁷ CARDOSO, Fernando Henrique. Op. cit., 1998, p. 9.

¹⁸⁸ BRASIL. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, 1995, pp. 67-68.

¹⁸⁹ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Op. cit., loc. cit.

¹⁹⁰ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Op. cit., 2000, p. 15.

¹⁹¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Op., cit., 2000, p. 17.

¹⁹² Id., op. cit., 2011, pp. 222-223.

a atividade administrativa se desenrolaria. Ao determinar as diretrizes gerais por meio das quais o regulador exercerá sua função, cabe à lei a análise de adequação entre meios e fins, permeado pelo princípio hermenêutico da razoabilidade¹⁹³.

Igualmente, nesse sentido, não há o que se falar numa regulação *definitiva*, que vá extinguir a demanda social, sendo o papel da legalidade apenas controlar as instâncias de arbitrariedade¹⁹⁴. Afinal, agências reguladoras atuam de forma constante, fiscalizando a saúde do setor econômico regulado e o impacto de suas normas regulatórias para, quando necessário, promover as devidas reformas pontuais. É nesse contexto que se consolida a noção de *better regulation*¹⁹⁵.

Enfim, a diferença entre os autores diversos, como visto, reside na interpretação de qual seria o conteúdo próprio e a relação existente entre a legalidade, a separação de Poderes e os objetivos políticos na instituição das agências reguladoras independentes.

Desse modo, a própria noção de *flexibilização* das normas impostas pela legalidade e pela separação de poderes, que é utilizada de forma constante seja na validação ou negação da legitimidade das agências independentes, já indica que tais princípios vão sempre ser aplicados, havendo apenas uma reconstrução de seu conteúdo¹⁹⁶.

Em conclusão, passa-se a reconhecer no êxito da agência em se enquadrar nas exigências constitucionais como a própria legitimidade da atuação regulatória.

Ou seja, a partir dessa construção, afirma-se que a agência reguladora estaria legitimada: i) ao ser instituída por órgãos eleitos e representantes da população, ii) estar submetida a um regime de controle pelos mesmos poderes superiores, iii) atuar sob um regime de legalidade, ainda que interpretado a partir da eficiência administrativa; e iv) ter a sua atuação informada pela promoção de fins constitucionais e a obtenção de melhores resultados na Administração¹⁹⁷.

Todos esses elementos, todavia, são parâmetros *internos* à regulação e ao Estado¹⁹⁸. Com isso, há dificuldades inerentes à construção de um conceito de legitimidade que aja, na prática, de modo “autoreferente”. Essa insuficiência é o tema do capítulo subsequente.

¹⁹³ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Op. cit., 2011, p. 219.

¹⁹⁴ Ibid., p. 213.

¹⁹⁵ RAMOS, Marcelo. **Governança regulatória: experiências e contribuições para uma melhor qualidade regulatória**. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (org.). Op. cit., p. 201.

¹⁹⁶ GUERRA, Glaucio Martins. Op. cit., p. 89.

¹⁹⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. Op. cit., 2002, p. 37.

¹⁹⁸ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit., 2017a, p. 155.

3 INSUFICIÊNCIA DOS PARÂMETROS JURÍDICOS NA LEGITIMAÇÃO DA POLÍTICA REGULATÓRIA

Até então, viu-se os modelos de legitimidade construídos com base no conflito existente entre a estrutura das agências reguladoras e os princípios constitucionais de legalidade e separação de poderes presentes no ordenamento brasileiro.

Todavia, tais preceitos compartilham a característica de serem internos ao próprio Direito¹⁹⁹, criando, novamente, uma legitimidade autossuficiente, à semelhança daquela perpetuada por anéis burocráticos no Estado autoritário²⁰⁰.

Com isso, faz-se necessário um elemento de correção ou *accountability* externo, que tem seu potencial nos meios de participação da sociedade e acesso popular às instâncias interna de decisão regulatória²⁰¹.

3.1 Compatibilidade jurídico-formal

Há um primeiro problema relacionado ao modelo de argumentação de uma legitimidade presumida a partir de uma simples adequação à estrutura jurídica/institucional do próprio ordenamento jurídico na qual ela está contida. Por esse raciocínio, seria possível considerar como legítima uma agência a partir de uma suposta “transferência” da legitimidade das suas leis de instituição e a conformidade com os limites legais impostos pelas normas do sistema constitucional²⁰².

O Direito positivo, como foi visto em capítulo anterior, dever ser levado em conta, uma vez que permanece na agência o dever de respeito às normas superiores e diretrizes políticas estabelecidas por órgãos ministeriais. Contudo, este passa a assumir um papel mais contingencial na determinação da legitimidade das agências reguladoras.

¹⁹⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. SOARES JÚNIOR, Lauro Antonio Nogueira. **Regulação econômica e democracia**: a questão das agências administrativas independentes. In: BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., 2006, p. 194.

²⁰⁰ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit., 2017a, p. 157.

²⁰¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Agências reguladoras e democracia**: Existe um déficit democrático na regulação independente? In: ARAGÃO, Alexandre de. Op. cit., 2011, p. 241.

²⁰² BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., 2006, p. 82.

3.1.1 *Legitimidade a partir do controle*

Um dos aspectos relevantes da legitimidade como uma função de sua compatibilidade formal com o sistema jurídico é a possibilidade de controle de seus atos, internamente ou por demais órgãos (de forma hierárquica e/ou finalística)²⁰³. A partir de tal dedução, a agência seria legítima ao se adequar aos mandamentos constitucionais uma vez que ela estaria, então, inserida num contexto de *accountability* horizontal, com os Poderes da Federação e as próprias normas jurídicas coibindo arbitrariedades e garantindo o seu devido funcionamento²⁰⁴.

Viu-se que as leis de instituição das agências reguladoras, idealmente, buscam conferir atribuições que se limitem à promoção dos fins previstos e seguir um regramento rigoroso de separação de Poderes, a partir de freios e contrapesos (*checks and balances*)²⁰⁵. Assim, estaria sendo tutelado um princípio geral de reprovação do acúmulo de poder político, por meio de uma lógica de fiscalização e controle simultâneo. Esse modelo tripartite supõe a contenção mútua dos poderes, evitando uma concentração tida como necessariamente negativa ao bom funcionamento do Estado de Direito²⁰⁶.

Contudo, a simples constatação de existência de controle, ainda que possa servir de indício para um funcionamento alinhado aos comandos jurídicos, também não é suficiente para afirmar como legítima a atuação da agência reguladora, quando apenas considerada idealmente, a partir de seu desenho institucional²⁰⁷.

Por exemplo, um controle rígido, exercido de maneira intensa, pode indicar, simultaneamente, tanto uma deficiência contumaz na produção dos atos da agência quanto uma forma de coibir reguladores que estariam contrariando interesses particulares de seus superiores²⁰⁸.

O contrário também pode ser verdadeiro: na medida em que é previsto um arranjo de controle mais fraco, que é exercido raramente, isso pode significar uma maior confiança na expertise do agente regulador. Alternativamente, a mesma situação pode representar também uma subordinação cega aos seus controladores²⁰⁹.

²⁰³ ARAGÃO, Alexandre de. Op. cit., 2007, pp. 39-41.

²⁰⁴ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit., 2017a, p. 200.

²⁰⁵ BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 101.

²⁰⁶ ARAGÃO, Alexandr e. Op. cit., pp. 2-3.

²⁰⁷ JORDÃO, Eduardo. Op. cit.

²⁰⁸ Idem.

²⁰⁹ Idem.

Raciocínio semelhante se aplica à legitimidade democrática como uma função da controlabilidade pelos demais Poderes da Federação.

Apesar de não ter sido escolhida majoritariamente ou se tratar de órgão representativo, a agência reguladora estaria constantemente submetida à fiscalização de órgãos que o de outros Poderes superiores. Estes, por sua vez, tiveram a sua escolha de fato cancelada por eleições ou outras alternativas de legitimidade²¹⁰.

Todavia, uma “transferência” de legitimidade democrática entre órgãos políticos distintos é inacessível. Esse argumento, no extremo, tornaria legítimo, por natureza, qualquer órgão público a qualquer tempo, desde que tenha havido um processo eletivo em algum momento²¹¹.

A atuação da agência reguladora vai ocorrer, necessariamente, *dentro* do sistema jurídico, ao alcance do controle pelos demais Poderes federativos. No entanto, é plenamente possível que uma agência atue nos limites do Direito, promova objetivos econômicos e/ou políticos delimitados pelo próprio Estado e, ainda assim, seja percebida como ilegítima²¹².

Por essa razão, tal critério de legitimidade é necessário – não se pode legitimar uma atuação regulatória contrária à legalidade –, porém insuficiente para abarcar o fenômeno da legitimidade²¹³.

3.2 Problemas relacionados à legitimidade pela eficiência técnica

3.2.1 *Capacidades epistêmicas reais e aferíveis*

Há, inicialmente, um problema de caráter pragmático na confiança em capacidades técnicas e exercício mais eficiente de atribuições constitucionais: a criação de uma presunção de superioridade epistêmica em favor da estrutura regulatória²¹⁴.

Desse modo, são criadas presunções de que, a partir de seu desenho, haveria uma superioridade epistêmica da agência reguladora sobre os órgãos que exercerão o seu controle,

²¹⁰ Ibid., p. 85.

²¹¹ BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., 2006, p. 105.

²¹² MOREIRA, Egon Bockmann. SOARES JÚNIOR, Lauro Antonio Nogueira. Op. cit., p. 195.

²¹³ BINENBOJM, Gustavo, Op. cit., 2006, p. 104.

²¹⁴ LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. **Dois problemas de operacionalização do argumento de “capacidades institucionais”**. Revista Estudos Institucionais, Vol. 2, 1, 2016, pp. 192-213.

numa comparação apriorística entre capacidades institucionais. Essa assunção, mesmo quando implícita, se torna decisiva nas doutrinas sobre o processo de tomada de decisão e deferência técnica que informarão a própria legitimidade regulatória²¹⁵.

Em maior ou menor grau, o argumento assim construído indica que a agência reguladora possuiria uma prevalência *material* no seu espaço de atuação sobre os outros Poderes, que as limitariam apenas pela via formal. Ou seja, eles exerceriam um controle exigindo-lhes o respeito às formas legais – ainda que essas, para alguns autores, possam representar, por sua vez, limites de cunho material – e as competências pré-estabelecidas pela Constituição, sem, contudo, adentrar o mérito regulatório decidido pela agência²¹⁶.

Contudo, esse tipo de postura carrega consigo alguns pressupostos falseáveis. Em especial, o da superioridade da legitimidade epistêmica, ou seja, de que é “mais legítima” a agência reguladora quanto mais tecnicamente capacitada estivesse por seu desenho institucional²¹⁷.

Agências reguladoras seriam, por excelência, órgãos que pretendem ser equipados institucionalmente para se manterem numa constante agregação de informação e direcionamento econômico dos setores regulados²¹⁸. Até por esse motivo, o seu processo decisório é informado sempre pelo objetivo de atingir o melhor resultado possível dentro de sua abrangência técnica. Logo, é na averiguação de sua capacidade *real* de desempenhar tais funções que deve ser pautada a sua legitimidade.

Todavia, a partir do estudo das diversas correntes que tratam a compatibilidade da Constituição com a estrutura das agências reguladoras, uma característica presente em vários dos discursos é a idealização de agências reguladoras como naturalmente capacitadas para lidar institucionalmente com as questões de ordem técnica, ainda que posteriormente consideradas ilegítimas, pelo mesmo autor, por um conjunto de outras razões.

Com efeito, o desenho institucional das agências objetivou a criação de incentivos para a produção de decisões técnicas e imparciais, distanciadas dos interesses políticos cotidianos²¹⁹. Porém, há vários exemplos no histórico brasileiro que demonstram que tais incentivos não só

²¹⁵ Ibid., p. 202.

²¹⁶ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit., p. 213.

²¹⁷ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Op. cit., 2011, p. 215.

²¹⁸ Ibid., p. 216.

²¹⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Op. cit., 2011, p. 96.

podem não estar surtindo os efeitos desejados, mas sua implementação tenha sido enviesada por outros interesses distintos daqueles expressos em sua instituição²²⁰.

Em outras palavras, dada a forma como se organizaria o “teste” da legitimidade regulatória, forma-se praticamente um consenso acerca de sua superioridade epistêmica, consolidada na pressuposição, por essas teorias, de que as agências reguladoras por certo detêm a preferência no julgamento e decisão de questões de cunho técnico ligadas ao seu setor²²¹.

Dentre os defensores de um poder discricionário mais alargado e de um espaço reservado à regulação na produção do Direito Público, essa presunção se torna ainda mais evidente:

Sua forma de autarquia de regime especial, portanto, coaduna com a demarcação de um espaço de legítima discricionariedade, que permite a necessária neutralidade técnica e o devido insulamento político capaz de gerar o predomínio de juízos técnicos sobre valorações políticas, evitando interferências externas inadequadas no arbitramento dos interesses no processo regulatório.²²²

Contudo, viu-se também argumentos que, apesar de reconhecerem que há um dever de obediência à lei, o fazem simultaneamente descrevendo uma diferença nos papéis exercidos por cada um dos instrumentos normativos: enquanto a lei serviria para firmar diretrizes e normas gerais, a regulação cumpriria o papel de efetivamente promover a eficiência administrativa, por meio da concretização de conceitos legais abstratos e através de competências normativas, próprias de sua qualificação e *expertise*²²³.

Assim, mesmo entre correntes mais restritivas à atuação regulatória, construções desse gênero ressurgem, trazendo consigo até mesmo uma preocupação em afastar a possibilidade de legitimação da agência *contra legem*, baseada apenas em seus supostos melhores resultados na prática, sem que eles sequer tenham sido comprovados:

Insere nesse entendimento há uma inversão inadmissível: a superposição do fato sobre o valor. O fato de ser uma agência eficiente não pode constituir motivo suficiente para justificar, ou mesmo legitimar, sua atuação normativa. Não se quer negar a eficiência enquanto princípio de status constitucional, nem se desenvolver uma possível ponderação entre este princípio e a legalidade, mas apenas esclarecer-se que a atuação normativa da agência com este fundamento implica necessariamente a supressão da legalidade.²²⁴

²²⁰ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit., 2017., p. 215.

²²¹ BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., 2006, p. 105.

²²² MOURA, Emerson Affonso da Costa. Op. cit., p. 71.

²²³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Op. cit. 2000, p. 11.

²²⁴ CALIL, Laís. Op. cit., p. 166.

Em função de uma priorização de um debate sobre a prevalência entre legalidade e eficiência, há uma questão mais simples que acaba sendo deixada de lado: a superioridade técnica e o alcance de melhores resultados – ou seja, o *fato* mencionado – precisa ser empiricamente *comprovável*, não somente fruto de uma intuição existente em favor da agência²²⁵.

Assim, como bem identifica Sampaio, a ideia de eficiência logicamente pressupõe uma identificação possível de relações finalísticas, entre meios e resultados almejados por determinada política²²⁶. Consequentemente, ao se vincular a determinado fim, a Administração estaria se responsabilizando em promover uma seleção entre os meios disponíveis com base em algum critério valorativo, fornecido pela ideia de eficiência²²⁷.

Todavia, ao se determinar qual é o órgão melhor capacitado a eleger a alternativa regulatória apta a promover o resultado eficiente, tal escolha deve ser construída de maneira empiricamente informada, e não fundada apenas em presunções sobre capacidades epistêmicas, provenientes de seu desenho institucional ou nos objetivos expressos em sua lei constitutiva.

De certa forma, as agências reguladoras foram relevantes na estabilização da economia brasileira e numa injeção de eficiência no funcionamento da coisa pública, comparativamente à estrutura herdada dos governos militares²²⁸.

Além disso, como analisado anteriormente, houve um planejamento na instituição do modelo regulatório, no qual houve uma preocupação expressa no estabelecimento de desenho institucional capaz de criar incentivos suficientes para informar decisões e normas o mais imparciais e técnicas o possível²²⁹.

Todavia, a partir de uma análise mais detalhada, vê-se que é inegável a necessidade de melhora regulatória em diversos dos setores econômicos regulados. Tais demandas, ademais, são majoritariamente ligadas à adoção de melhores mecanismos de governança, devido a defasagens consideráveis na estrutura institucional (*institutional building*)²³⁰, qualificação de

²²⁵ Para exemplos de situações nas quais a agência reguladora provou-se incapaz, na prática, de lidar com os problemas regulatórios, sendo então deferente a outros órgãos administrativos, v. LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Op. cit., pp. 202-203.

²²⁶ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Op. cit., 2000, p. 13.

²²⁷ Idem.

²²⁸ GUERRA, Sérgio. **Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira**. In: GERRA, Sérgio (org.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 395.

²²⁹ Idem.

²³⁰ GAETANI, Francisco; ALBUQUERQUE, Kélvia. **Análise de impacto regulatório e melhoria regulatória**. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. Op. cit., 194.

gestão pessoal das agências²³¹, e até mesmo problemas graves relativos à transparência e acesso à informação, mesmo em comparação à totalidade dos órgãos estatais²³².

Há, sobretudo, a hipótese de que a estrutura própria de agências reguladoras está sob constante risco de captura²³³. Como o estabelecimento de normas regulatórias pode impactar de forma muito significativa o desempenho das indústrias do setor regulado, cria-se verdadeira demanda pela regulação estatal, e em contrapartida os próprios reguladores passam a buscar os benefícios próprios em lugar do interesse público²³⁴.

Essa relação viciosa entre reguladores e regulados, evidentemente, impede decisões verdadeiramente técnicas e só é combatida por meio de arranjos institucionais sólidos, alterando o seu suporte político – que, muitas vezes, não interessam ao próprio agente público – e mecanismos de fiscalização e transparência²³⁵.

É, inclusive, nesse sentido que economistas americanos reagem ao chamado “nirvana regulatório”²³⁶. Tal ideia descreve o comportamento de certos defensores da de formas abrangentes de regulação, a partir do qual a mera constatação de falhas de mercado já seria o bastante para motivar a adoção de normas corretivas²³⁷.

Com isso, não seria feita uma previsão de que a alternativa regulatória poderia ser até pior do que o estado atual, gerando falhas de governo, tão ou mais graves que as falhas de mercado (riscos morais, bens públicos, a possibilidade de incentivo a posturas avessas a risco ou mesmo do comportamento adotado pelo governo na ocupação daquele setor²³⁸).

Ou seja, ainda que se admitisse a possibilidade de uma presunção a favor das agências reguladoras como órgãos tecnicamente mais capacitados *prima facie* para lidar com as adversidades ligadas ao seu setor²³⁹, há indícios relevantes de que a construção de um modelo de legitimidade fundamentado em sua superioridade técnica deve vir sempre acompanhado de comprovação empírica relevante²⁴⁰.

²³¹ RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. Op cit., p. 138.

²³² SANTOS, Luiz Alberto dos. **Desafios da governança regulatória no Brasil**. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. Op cit., p. 178.

²³³ STIGLER, George J. **A teoria da regulação econômica**. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Ed. 34, 2004.

²³⁴ Ibid., p. 60.

²³⁵ Ibid., p. 42.

²³⁶ DEMSETZ, Harold. **Information and efficiency**. Another viewpoint. The Journal of Law and Economics 12, nº. 1. 1969, p. 1.

²³⁷ Ibid., pp. 1-2.

²³⁸ Ibid., p. 20.

²³⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Op. cit., 2002, p. 25.

²⁴⁰ LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Op. cit., p. 203.

3.2.2 *Legitimidade pela expertise interna e objetivos regulatórios*

Problema semelhante é visualizado ao se buscar uma legitimidade da agência reguladora que seja baseada somente em sua expertise técnica, ainda que ela se verifique na prática.

Ao final do capítulo anterior, concluiu-se, principalmente a partir da posição de Tércio Ferraz Sampaio Jr., ser possível compreender a legitimidade das agências a partir da mutação que esse próprio modelo instiga no sistema administrativo como um todo, especialmente sobre as normas de legalidade e separação de Poderes²⁴¹.

Ou seja, ao se organizar todo o “novo” Estado Regulador para a promoção de fins econômicos e partindo do pressuposto de que essa nova estrutura é epistemicamente desejável, ao apresentar uma melhor capacidade decisória, é possível interpretar a delegação de funções como uma forma *complementar* de atingir os objetivos constitucionalmente propostos²⁴².

Com isso, é a ideia de eficiência – lógica que informa o Estado Regulador²⁴³ – que passaria a ter um papel fundamental na legitimidade da estrutura das agências: elas seriam legítimas desde que capazes de entregar melhores resultados²⁴⁴ e produzir consequências produtivas no meio público em que foram introduzidas²⁴⁵, seguindo, sempre, os limites impostos pela própria eficiência e as diretrizes gerais determinadas pela legalidade²⁴⁶. Para tal, as agências possuiriam a seu favor um espaço poder normativo e uma proteção às determinações de caráter técnico produzidas em seu setor regulado²⁴⁷.

Há, dessa forma, um paradoxo na classificação da discricionariedade das agências reguladoras: por um lado, é possível argumentar, como o faz Floriano de Azevedo Marques Neto, que a discricionariedade das agências é mais *reduzida* que o de órgãos administrativos análogos²⁴⁸. Isso porque as suas competências e atribuições são, em regra, melhor definidas nas leis de instituição; sua atuação se dá nos moldes das diretrizes gerais estabelecidas legalmente; não há uma liberdade ao regulador em decidir se deve ou não atuar, estando este vinculado ao

²⁴¹ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Op. cit., 2000, p. 15

²⁴² Ibid., p. 10.

²⁴³ Ibid., p. 9.

²⁴⁴ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Op. cit., loc. cit.

²⁴⁵ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Op. cit., 2011, p. 214.

²⁴⁶ Ibid., p. 217.

²⁴⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Discricionariedade e regulação setorial** – O caso do controle dos atos de concentração por regulação setorial. In: ARAGÃO, Alexandre de. Op. cit., 2006, p. 428.

²⁴⁸ Ibid., p. 429.

dever de decidir; por fim, todas as decisões se submeteriam ao exame da proporcionalidade, sendo constantemente aferida a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito das escolhas realizadas²⁴⁹.

Por outro lado, entretanto, ao ser conferida uma proteção à atuação técnica da agência reguladora – que tende a ser exponencialmente apreciada pela Administração, quanto maior o desenvolvimento tecnológico e a sofisticação dos setores regulados²⁵⁰ – torna-se mais difícil a *accountability* horizontal do órgão.

Com efeito, quanto maior a complexidade da expertise demandada para decidir sobre determinada questão, logicamente, se exigiria uma capacidade técnica no mínimo equivalente do órgão que exercerá o seu controle²⁵¹. Por conseguinte, haveria uma tendência natural em impermeabilizar cada vez mais as decisões produzidas no âmbito das agências.

Todo esse processo decisório, porém, não ocorre num vácuo. Em verdade, a própria definição do que seria, efetivamente, uma decisão puramente *técnica* – que estaria sob o invólucro da discricionariedade da agência – não é pacífica²⁵². Pelo contrário, a identificação de um liame entre decisões técnicas e “não-técnicas” é simplesmente impossível, havendo sempre um substrato político que informa as escolhas feitas pelo agente regulador²⁵³.

O próprio exercício de extrair do processo decisório qualquer elemento que seja considerado como político, em si, remete à forma de autolegitimação presente em modalidades autoritárias de governo: extirpa-se o elemento político e investe-se numa forma de legitimidade garantida por tecnoburocratas interessados na própria manutenção do sistema político em vigor²⁵⁴.

Ou seja, se haverá, invariavelmente, um aspecto político no direcionamento da técnica decisória utilizada, a cristalização do insulamento da agência pode facilitar o exercício de poder arbitrário²⁵⁵.

Com isso, o problema da insuficiência dos critérios jurídicos para sustentar a legitimidade da agência torna-se uma realidade. Ao analisar a agência sob tal ponto de vista, é identificado o “efeito colateral” do insulamento político: o afastamento da agência de

²⁴⁹ Idem.

²⁵⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. Op. cit., 2011, p. 164.

²⁵¹ Ibid., pp. 164-165.

²⁵² Ibid., p. 163.

²⁵³ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit., 2017a, p. 171.

²⁵⁴ Id., op. cit., 2017b, p. 123.

²⁵⁵ Id., op. cit., 2017a, p. 170.

influências externas surte, muitas das vezes, efeitos contrários, diminuindo a imparcialidade das decisões²⁵⁶.

O grau de independência da agência é planejado, idealmente, como um incentivo institucional para a produção de decisões de caráter mais imparcial e técnico, afastando o órgão de pressões políticas e interesses particulares no momento de produção de suas decisões regulatórias²⁵⁷.

Entretanto, pode ser atingido o problema oposto: quanto maior o seu grau de afastamento e de deferência técnica às suas decisões, surgem tendências relevantes em serem dificultados os seus meios de *accountability*²⁵⁸. Facilita-se, dessa maneira, a possibilidade de captura política e direcionamento da agência:

(...) a delegação de poderes para agências autônomas deve-se em grande medida a autoridade e confiabilidade atribuída a tais agências, o que em primeira instância favorece a atração de investimentos. Contudo, viu-se também que a delegação pode simplesmente ocultar outras razões dos políticos e decisores como determinados custos de decisão ou responsabilidades indesejadas, o que, aliás, é comportamento comum e típico da dinâmica de formulação e implementação das políticas públicas.

Assim, se a função das agências reguladoras é dar credibilidade às políticas governamentais, deve-se ter com clareza que essa mesma delegação também insula as políticas. Quando isso ocorre, os políticos estão na verdade trancando tais políticas e tentando perpetuá-las por quanto tempo for possível.²⁵⁹

Em conclusão a esse processo de contínuo de insulamento e deferência, verifica-se a perda de *accountability* vertical (ou seja, os meios eleitorais de representação democrática²⁶⁰) e possível insuficiência da *accountability* horizontal (o controle por parte dos outros órgãos públicos²⁶¹).

Com efeito, Mattos demonstra como, sem um critério externo forte, tais valores se tornam, efetivamente, vazios:

(..)diante das características inerentes ao Estado regulador (uso de normas de conjuntura mediante delegação legislativa; especialização técnica na formulação do conteúdo da regulação; aumento – na prática – da discricionariedade da Administração na definição do conteúdo de atos administrativos diante do conteúdo cada vez mais genérico dos textos de lei e dos princípios e objetivos constitucionais; ampliação da autonomia de órgãos reguladores em relação aos três Poderes), a

²⁵⁶ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit., 2006a, 227.

²⁵⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Op. cit., 2006, p. 468.

²⁵⁸ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit., 2017a, pp. 220-221.

²⁵⁹ CRUZ, Veronica. **Estado e regulação**: fundamentos teóricos. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (org.), op. cit., p. 83.

²⁶⁰ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit., 2017a, p. 212.

²⁶¹ CRUZ, Veronica. Op. cit., loc., cit.

verificação da adequação lógico-formal do conteúdo de atos administrativos ou de normas de conjuntura (secundárias e terciárias) à lei se torna cada vez mais difícil.

Dessa forma, ou há um controle fraco dos atos administrativos discricionários (sem controle de mérito quando se trata de juízo de conveniência ou oportunidade), ou um controle meramente formal de legalidade das normas de conjuntura.²⁶²

Assim, tanto ideais quanto de compatibilidade jurídico-formal ou uma deferência a capacidades técnicas acaba por tornar o modelo que se pretendia descentralizado em verdadeiro exemplo de poder arbitrário, à semelhança da burocracia tecnocrata pré-88²⁶³.

²⁶² MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit., 2017a, pp. 213-214.

²⁶³ Ibid., p. 214.

4 DEMOCRACIA COMO CONTROLE DA LEGITIMIDADE REGULATÓRIA

Dada a insuficiência de critérios jurídicos para determinar a legitimidade das agências reguladoras (seja a compatibilidade formal com normas jurídicas, seja a consecução eficiente de fins estabelecidos em leis de instituição), diversos autores enxergam, então, o conceito de democracia como um parâmetro de controle externo das agências²⁶⁴.

Em especial, instrumentos relacionados à participação popular, como audiências e consultas públicas, passam a ter destaque nesse debate, se tornando os índices a partir dos quais a democracia será “medida”. Desse modo, é com a sua devida utilização que se permitiria o preenchimento dos chamados *déficits* democráticos e a correção da atuação da agência.

4.1 Participação popular e audiências públicas como “potenciais democráticos”

Paulo Mattos é o principal autor brasileiro a identificar na figura dos instrumentos de participação social o que denomina de “potenciais democráticos”²⁶⁵. Tais mecanismos surgiriam, então, como uma alternativa à correção externa dos problemas de legitimidade da regulação.

A adoção de tais mecanismos teria o que chamo no presente trabalho de um “potencial democrático”, apesar da diminuição do espaço dos mecanismos tradicionais de controle político pela via eleitoral (accountability vertical), uma vez que os conselheiros que compõem as agências reguladoras não são eleitos, ou na relação entre os órgãos que compõem os poderes Executivo e Legislativo (accountability horizontal).

Diante desse quadro, o Direito ganha uma nova dimensão no debate sobre a legitimidade da ação regulatória do Estado. Avaliar as condições decisórias sobre a formulação de políticas públicas pode ser um tarefa realizada a partir do Direito e não apenas da Ciência Política. Porém para isso, faz-se necessário trabalhar com um modelo de análise que dê conta da complexidade das relações sociais próprias do fenômeno do Estado regulador.²⁶⁶

²⁶⁴ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit., 2006b, p. 6. Além de Mattos, há diversos exemplos de argumentos semelhantes produzidos no ambiente doutrinário brasileiro, confiando na “legitimação pelo procedimento”, quando este é permeado pela participação da sociedade civil na formação da decisão regulatória. Nesse sentido, cf. ARAGÃO, Alexandre de. Op. cit., 2006, pp. 7-8; BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., 2006, pp. 109-110; MOREIRA, Egon Bockmann. Op. cit., 2011, pp. 152-153; JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., 2011, p. 247; MENDES, Conrado Hübner. Op. cit., p. 132.

²⁶⁵ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit., 2006b, loc. cit.

²⁶⁶ Idem.

Assim, essa corrente assume como o seu parâmetro de legitimidade a efetivação de tais potenciais democráticos disponibilizados à sociedade civil²⁶⁷.

As agências reguladoras, de uma forma ou de outra, exercerão modalidades de poder normativo²⁶⁸. Assim, estas o farão por meio de dirigentes que não foram submetidos a um crivo popular, gerando um “*déficit* democrático” na elaboração de medidas normativas:

Se há uma dificuldade de legitimação decorrente da alocação de porção do poder do Estado em reguladores não eleitos e não sujeitos aos mecanismos tradicionais de aferição da responsividade social de sua atuação, o fomento à participação social nos processos regulatórios seria uma possível maneira de reforçar o grau de autoridade das decisões das agências²⁶⁹.

Desse modo, como as decisões regulatórias produzidas pelos membros não-eleitos da Administração criarão efetivas normas (de forma autônoma ou pela especificação de conteúdos legais), uma forma de equipará-las em legitimidade aos demais atos públicos – e, assim, reduzir o *déficit* democrático – é a aproximação entre reguladores e regulados permitida pelos mecanismos de participação²⁷⁰.

Dessa maneira, forma-se um processo conjunto de deliberação que terá como consequência ideal a atenuação ou eliminação do *déficit* democrático natural das agências²⁷¹. É por meio deles, então, que regulados têm a oportunidade de influenciar no próprio conteúdo da regulação que recairá sobre eles.

Por esse modelo, a instância de “controle democrático” do órgão se torna uma condição para que seja aceita a autoridade regulatória. Assim, esse processo de legitimação ocorrerá a partir: i) da agregação de opiniões dos diferentes entes regulados (resguardadas as suas capacidades de deliberação); ii) da transparência do processo decisório; iii) e da possibilidade de responsabilização de seus agentes²⁷². Incentiva-se, então, a abertura e facilitação de canais de acesso e a participação popular como concretização dos potenciais democráticos contidos nos instrumentos de audiência pública²⁷³.

²⁶⁷ Ibid., p. 7.

²⁶⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Op. cit., pp. 107-108.

²⁶⁹ BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., 2006, p. 104.

²⁷⁰ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Op. cit., 1997, p. 14.

²⁷¹ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit., 2006b, p. 6.

²⁷² Idem.

²⁷³ Id., Op. cit., 2017b, p. 45.

Com isso, Mattos oferece uma proposta que procura de fornecer um critério externo sólido de controle democrático e adicionar mais uma dimensão à legitimidade da atuação regulatória.

Em verdade, Mattos não defende apenas a previsão genérica de mecanismos de participação na instituição da agência, o que poderia ser uma outra forma de idealização do funcionamento do órgão. O autor, em verdade, defende que deve haver uma participação popular *efetiva* de forma a credenciar a legitimidade do processo decisório:

Tal modelo precisa permitir uma análise que seja capaz de avaliar o desenho institucional de órgãos reguladores e sua relação com o Poder Executivo (Administração direta), com o Poder Legislativo e com o Poder Judiciário para além de uma concepção liberal de democracia que assume uma relação estática entre tais poderes. Ao mesmo tempo, deve ser um modelo capaz de avaliar os procedimentos institucionalizados para tomada de decisão, assumindo tais procedimentos como meios de controle democrático e de deliberação pública sobre questões relevantes de ordem política, que estão na base da escolha de técnicas administrativas para regular a economia e a vida social – a definição do conteúdo da regulação.

Por fim, tem que ser um modelo capaz de avaliar as condições de participação na esfera pública brasileira. Saber quem é o público (i.e. grupos de interesse) que está atuando junto às agências, influenciando o conteúdo da regulação, e como está se dando o processo decisório no interior das agências passou a ser importante para uma análise das condições de legitimidade democrática da formulação de políticas setoriais no Brasil pós-reforma do Estado.²⁷⁴

Ou seja, por se tratarem de “potenciais” de legitimidade democrática, os institutos de participação podem cumprir *ou não* o seu papel de materializar os elementos para a sua proposta de *accountability* vertical deliberativa (ou seja, controle por parte da sociedade civil fora de métodos eleitorais)²⁷⁵.

Assim, há a previsão de duas vias para a identificação de um aumento na legitimidade democrática da agência analisada: i) o aumento da participação dos entes regulados e ii) a maior consideração de tais *inputs* pela agência nas suas decisões²⁷⁶.

A partir da obtenção de resultados positivos em ambos os campos, seria reduzido (ou até eliminado) o *déficit* democrático. Por conseguinte, se tornaria mais legítima a atuação da agência²⁷⁷.

Todavia, há alguns elementos na proposta de Mattos que podem ser questionados, como se analisará adiante.

²⁷⁴ Id., op. cit. 2017a, p.

²⁷⁵ Ibid., p. 195.

²⁷⁶ Ibid., p. 7.

²⁷⁷ Idem.

4.1.1 *Representatividade popular e déficit democrático*

A agência reguladora, por natureza, é um órgão que coordena três interesses distintos, muitas vezes conflitantes: interesses do Estado, de empresas e concessionárias ligadas ao setor regulado e de seus usuários diretos ou consumidores. Nesse contexto, parte da atuação da agência envolve a sua capacidade de atender de maneira satisfatória cada um deles, dentro de seu processo interno de deliberação²⁷⁸.

Entretanto, autores como Conrado Hübner Mendes, por exemplo, verificam que há nessa equação um segmento em condição usualmente desprestigiada.

Usuários, que são quantitativamente o grupo mais afetado por normas regulatórias, estariam, via de regra, numa situação constante de assimetria, por possível ignorância sobre as discussões regulatórias mais complexas²⁷⁹. Ademais, na maioria dos casos os usuários enfrentariam maiores dificuldades nos canais de acesso à deliberação e informação, além de possuírem um menor poder individual de barganha.

Notamos que a esfera da relação com maior carência de representatividade é, definitivamente, a parcela dos usuários. A participação destes, ressalte-se, é extremamente dificultosa, eis que são leigos nos assuntos eminentemente técnicos postos na pauta decisória da agência. Para que emitam opinião, a contrário dos concessionários, que possuem toda a capacitação técnica e o poder de barganha econômico para discutir, são necessárias traduções que demonstrem a essência dos problemas postos na mesa.²⁸⁰

Ou seja, ao menos *a priori*, esses atores vão partir de uma posição de desvantagem, devendo ser dada a devida atenção às suas particularidades no momento de incentivo à participação no processo decisório.

Ademais, os usuários, muitas das vezes, sequer são parcela relevante das discussões no âmbito das agências. Com efeito, as discussões travadas nas audiências, consultas e conselhos consultivos são em sua grande maioria feitas entre reguladores e sociedades concessionárias, não sendo ouvidos os consumidores que, em tese, são os maiores afetados pela norma ali produzida²⁸¹

²⁷⁸ MENDES, Conrado Hübner. Op. cit., pp. 131-132.

²⁷⁹ Ibid., p. 130.

²⁸⁰ Ibid., p. 132.

²⁸¹ MOREIRA, Egon Bockmann. Op. cit., 2011, p. 162.

Tendo em vista que esses consumidores, com a adoção do modelo regulatório, também perderam parte de seu poder de representação na formação das normas, que passam a ser editadas por funcionários públicos não-eleitos, configura-se o *déficit* democrático²⁸². O sistema jurídico, por si só, será incapaz de controlar e corrigir essas falhas ligadas à legitimidade democrática das medidas.

Ao seu tempo, o modelo de Mattos prevê uma capacitação maior dos entes regulados, e parte da legitimidade restaria na consideração de seus *inputs* nas decisões da agência²⁸³. Seria feita, ainda, a análise de como efetivamente se daria a relação entre reguladores e regulados dentro do ambiente democrático e participativo concreto, permitindo a modulação da instituição para promover o seu potencial democrático²⁸⁴.

Contudo, as alternativas de promoção da *accountability* vertical deliberativa²⁸⁵, admitidas como maneiras de aproximar as partes na relação regulatória, podem se tornar tão ineficientes quanto as formas tradicionais de responsabilização, ao se depararem com situações de captura política da agência²⁸⁶.

Assim, os índices de participação e deliberação servirão de base para o ideal de democracia participativa que legitimará todo o procedimento decisório²⁸⁷, mas não necessariamente garantem um processo de decisão saudável, como reconhece o próprio autor:

Por sua vez, podemos indagar se as condições de participação dependem somente da existência de procedimentos juridicamente institucionalizados que possibilitem participação política. Certamente que não. Dependem também das condições de deliberação no plano da esfera pública que inclui fatores como: (i) capacidade de organização de grupos na esfera civil; e (ii) capacidade de obter e compreender informações sobre os assuntos a serem deliberados.

Tais capacidades dependem da existência de recursos (informação, tempo, dinheiro, etc) e das condições de acesso a esses recursos numa dada sociedade²⁸⁸.

Ou seja, ainda que comprovados o aumento da participação nas suas duas vias – isto é, maior presença dos entes regulados e uma maior quantidade de *inputs* destes nas suas

²⁸² BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., 2006, p. 104.

²⁸³ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit., 2017b, p. 195.

²⁸⁴ Id., op. cit., 2006b, loc. cit.

²⁸⁵ CARDOSO, Fernando Henrique. Op. cit., loc. cit.

²⁸⁶ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit., 2006b, p. 4.

²⁸⁷ Id., op. cit., 2017a, p. 173.

²⁸⁸ Ibid., p. 192.

decisões da agência –, mesmo assim pode se estar diante de agência capturada ou de um processo de decisão defeituoso, ainda que participativo²⁸⁹.

A legitimidade democrática resultante de um processo deliberativo ideal, portanto, sempre dependerá de aspectos institucionais de governança²⁹⁰, permitindo que a participação atinja o seu potencial de racionalidade²⁹¹.

Logo, as diretrizes de participação pública podem estar cumprindo o seu papel, aproximando reguladores e regulados sob um processo unificado e deliberativo de decisão. Contudo, a presença de tais mecanismos, sozinhos, é incapaz de garantir que os próprios ideais de legitimidade sejam atingidos, existindo sempre uma dependência de condições e fatores institucionais externas à deliberação.

Assim, a legitimidade dessa relação entre reguladores e regulados – que tende a ser conflitante, na maioria dos casos, com prejuízo acentuado para consumidores, que apresentam condição mais limitada de informação e deliberação²⁹² – não dependerá apenas da deliberação promovida pelos mecanismos de participação (condição necessária), mas, principalmente, dos arranjos e da qualidade do ambiente de governo que tornem essa deliberação possível e adequada²⁹³.

4.1.2 *Potencial democrático e participação efetiva*

Portanto, o primeiro problema da participação popular na regulação, de certa maneira, é reconhecido por alguns autores que enxergam nesses mecanismos a solução para o *déficit* democrático regulatório: muitas das vezes, esses instrumentos simplesmente vão demonstrar uma eficácia muito limitada na prática, dadas algumas das relações existentes entre reguladores e regulados, sendo muito difícil e/ou custosa a sua implementação perfeita²⁹⁴.

Ao se reconhecer que há uma assimetria informacional relevante, a própria confiabilidade nas opiniões dos participantes fica prejudicada, a menos que haja um empenho

²⁸⁹ Ibid., p. 7.

²⁹⁰ “On average, and as it is usually practiced, representative democracy alone does not produce “true” or “right” decisions that caters to improving human well-being when compared to nondemocratic societies”. Cf. ROTHSTEIN, Bo. **Quality of Government and Epistemic Democracy**. Revista Latinoamericana de Política Comparada 6: 2012, p. 6.

²⁹¹ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit., 2017a, p. 195.

²⁹² CRUZ, Veronica. Op. cit., p. 71-72.

²⁹³ ROTHSTEIN, Bo. Op. cit., pp. 7-8.

²⁹⁴ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit., 2006b, p. 8.,

significativo (o que representaria, novamente, altos custos e dificuldades administrativas, como reconhecido por Paulo Mattos²⁹⁵) capaz de gerar um ambiente de informação perfeita.

Contudo, pode haver problemas relativos à efetividade da participação democrática *ainda* que se imagine uma deliberação nivelada entre entes reguladores, concessionárias e consumidores.

Ou seja, mesmo munidos das informações sobre a questão analisada, podem ressurgir problemas insuperáveis de ordem cognitiva e comportamental, que impedem uma participação que realmente demonstre o melhor interesse dos usuários:

A ação consensual não é fácil, especialmente quando as pessoas têm um senso de seus próprios interesses individuais e das maneiras pelas quais agir com os outros pode entrar em conflito com projetos próprios em menor escala. Na verdade, quando isso acontece, a ação em conjunto é uma verdadeira conquista na vida social. Os teóricos da escolha social nos lembram que uma empresa comum frequentemente fundará, mesmo quando os potenciais participantes concordarem sobre o projeto e compartilharem a mesma preferência por seu sucesso. Quando uma grande população atua em alguma preocupação comum, apesar de discordar entre si sobre o que exatamente deve ser feito, essa conquista é ainda mais significativa.²⁹⁶

Nesse sentido, entes regulados podem não apenas apresentar comportamentos dissociados de modelos racionais de escolha, mas serem eles mesmos os próprios estrategicamente interessados na captura da agência reguladora²⁹⁷, ou a atuação coletiva em si inviabilizar uma deliberação ideal²⁹⁸.

²⁹⁵ Id., op. cit., 2017a, loc cit.

²⁹⁶ Tradução livre de Action-in-concert is not easy, particularly once people have a sense of themselves as individuals and of the ways in which acting with others might conflict with smaller scale projects of their own. In fact, when it actually takes place, action-in-concert is something of an achievement in human life. Social choice theorists remind us that a common enterprise will often founder even when the potential participants agree about the project and share the same preference for its success. How much more of an achievement it is, then, when a large population act together in some common concern even though they disagree among themselves what exactly is to be done. In: WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford, New York: Oxford University Press, 2004, p. 102.

²⁹⁷ “The self-interested version of rational choice theory leads to the prediction that no public goods will be produced as a result of voluntary behavior. It follows that an important role of government is to use its coercive powers to guarantee the production of public goods that make society better off than it would be without their production. There is a good deal of experimental evidence, however, that people do willingly and voluntarily contribute to the production of public goods”. Cf. ULEN, Thomas. KOROBKIN, Russell. **Law and Behavioral Science**. Removing the Rationality Assumption from Law and Economics. California Law Review, Vol. 88, 2000, pp. 1139.

²⁹⁸ WALDRON, Jeremy. Op. cit., 2004, p. 103.

Por fim, há a possibilidade de haver, simplesmente, ocasiões nas quais a participação se torna irrelevante, por se tratar de hipóteses de incerteza ou ignorância absoluta. Nesses casos, a deliberação e a apresentação dos interesses se torna desaconselhada ou desimportante²⁹⁹.

Em tais situações, a legitimidade da regulação – ou seja, o próprio fundamento de sua autoridade como norma – exigirá racionalmente que a formação de sua decisão final seja feita de maneira “não deliberadas”³⁰⁰.

Esse último ponto chama a atenção para uma nova ordem de problemas, agora voltada para o papel exercido pela democracia no conceito da legitimidade *epistêmica* da regulação: se a deliberação e a participação democrática podem ser racionalmente afastadas em privilégio de decisões autônomas, evidencia-se, assim, que há um elemento epistêmico relevante que também deve ser considerado na caracterização da legitimidade regulatória.

4.2 Participação democrática instrumental à legitimidade epistêmica

A aproximação dos entes regulados ao processo de deliberação e tomada de decisão, efetivando a *accountability* vertical do modelo regulatório, sem dúvidas, torna todo o processo mais representativo, principalmente no tocante ao grupo dos usuários.

É natural intuir que, via de regra, é desejável que mais pessoas de diferentes opiniões possam fornecer *inputs* em processos de produção normativa que as influenciarão. Quando é visualizada a questão da legitimidade por um viés teórico diferente, que prioriza a efetividade decisória, torna-se necessário demonstrar quando essas formas de participação serão capazes de aprimorar as escolhas regulatórias, para que assim as credenciais democráticas possam significar decisões legítimas³⁰¹.

Ou seja, não bastaria, como na proposta deliberativa/habermasiana de Mattos, a consideração de como a atuação regulatória se tornaria mais democrática a partir da abertura de canais de participação popular. Há que se questionar agora se há algum ganho epistêmico em relação a capacidade de decisão da agência³⁰².

²⁹⁹ POST, Robert. **Democracy, Expertise, and Academic Freedom: A First Amendment Jurisprudence for the Modern State**. New Haven: Yale University Press, 2012, p. 7.

³⁰⁰ VERMEULE, Adrian. **Law's abnegation: from law's empire to the administrative State**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016, pp. 125-154.

³⁰¹ ESTLUND, David M. **Democratic authority: a philosophical framework**. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2007. p. 8.

³⁰² Ibid., p. 9.

Dessa forma, olhando na contramão do argumento da participação popular, percebe-se que a maior deliberação, em determinadas situações, pode ser capaz de prejudicar a própria efetividade do órgão regulador, sendo, portanto, indesejada no processo decisório³⁰³.

Essa perspectiva teórica é relevante pois, como se demonstrou desde o início do trabalho, a adoção do paradigma do Estado Regulador não representa somente uma redistribuição de competências na gerência da coisa pública. Há a incorporação de uma lógica própria do funcionamento da burocracia estatal, que passa a agir não apenas condicionada a limites, mas com o intuito de atingir fins³⁰⁴.

Isso ocorre por que, mesmo em sistemas democráticos, é perfeitamente possível que se instituem órgãos cujo procedimento decisório não seja majoritário ou representativo. Ao contrário, por vezes demanda-se que tais órgãos sejam altamente verticalizados, desde que essa medida seja racionalmente capaz de produzir os resultados aos quais os respectivos órgãos se propõem:

Não há qualquer razão para supor que, em um Estado Democrático, os outros tomadores de decisão devam tomar decisões de acordo com um procedimento democrático: Pelo contrário, nós normalmente queremos que eles tomem decisões dentro de algum tipo de estrutura organizacional hierárquica, onde certos oficiais são responsáveis pelo que é decidido e o que é feito. Portanto, poderíamos dizer que, em um Estado Democrático em bom funcionamento, muitas camadas de tomada de decisão dentro do governo devem ser realizadas de forma não-democrática 305.

Por esse ângulo, então, o *déficit* democrático se tornaria um problema, no máximo, acessório³⁰⁶. Em vez de funcionarem como a base da legitimidade democrática, os mecanismos de participação passam a ser entendidos como potenciais instrumentos da legitimidade epistêmica, na medida de sua capacidade, ou não, de possibilitar uma tomada de decisão melhor instruída:

³⁰³ POST, Robert. Op. cit., p. 3.

³⁰⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Op. cit., p. 7.

³⁰⁵ Tradução livre de: “There is no reason whatsoever to assume that in a democratic state the other delegated decision makers should themselves be making decisions according to a democratic procedure: indeed, we typically want them to make decisions within some kind of hierarchical organizational structure where certain officers are ultimately accountable for what is decided and what is done. So we could say that in a well functioning democratic state, many layers of decisionmaking within the government must be carried out undemocratically”. In: NORMAN, Wayne; ANCELL, Aaron. **Business ethics, democratic theory, and the regulatory State**: merriment & diversion when regulators and the regulated meet? Conference on: Normative Ethics and Welfare Economics. Harvard Business School, 21-22, October, 2016, pp. 16-17.

³⁰⁶ Ibid., p. 15.

No campo da ciência, a liberdade e a igualdade estão ameaçadas. Nem tudo pode ser dito, nem todos podem falar e, principalmente, nem todas as falas têm igual valor. É claro que a ciência é uma prática falível e suscetível à corrupção; mas ela constitui, até hoje, a tentativa mais bem-sucedida de compreender objetivamente certos aspectos do mundo. A ciência não está – e é bom que não esteja – sujeita à construção social a partir de interesses e necessidades contingentes. Em um certo sentido, a ciência é uma violação à democracia.³⁰⁷

A participação da sociedade no processo de tomada de decisão das agências reguladoras, portanto, não esgota a questão sobre a sua legitimidade democrática³⁰⁸. Pelo contrário, ela é apenas um item dentro dos demais presentes no seu ideal de legitimidade: como visto, devem ainda ser considerados a sua capacitação epistêmica real, os seus mecanismos de governança e aparatos institucionais que possibilitam a participação adequada, a sua compatibilidade jurídica-formal com o regime político, etc.

Enfim, a própria lógica do consenso – o ambiente ideal de um processo de deliberação –, fica prejudicada ao ser analisada a partir de um paradigma finalístico, como analisa Waldron:

O que é essa lógica? Implica, primeiro, que o consentimento é dado por razões. Se formos realmente sérios sobre basear a obrigação política e a legitimidade no consentimento, então essas razões fornecem a base de nossa explicação sobre o que é a sociedade civil. Se eu consentir em fazer parte de uma organização para promover as metas X e Y, não posso me comprometer com a decisão daquela organização de promover algum objetivo bem diferente Z. (...) Da mesma forma, se eu consentir em fazer parte de uma organização para promover objetivos X e Y, essa organização perde sua legitimidade consensual se ela age de uma maneira que é patentemente destrutiva de X e Y. ³⁰⁹

Ou seja, o consenso e a deliberação interna podem ser considerados como fontes da legitimidade, mas não se pode omitir que esses elementos são precedidos pela determinação de fins a serem atingidos. Logo, ainda que o consenso tenha se dado de maneira ideal, a legitimidade permanece atrelada a uma noção teleológica daquela organização sob análise³¹⁰.

³⁰⁷ HERDY, Rachel. **Quando a ciência está em jogo, a democracia não importa**. In Falcão, Joaquim; Arguelles, Diego Werneck; Recondo, Felipe (orgs.). **Onze Supremos: O Supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 46.

³⁰⁸ NORMAN, Wayne; ANCELL, Aaron. Op. cit., p. 15.

³⁰⁹ Tradução livre de: “What is this logic? It entails, first, that consent is given for reasons. If we are really serious about basing political obligation and legitimacy on consent, then those reasons provide the basis of our account of what civil society is for. If I consent to be part of an organization to promote goals X and Y, I cannot be bound by that organization's decision to promote some quite different objective Z. (...) Similarly, if I consent to be part of an organization to promote goals X and Y, that organization loses its consensual legitimacy if it acts in a way that is patently destructive of X and Y”. In: WALDRON, Jeremy. **Dignity of Legislation**. Cambridge University Press, p. 142.

³¹⁰ Ibid., p. 143.

Tendo em vista, afinal, que o fim último da própria instituição do Estado Regulador é o aprimoramento e sofisticação das decisões de sua burocracia estatal³¹¹, mesmo considerando a sua dimensão democrática, autores dessa corrente defendem que a verdadeira questão a ser respondida é a oposta: por que, e até que ponto, a estrutura regulatória *deve* ser democrática?³¹²

Ao se deparar com esse problema, os autores que defendem concepções de democracia epistêmica buscam demonstrar que processos democráticos, quando utilizados como procedimentos de decisão, não só oferecerem um valor intrínseco de justiça (“*fairness*”), mas também, em boa parte do tempo, fornecem vantagens relevantes do ponto de vista epistêmico³¹³.

Com isso, sob o ponto de vista de tal referencial teórico, a participação popular inevitavelmente passa a não ser mais o elemento definitivo da legitimidade das medidas regulatórias, e sim a capacidade dessa participação em criar uma deliberação que “se aproxime da Verdade” e cria uma maior aceitabilidade social, comparativamente a outros métodos de decisão³¹⁴.

Somente com base em uma noção necessariamente abrangente da legitimidade democrática, portanto, que se permitirá condicionar a agência ao exercício legítimo de sua função na prática. Tal modelo de legitimidade democrática teria que incorporar, simultaneamente, a participação efetiva, a qualificação técnica e imparcialidade de seus membros, uma forma de responsabilização/*accountability* capaz de evitar processos de captura, a identificação de novos arranjos positivos de governança, etc³¹⁵.

Na conclusão de seu “Procedimentalizando a Regulação: Parte II”, a autora Julia Black, após apresentar o seu sentido “amplo” de deliberação, indica uma variedade de perguntas ainda em aberto na relação entre ela – que, em condições ideais de discurso, formaria a base da legitimidade do Direito – e a regulação como técnica.

³¹¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Op. cit., 1998, p. 80.

³¹² ANCELL, Aaron. **Democracy isn't that smart (but we can make it smarter)**: on Landemore's democratic reason. *Episteme*, 14(2), 2016, pp. 161-175.

³¹³ ESTLUND, David M. Op. cit., pp. 8-9. Para uma descrição do debate acerca da capacidade de procedimentos democráticos fornecerem elementos também para a legitimidade epistêmica de instituições jurídicas, cf. ³¹³ SCHWARTZBERG, Melissa. **Epistemic Democracy and Its Challenges**. *Annu. Rev. Polit. Sci.* 2015. 18:187–203. First published online as a Review in Advance on March 5, 2015.

³¹⁴ SCHWARTZBERG, Melissa. Op. cit., p. 198.

³¹⁵ ROTHSTEIN, Bo. Op. cit., p. 3.

Em uma delas, questiona se “os requisitos cognitivos das técnicas de regulação procedimental são enfraquecidos pela deliberação aberta (...)”³¹⁶. O mesmo questionamento impulsiona a obra de Cass Sunstein, que busca demonstrar em que situações a noção de democracia deliberativa deixa de servir ao seu propósito de resolver as questões colocadas em pauta:

É um fato social que, às vezes, pessoas entram em discussões com uma visão e saem com outra, mesmo em questões políticas e morais. Enfatizando este fato, muitos observadores recentes abraçaram a aspiração à democracia deliberativa, um ideal que é projetado para combinar capacidade de resposta popular com um alto grau de reflexão e troca entre pessoas com visões concorrentes. Mas quais são as consequências reais da deliberação? Em uma democracia constitucional, como a deliberação pode ser feita para funcionar bem? Quando e porque funciona mal? ³¹⁷

Assim, passa-se no capítulo final, à conjugação das dimensões da legitimidade regulatória apresentados até então.

Como reconhecido pelo próprio Paulo Mattos, as discussões acerca da legitimidade de determinada forma de atuação estatal recairão, obrigatoriamente, numa discussão entre teorias sobre a democracia³¹⁸. A depender da valorização que cada teoria faz sobre elementos próprios do seu conceito de democracia, emergirá uma forma própria de legitimidade democrática, que poderá dar maior relevância à deliberação social, à consecução de interesses privados, à satisfação de problemas regulatórios específicos, etc³¹⁹.

A partir desse dilema, busca-se, no capítulo derradeiro, um modelo capaz de indicar um referencial “metateórico”³²⁰, que busque visualizar os valores mínimos que compõem a democracia deliberativa e indicar os trade-offs existentes na promoção de cada um deles na prática da reforma institucional (realidade da qual o Estado Regulador faz parte³²¹). Esse é o objetivo da obra *Mechanisms of Democracy* do autor Adrian Vermeule, que será explorada a seguir.

³¹⁶ BLACK, Julia. **Procedimentalizando a regulação** (parte II). In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit., 2006c, p. 202.

³¹⁷ Tradução livre de: “It is a simple social fact that sometimes people enter discussions with one view and leave with another, even on political and moral questions. Emphasizing this fact, many recent observers have embraced the aspiration to deliberative democracy, an ideal that is designed to combine popular responsiveness with a high degree of reflection and exchange among people with competing views. But what are the real-world consequences of deliberation? In a constitutional democracy, how can deliberation be made to work well? When and why does it work poorly?” In: SUNSTEIN, Cass. **Designing democracy: What constitutions do**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 14.

³¹⁸ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit., 2017a, p. 166.

³¹⁹ Ibid., pp. 166-167.

³²⁰ VERMEULE, Adrian. Op. cit., 2007, p. 4.

³²¹ Ibid., p. 5.

5 LEGITIMIDADE COMO DILEMA ENTRE TEORIAS DA DEMOCRACIA

Resolver os problemas até aqui apresentados remonta a uma redefinição do próprio exercício de classificar atuações públicas como legítimas ou ilegítimas³²².

No fundo, o que se está buscando com o “teste” da legitimidade de determinada instituição nada mais é que a identificação de quais os elementos próprios que tornam o ato público exigível para uma determinada comunidade, de acordo com uma diversidade de critérios presentes em sua cultura jurídica (participação social, justiça, segurança, eficiência, etc.)³²³.

A controvérsia acerca da legitimidade democrática do Estado Regulador está condicionada, no fundo, não apenas à solução de conflitos entre razões subjacentes ao Direito (segurança jurídica, deliberação democrática, eficiência decisória³²⁴), mas entre teorias sobre a democracia³²⁵.

Isso ocorre porque, como visto, não se pode falar que o Direito atua decisivamente na definição da legitimidade da estrutura regulatória *em si*, mas como a base a partir da qual as outras dimensões da legitimidade vão entrar em conflito³²⁶.

Esse dilema fica evidente quando apresentado, no capítulo anterior, que concepções diferentes sobre a democracia (entre interpretações deliberativa e epistêmica) conduzem a modos diversos de se enxergar quais são os elementos definitivos que compõem a legitimidade democrática dos procedimentos regulatórios.

Desse modo, a forma de dirimir tal questão sem que se faça uma escolha por determinada teoria é a apresentação de denominadores comuns, a partir dos quais seja permitida a compreensão dos *trade-offs* em jogo na predileção pelos valores respectivos. Essa é a proposta de Adrian Vermeule, em sua obra *Mechanisms of Democracy*³²⁷, que informa o capítulo que se segue.

³²² PETER, Fabienne, "**Political Legitimacy**", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.), 2017. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/legitimacy/>.

³²³ Idem.

³²⁴ Idem.

³²⁵ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit., 2017a, p. 166.

³²⁶ VERMEULE, Adrian. Op. cit., 2015, p. 21.

³²⁷ VERMEULE, Adrian. **Mechanisms of Democracy**. Institutional Design Writ Small. Oxford University Press, 2007.

A democracia representativa, por natureza, vai motivar discussões ilimitadas sobre qual seria o modelo ideal de organização social e política que deve ser adotado num Estado de Direito, especialmente em se tratando de reformas em larga escala³²⁸.

São identificadas, todavia, dois grandes ramos teóricos que influenciam com maior intensidade os debates acerca da democracia jurisdicional americana: as formas de democracia liberal (ou pluralista) e republicana (ou comunitarista)³²⁹.

A partir dessas duas formas de interpretar o procedimento democrático³³⁰, o filósofo Jürgen Habermas reconstrói o debate para apresentar uma terceira, fundamentada em sua teoria da racionalidade comunicativa³³¹. Essa via alternativa influencia também a interpretação do Estado Regulador brasileiro realizada por Paulo Mattos³³². É a partir de tal fonte que serão descritas as características de cada uma das vertentes, além de seus valores comuns.

O liberalismo ou pluralismo, por definição, crê que o objetivo do processo democrático é a “programação” do Estado no interesse público da sociedade³³³. Assim, a “formação da vontade política dos cidadãos” agiria de modo a agregar os diferentes interesses privados e submetê-los à concretização pelo Estado, organização que seria equipada para se utilizar do poder político para promover fins coletivos³³⁴.

Assim, pluralistas acreditam que o poder político é distribuído entre os diversos grupos de interesse, que se organizam para levar seus objetivos ao Ente Público. A qualidade ou o grau desse acesso ao Estado, então, sofre variações de acordo com a força econômica particular de um grupo de interesse³³⁵.

A função dos representantes seria, portanto, supervisionar o “mercado de ideias” que se constituiria no meio público, agregando as informações ali produzidas e conduzindo a burocracia estatal, contexto a partir do qual se desenvolve a teoria das agências reguladoras³³⁶.

No entanto, com o desenvolver dessas teorias, pluralistas passam a se tornar mais desconfiados da atuação do Ente Público, surgindo, assim, teorias que vêem também no agente regulador um ator interessado.

³²⁸ Ibid., p. 1

³²⁹ HABERMAS, Jürgen. **Três modelos normativos de democracia**. Lua Nova, n. 36, 1995, p. 39.

³³⁰ Idem.

³³¹ Ibid., p. 44.

³³² MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit., 2017a, p. 185.

³³³ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 39.

³³⁴ Idem.

³³⁵ SUNSTEIN, Cass. **Interest groups in american public law**. N. 38, Stanford Law Review 29, 1985, p. 31.

³³⁶ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit., 2017a, p. 167.

Em sua atuação buscando os próprios interesses, o agente público tem a potencialidade de produzir falhas de governo significativas em sua organização do debate público, ocasião na qual a regulação é desaconselhada³³⁷.

É a partir dessa base teórica, então, que se desenvolvem as teorias que se preocupam especificamente com desenhos institucionais e teorias da escolha, que vão buscar explicar como determinados agentes se comportarão em dados ambientes³³⁸

Já os republicanos ou comunitaristas, por sua vez, creem na existência de um "interesse público" ou "bem comum" ontologicamente diferente do conjunto dos interesses privados da sociedade civil³³⁹. Assim, há uma concepção particular de vida ética que deve informar os interesses tutelados pelo Estado, que atuará, por meio de seus representantes, como "curador" desse ideal de interesse público³⁴⁰.

Com isso, comunitaristas enxergam uma função política mais abrangente no Estado: não mais há uma preocupação com a garantia dos direitos reclamados pelos diferentes grupos de interesse, mas há uma atuação na "garantia de um processo inclusivo de formação de opinião e da vontade políticas em que cidadãos livres e iguais se entendem acerca de que fins e normas correspondem ao interesse comum de todos"³⁴¹.

Com base nesse dilema entre as diferentes visões, Jürgen Habermas enxerga como uma vantagem a perspectiva republicana de privilégio à deliberação comunitária e na formação comunicativa dos fins coletivos que devem ser perseguidos pela Administração³⁴².

Contudo, o autor é descrente do idealismo excessivo que compõe essa concepção de bem comum por parte dos comunitaristas, muito influenciados por tradições universalistas de pensamento³⁴³. Por esse motivo Habermas defende uma construção deliberativa do ideal de interesse coletivo, por meio do próprio procedimento que informará o Direito³⁴⁴.

Portanto, vê-se uma preocupação com as próprias condições a partir das quais o diálogo tornar-se-á possível, ainda que o problema central a ser enfrentado seja a "circulação

³³⁷ Estão inseridas nesse contexto as teorias da public choice e da captura, exemplificadas pelos trabalhos de George Stigler e Harold Demsetz. Cf. DEMSETZ, Harold. Op. cit.; STIGLER, George. **Teoria da Regulação Econômica**. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (org). Op. cit., 2017b.

³³⁸ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit., 2017a, pp. 158-159.

³³⁹ SUNSTEIN, Cass. Op. cit., 1985, pp. 31-32.

³⁴⁰ Ibid., p. 32.

³⁴¹ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., pp. 39-40.

³⁴² MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit., 2017a, p. 173.

³⁴³ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 40.

³⁴⁴ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit., p. 186.

de poder político” promovido pela deliberação pública na construção da (i)legitimidade democrática do conteúdo da regulação³⁴⁵.

5.1 Denominadores comuns e valores institucionais da democracia

Por fim, volta-se foco para o que Vermeule chama de "valores da democracia": elementos comuns que informam os processos decisórios, mesmo em pequena escala, e lidam com problemas relativos à legalidade e separação de poderes, a qualificação dos órgãos de decisão e a participação popular³⁴⁶.

Vermeule reconhece que há uma miríade de teorias sobre o funcionamento institucional da democracia representativa moderna. Desse modo, cada uma delas vai apresentar um conteúdo diverso do que considera um conceito abrangente de legitimidade democrática³⁴⁷. Todavia, elas compartilhariam, ainda que em diferentes graus, fundamentos básicos que a permitiriam ser inseridas no mesmo conjunto de “teorias sobre a democracia”.

Primeiramente, há um vínculo entre os ideais democráticos e o processo de produção normativa. Esse se daria na medida em que regras jurídicas seriam sempre avaliadas a partir de valores subjacentes da "cultura jurídica", que se manifestam de diferentes formas nos casos particulares (mas guardam, em essência um conteúdo universal)³⁴⁸. Uma norma em questão será considerada legítima, então, sempre em função da maneira e do contexto a partir do qual ela surge.

Logo, afasta-se novamente a noção de que a participação em eleições ou processos deliberativos, no vácuo, seria bastante para fundamentar a autoridade das normas produzidas pelos seus representantes³⁴⁹. Contudo, mesmo Jeremy Waldron, um autor de raiz positivista, se utiliza de um vocabulário rawlsiano para demonstrar que há determinadas *circunstâncias* que devem estar presentes no processo político:

As circunstâncias da Justiça são aqueles aspectos da condição humana, como a escassez moderada e o altruísmo limitado dos indivíduos, que fazem justiça como uma virtude e uma prática possíveis e necessárias. Podemos dizer, em termos semelhantes, que a necessidade sentida entre os membros de um determinado grupo

³⁴⁵ Ibid., p. 187.

³⁴⁶ VERMEULE, Adrian. Op. cit., 2007.

³⁴⁷ Ibid., p. 12.

³⁴⁸ SUNSTEIN, Cass. Op. cit., p. 200

³⁴⁹ WALDRON, Jeremy. Op cit., 1999, p. 100.

de um quadro comum ou decisão ou curso de ação sobre algum assunto, mesmo em face de desacordo sobre o que esse quadro, decisão ou ação deve ser, são as circunstâncias da política. 350

Ou seja, apesar da importância do contexto fático na definição dos pressupostos que informarão o procedimento de decisão coletiva, há certos pressupostos lógicos que serão universais a todo e qualquer procedimento deliberativo.

Uma das circunstâncias abordadas por Waldron, dessa forma, será o pano de fundo comum sobre o qual far-se-á a deliberação: é essencial para a própria comunicação entre os participantes da deliberação que eles possam identificar elementos comuns no discurso³⁵¹.

Ademais, o procedimento de decisão coletiva, seja ele qual for, depende logicamente de i) um curso comum de ação possível de ser atingido, sem o qual a deliberação é inútil e ii) a possibilidade de discordâncias, sem as quais a deliberação é impossível³⁵².

Enfim, ainda que se dispute partes do seu conteúdo, sem a determinação de uma estrutura principiológica comum, o processo de deliberação seria impossibilitado em face das próprias premissas de tomada de ação conjunta.

Acredito que eles [as circunstâncias da política] são essenciais para entender muitas das virtudes distintamente políticas, tais como a civilidade, a tolerância à dissidência, a prática da oposição leal e - não menos importante - o estado de direito. Certamente, eles são indispensáveis para nossa compreensão das regras processuais de decisão, como a decisão da maioria, e as concomitantes ideias de autoridade, obrigação e respeito.³⁵³

O que Vermeule tenta demonstrar, em sua obra, é a existência ainda de denominadores materiais comuns nos próprios modelos de democracia representativa, quando estes buscam institucionalizar os seus meios de tomada de decisão³⁵⁴.

³⁵⁰ Tradução livre de: "The circumstances of justice are those aspects of the human condition, such as moderate scarcity and the limited altruism of individuals, which make justice as a virtue and a practice both possible and necessary. We may say, along similar lines, that the felt need among the members of a certain group of a common framework or decision or course of action on some matter, even in the face of disagreement about what that framework, decision or action should be, are the circumstances of politics." In: Id., **Law and Disagreement**. Oxford, New York: Oxford University Press, 2004, p. 102.

³⁵¹ Idem.

³⁵² Ibid., pp. 102-103.

³⁵³ Tradução livre de: I believe they [the circumstances of politics] are essential for understanding many of the distinctively political virtues, such as civility, the toleration of dissent, the practice of loyal opposition, and – not least – the rule of law. Certainly they are indispensable for our understanding of procedural decision-rules, like majority-decision, and the concomitant ideas of authority, obligation and respect. Idem.

³⁵⁴ Ibid., p. 5.

A partir de uma lógica negativa, o autor afirma que qualquer um que negar a necessidade de qualquer um desses valores, seja ele um pluralista ou comunitarista, não poderá se autodeclarar um democrata:

Vou propor mecanismos que promovam quatro valores fundamentais do constitucionalismo democrático: imparcialidade, *accountability*, transparência e deliberação. Esses valores, sugiro, formam algo como um denominador comum entre os democratas de diferentes faixas. Embora cada um deles possa ser especificado de maneiras diferentes, e embora cada um seja controverso em alguns setores, qualquer um que rejeitasse todos eles simultaneamente como objetivos básicos do desenho institucional deixaria de ser um democrata reconhecível.³⁵⁵

Dessa maneira, como base comum, os mecanismos utilizados na elaboração de normas devem buscar garantir a promoção de quatro valores: i) imparcialidade, ii) transparência, iii) deliberação e iv) *accountability*. A partir disso, os mecanismos da democracia são caracterizados como pequenos arranjos que fornecem a estrutura, em baixa escala, do processo de normatização das instituições da democracia constitucional³⁵⁶.

Portanto, diferentes teorias sobre a democracia representativa³⁵⁷, por sua vez, exigirão que as regras sejam feitas usando, respectivamente, i) procedimentos transparentes ii) que promovam a deliberação e iii) sejam formulados por instituições que são imparciais e iv) diretamente responsáveis pelas regras produzidas, se quiserem ser reconhecidos, legitimamente, como Direito.

Vermeule tem como o foco de seu trabalho, portanto, identificar como diferentes arranjos institucionais promoveriam os quatro valores da democracia constitucional. Assim, todas as suas propostas de reforma teriam como objetivo último a tentativa de promover um ou mais desses valores fundamentais que estariam presentes em qualquer modelo de democracia³⁵⁸.

³⁵⁵ Tradução livre de: "I will propose mechanisms that advance four core values of democratic constitutionalism: impartiality, accountability, transparency, and deliberation. These values, I suggest, form something like the common ground among democrats of differing stripes. Although each of them can be specified in different ways, and although each is controversial in some quarters, anyone who rejected all of them simultaneously as basic aims of institutional design would cease to be a recognizable democrat" In: Ibid., p. 4.

³⁵⁶ Idem.

³⁵⁷ Para uma descrição detalhada sobre as particularidades das teorias sobre a democracia representativa, v. POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism, And Democracy**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003, pp. 130 e ss.

³⁵⁸ VERMEULE, Adrian. Op. cit., 2007, p. 6.

O primeiro de tais valores é a *imparcialidade*. A partir de tal valor, se enfatizaria que os membros da Administração Pública seriam vedados de atuar de maneira interessada, às custas do resto da comunidade política³⁵⁹.

Com isso, criar-se-ia como consequência a necessidade de instrumentos de prestação de contas, de forma a tornar funcionários do governo responsáveis perante a comunidade política por suas ações e escolhas. Essas medidas se consubstanciariam no segundo valor da democracia, a *accountability*³⁶⁰.

O valor da *transparência*, por sua vez, está também ligado à forma como a sociedade civil se relaciona com os processos decisórios dos agentes públicos, preconizando que as formas de tomada de decisão política devem estar abertas a alguma forma de escrutínio popular³⁶¹.

Finalmente, a *deliberação* aprofunda ainda mais essa relação entre administradores e administrados, ao prever que o processo político deve trazer consigo a troca de informações, ideias e opiniões por agentes governamentais e a sociedade civil³⁶².

Portanto, ainda que os diferentes teóricos democráticos, de vertentes mais comunitaristas ou liberais, discutam a natureza específica e os limites que devem ser obtidos em cada um desses valores, existe um consenso geral de que cada um é de tais valores fundamentais representa um elemento essencial para a consolidação da legitimidade institucional num ambiente democrático³⁶³.

A partir daí, é na forma como cada um desses valores é promovido nos procedimentos normativos que se avaliará a sua conformidade com a democracia participativa³⁶⁴.

Essa determinação, todavia, não se dá de forma expressa, sendo lida como uma norma abstrata que disciplina algo como: “ao decidirem, agentes reguladores deverão levar em consideração os valores de imparcialidade, transparência e *accountability*”³⁶⁵.

Pelo contrário, o objetivo proposto por Vermeule está na modulação das próprias características institucionais e instrumentos de governança do órgão como uma maneira de instruir decisões alinhadas aos valores da democracia, razão pela qual são denominados “mecanismos”³⁶⁶.

³⁵⁹ Ibid., p. 5.

³⁶⁰ Ibid., p. 6.

³⁶¹ Idem.

³⁶² Idem.

³⁶³ Ibid., p. 7.

³⁶⁴ Ibid., p. 6.

³⁶⁵ Ibid., p. 5.

³⁶⁶ Idem.

Por exemplo, os instrumentos referentes ao valor da responsabilização ou *accountability* devem ser utilizados com o objetivo de garantir que legisladores e administradores responsáveis pelas regras regulatórias devem responder por suas decisões.

Tais processos de responsabilização em muito se assemelham aos modelos sugeridos por Paulo Mattos para definir as formas de *accountability*: por meio de mecanismos de participação (*accountability deliberativa vertical*), a votação (*accountability vertical*) e supervisão parlamentar com possibilidade de revisão judicial (*accountability horizontal*)³⁶⁷.

Assim, seria papel do desenho institucional dos órgãos regulatórios determinar a intensidade a partir da qual os valores de deliberação, imparcialidade, transparência e *accountability* deverão ser considerados no método de produção da norma específico a ele, a partir do qual será determinada a sua legitimidade³⁶⁸.

Ou seja, cada teoria, que apresenta preferências próprias por cada um dos valores apresentados, vai privilegiar a sua promoção em contraposição à diminuição dos outros deles. Essa interação e trocas entre diferentes valores pode ser vislumbrada em diferentes situações práticas.

No Brasil, por exemplo, viu-se que não há uma estrutura unitária e previsível de *accountability* para o setor regulatório³⁶⁹. Com efeito, há uma diferença significativa observada nas formas de responsabilização existentes entre setores regulados diversos³⁷⁰.

Tal diversidade sugere, assim, a influência que o objeto regulado pode exercer sobre o próprio desenho institucional da agência reguladora³⁷¹. Por essa razão, o investimento em formas de *accountability*, sejam quais forem, tende a promover julgamentos e tomadas de decisão menos arbitrárias. Entretanto, ao se analisar as opiniões de entes regulados sobre processos de responsabilização, em geral há uma indiferença às práticas adotadas pelas agências, sendo ainda mais reduzido o interesse em processos disciplinares³⁷²³⁷³.

³⁶⁷ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit., 2017, pp. 213-214.

³⁶⁸ Ibid., p. 12

³⁶⁹ ABRUCIO, Fernando Luiz; PÓ, Marcos Vinícius. **Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e accountability das agências reguladoras brasileiras**: semelhanças e diferenças. In: Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro: v. 40, n. 4, jul/ago. (2006), p. 688.

³⁷⁰ Ibid., pp. 696-697.

³⁷¹ Ibid., p. 689.

³⁷² VERMEULE, Adrian. Op. cit., 2007, p. 56

³⁷³ SILVA, Mariana Batista da. **Mecanismos de participação e atuação de grupos de interesse no processo regulatório brasileiro**: o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). In: Rev. Adm. Pública [online]. 2012.

Em relação às formas de deliberação e transparência, interessa, novamente, tratar os valores conjuntamente. Isso ocorre porque, como identifica Vermeule, em geral haverá um *trade-off* entre eles: para que determinados procedimentos deliberativos funcionem adequadamente, seria interessante uma “cobertura” dessa participação, ao menos de imediato³⁷⁴.

A tomada de decisões de maneira transparente é, por óbvio, uma condição necessária para responsabilizar os agentes públicos que agem em desacordo à sua função. No entanto, é possível que o próprio Estado oculte legitimamente certos fatos, como questões de segurança nacional.

Assim, transparência em demasia pode prejudicar a própria deliberação. Assim, o autor sugere um mecanismo de transparência postergada, pretendendo criar um sistema no qual há um acesso amplo às informações, ao mesmo tempo em que se incentiva a deliberação desembaraçada³⁷⁵.

A preocupação com os *trade-offs* entre transparência e deliberação existe também no Brasil, em geral destacados nos debates jurisdicionais acerca da norma da publicidade e seus limites em face do interesse público³⁷⁶.

Todavia, existem, em geral, poucos mecanismos que se preocupam de fato em promover a transparência no processo de elaboração de regras. Como visto, o modelo de agências brasileiro ainda sofre com problemas relevantes de acesso à informação³⁷⁷.

³⁷⁴ VERMEULE, Adrian. Op. cit., 2007, p. 6.

³⁷⁵ Ibid., p. 193.

³⁷⁶ RODRIGUES, João Gaspar. **Publicidade, transparência e abertura na administração pública**. Revista de Direito Administrativo (RDA), 2013, Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/32142/30937>>

³⁷⁷ SANTOS, Luiz Alberto dos. **Desafios da governança regulatória no Brasil**. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. Op cit., p. 178.

6 CONCLUSÃO: VALORES COMUNS COMO METATEORIA DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Munidos dos argumentos apresentados em cada uma das formas de enxergar a legitimidade das agências reguladoras, passa-se, afinal, à delimitação dos contornos que tal conceito pode apresentar no cenário regulatório pós-Constituição de 1988.

A discussão sobre as agências reguladoras, no fundo, remete ao questionamento de como o Estado de Direito, sob essa nova perspectiva regulatória, *procedimentaliza* o conflito entre a *accountability* democrática e o “rastreamento” das melhores respostas disponíveis a problemas práticos³⁷⁸. A construção da norma reguladora, então, seria a organização de tais ideais sob um formato jurídico adequado³⁷⁹.

Foram visualizadas, dessa forma, três grandes forças conflitantes no núcleo da legitimidade no Estado Regulador: i) a compatibilidade jurídico-formal; ii) a eficiência; iii) a democracia participativa³⁸⁰.

Em relação ao primeiro elemento, há uma defesa de valores como a segurança jurídica, o respeito às instâncias superiores de controle e a consistência interna do ordenamento³⁸¹.

Já o segundo elemento se direciona ao aspecto teleológico da estrutura regulatória. Como o fundamento de toda a regulação é a consecução de fins públicos previamente estabelecidos, a sua legitimidade deve ser julgada a partir de sua capacidade de consumá-los eficientemente, a partir da sofisticação de expertise de seus membros e a elaboração de um desenho institucional que informe uma melhor decisão aos problemas enfrentados³⁸².

Viu-se, todavia que justificar a legitimidade da estrutura regulatória apenas pela sua compatibilidade às normas jurídicas é insuficiente. Dados os objetivos próprios da regulação – um modelo de normas que se direciona à consumação de fins específicos – esse tipo de exercício seria apto a, no máximo, fornecer respostas contingenciais.

Pela mesma razão, viu-se que não basta o apelo à legitimidade pela eficiência nos resultados obtidos e na superioridade epistêmica do desenho institucional das agências reguladoras. Sem a existência de um critério externo forte de avaliação, criam-se problemas

³⁷⁸ BLACK, Julia. **Procedimentalizando a regulação** (parte II). In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Regulação econômica e democracia: o debate europeu**. São Paulo: Singular, 2006c, p. 202.

³⁷⁹ Ibid., pp. 202-203.

³⁸⁰ VERMEULE, Adrian.

³⁸¹ MENDES, Conrado Hübner. Op. cit., p. 125.

³⁸² POST, Robert. Op. cit., p. 6.

para essa forma de legitimidade, desde a criação de presunções falseáveis acerca a capacidade epistêmica das agências³⁸³ e a dificuldade de determinação de quais seriam os parâmetros a serem atingidos por esse ideal de eficiência³⁸⁴.

Ademais, o afastamento demasiado dos entes regulados, com um insulamento excessivo da agência, tende a facilitar processos de captura e causar um descolamento do interesse público, dado o enfraquecimento da sua *accountability* deliberativa³⁸⁵.

Por fim, a dimensão democrática surge como uma forma de controle externo dos parâmetros estabelecidos pela regulação e sua aproximação do interesse público. Os entes regulados atuam, assim, conjuntamente à elaboração da própria norma que os regula, reduzindo o *déficit* democrático do agente regulador e validando as suas decisões participando do próprio processo decisório.

Contudo, há diferentes dimensões também sobre a democracia. Algumas teorias defendem a legitimidade democrática com base na sua função de agregação de diferentes pontos de vista e na vinculação da regulação a um cidadão por um norma que ele próprio participou na sua construção deliberativa. Outras teorias buscarão discutir a democracia pelo seu papel no elemento epistêmico da legitimidade, já que o próprio procedimento de decisão estabelecido pela democracia seria determinante na qualidade das decisões.

Tais valores, invariavelmente, apresentarão pontos conflitantes em sua concretização³⁸⁶. No entanto, na extração de denominadores comuns, é possibilitada a interpretação da legitimidade tendo em vista todo o seu aspecto multidimensional.

Entretanto, ainda que necessária a criação de um modelo de *accountability* fundamentada na participação social, viu-se que ele também pode apresentar problemas em sua definição. Ao ser criado um modelo de participação muito rígido, baseado apenas em dados referentes ao comparecimento do público e à consideração dos *inputs* dos entes regulados no processo decisório, é criado, potencialmente, um sistema no qual a exigência de deliberações democráticas não contribui³⁸⁷ ou mesmo prejudica o processo decisório³⁸⁸.

³⁸³ LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Op. cit., pp. 192-213.

³⁸⁴ Idem.

³⁸⁵ CRUZ, Veronica. Op. cit., p. 83.

³⁸⁶ VERMEULE, Adrian.

³⁸⁷ ANCELL, Aaron. Op. cit., p. 6.

³⁸⁸ Id., **Democracy isn't that smart (but we can make it smarter)**: on Landemore's democratic reason. *Episteme*, 14(2), 2016, pp. 161-175.

Ou seja, é criada a necessidade de uma meta-teoria sobre a democracia que permita a adoção de outros elementos institucionais, como forma de garantir ao exame de legitimidade resultados mais condizentes com o que se espera de uma decisão regulatória.

O primeiro problema aparente relacionado a esse modelo é simples: ainda que haja um consenso muito superficial sobre os valores a serem promovidos pela democracia, esse denominador comum nunca vai *existir*, na prática³⁸⁹.

Como visto, a consideração dos modelos de instituições que favorecem determinados valores democráticos, como o próprio Vermeule reconhece, não pode ser feito em abstrato³⁹⁰.

Novamente, essas normas devem ser utilizadas experimentalmente, na medida em que seus resultados práticos se coadunem com o plano teórico. Dessa forma, a constatação de uma falha de um mecanismo na promoção de um dos 4 valores não invalidaria a lógica subjacente, apenas indicaria que deve ser adotado mecanismo diverso para promover aquele mesmo fim³⁹¹.

Com isso, cada teórico, em sua escola de pensamento, advogará por um determinado *grau* mais elevado na promoção de um dos valores, de uma maneira inegociável.

Por exemplo, autores pluralistas defenderão sempre a prioridade da adoção de mecanismos de participação social e uma menor importância de julgamentos imparciais. De fato, mesmo o mais radical dentre eles reconhecerá a importância residual de *alguma* forma de insulamento institucional como forma de impedir atuações em interesses próprios do agente regulador³⁹².

Contudo, essa dissonância entre teorias seria o bastante para tornar o modelo de Vermeule trivial: *sempre* se verificará alguma forma de promoção dos seus valores em discussões democráticas. Isso não seria suficiente, então para discernir entre maneiras corretas ou não de legitimar a instituição sob análise.

Ou seja, ao serem adotadas as definições *magras* de cada um desses elementos da democracia, é possível afirmar que eles deverão, necessariamente, estar presentes, em algum grau, no procedimento de produção da norma³⁹³.

A forma como o autor se utiliza para evitar esse problema, entretanto, é a própria razão pela qual sua teoria é interessante para lidar com o problema da legitimidade regulatória.

³⁸⁹ Ibid., p. 10.

³⁹⁰ Ibid., p. 195.

³⁹¹ Ibid., p. 5.

³⁹² Ibid., p. 6.

³⁹³ VERMEULE, Adrian. Op. cit., 2007, p. 20,

Vermeule, ao definir os valores comuns à qualquer teoria democrática, não tenta construir a sua própria teoria de democracia, que tornaria as demais obsoletas.

Pelo contrário, a visão geral dos valores “denominador comum”, em suas dimensões processuais e institucionais, são eficientes ao criar o *framework* comum citado por Waldron³⁹⁴, permitindo assim uma metadeliberação acerca dos valores que devem ser preenchidos em cada discussão acerca da legitimidade de uma entidade regulatória.

Assim, sequer é possível que as teorias sobre cada uma das formas de democracia deliberativa chegue a um consenso sobre institutos ideais para promover os valores fundamentais de deliberação, imparcialidade, transparência e *accountability*. Nenhum dos mecanismos institucionais funciona plenamente na prática ou está livres de custos de implementação.

Pelo contrário, demonstrou-se em diversos momentos que os mecanismos de direito constitucional e administrativo existentes devem ser analisados em sua prática, pois não pode sequer ser previsto adequadamente o seu funcionamento.

Assim, o objetivo de fornecer essa visão geral foi mais modesto. Buscou-se ressaltar que as teorias da legitimidade, assim, como os mecanismos institucionais de Vermeule, apresentam incoerências no momento de justificar um fenômeno complexo como o da regulação.

Abarca-se, desse modo, tanto as preocupações acerca da segurança jurídica e de mecanismos de *checks and balances* presentes na legitimidade jurídico-formal, a capacidade de promoção eficiente e adequada de fins constitucionais pré-estabelecidos e a formação de processo deliberativo capaz de manter um sistema rígido de responsabilização e *accountability*.

Enfim, conclui-se ser vantajoso estabelecer um “vocabulário” comum para as discussões sobre a legitimidade democrática, de modo a filtrar se a norma analisada, antes de tudo, deve ser feita usando procedimentos transparentes; que promovam a deliberação; e sejam formulados por instituições (e os indivíduos que as compõem) que são imparciais e se há a possibilidade, em seu procedimento, de responsabilização de seus agentes.

³⁹⁴ WALDRON, Jeremy. Op. cit., 1999, p. 102.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRUCIO, Fernando Luiz; PÓ, Marcos Vinícius. **Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e accountability das agências reguladoras brasileiras**: semelhanças e diferenças. In: Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro: v. 40, n. 4, jul/ago. (2006)

ANCELL, Aaron. **Democracy isn't that smart (but we can make it smarter)**: on Landemore's democratic reason. Episteme, 14(2), 2016, pp. 161-175.

ARAGÃO, Alexandre de. **A legitimação democrática das agências reguladoras**. In: BINENBOJM, Gustavo (org.). Op. cit., 2006.

ARGUELHES, Diego Werneck; FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luis Fernando. **Jurisdição, incerteza e Estado de direito**. Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte, v. 243, set./dez. 2006. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v243.2006.42550>>.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding regulation**. Theory, Strategy, and Practice. 2a ed. Oxford [u.a]: Oxford University Press, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Agências reguladoras, Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática**. In: n: BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., 2006.

BINENBOJM, Gustavo (org.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 2ª ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 195 e ss.

BLACK, Julia. **Procedimentalizando a regulação** (parte I). In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Regulação econômica e democracia**: o debate europeu. São Paulo: Singular, 2006c.

_____. **Procedimentalizando a regulação** (parte II). In: MATTOS, Paulo Todescan

Lessa. **Regulação econômica e democracia**: o debate europeu. São Paulo: Singular, 2006c.Op. cit., 2006c.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma do Estado dos anos 90**: Lógica e mecanismos de controle. Lua Nova [online]. 1998, n.45, pp. 49-50. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451998000300004>>.

_____. **Managerial Public Administration**: Strategy and structure for a new State. Journal of Post Keynesian Economics, 20 (1), 1997, pp. 7-23.

_____. **Da inflação à hiperinflação**: uma abordagem estruturalista. In: Rego, J.M., (org.), **Inflação e Hiperinflação** - Interpretações e Retórica, São Paulo: Biental, 1990.

CALIL, Laís. **O poder normativo das agências reguladoras em face dos princípios da legalidade e da separação de Poderes**. In: BINENBOJM, Gustavo. **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARDOSO, Fernando Henrique. **Notas sobre a reforma do Estado**. Novos Estudos CEBRAP, n.º 50, 1998, pp. 5-12.

_____. **O modelo político brasileiro e outros ensaios**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil S.A., 1993.

_____. **O Regime Político Brasileiro**. Estudos Cebap, nº 2, out. 1972, pp. 84-118.

CRUZ, Veronica. **Estado e regulação**: fundamentos teóricos. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (org.), **Regulação e Agências Reguladoras**: Governança e análise de impacto regulatório. Brasília: Anvisa, 2009.

CYRINO, André Rodrigues. **Regulações expropriatórias**: apontamentos para uma teoria. Revista de Direito Administrativo (RDA), v. 267, 2014, pp. 199-235. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v267.2014.46463>>.

DA SILVA, Sérgio André R. G. **A Legitimidade das Agências Reguladoras**. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro. 235: 299-32U, Jan./Mar. 2004, p. 300.

DEMSETZ, Harold. **Information and efficiency**. Another viewpoint. The Journal of Law and Economics 12, nº. 1. 1969, p. 1.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.

ESTLUND, David M. **Democratic authority**: a philosophical framework. Princeton, New Jersey: Princeton University Press. 2007.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras à Luz do Princípio da Eficiência**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de et al (org.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

_____. **Agências Reguladoras**: legalidade e constitucionalidade. Revista Tributária e de Finanças Públicas, número 35, dezembro de 2000.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Agências Reguladoras e o Poder Normativo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de et al (org.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

FONSECA, Igor Ferraz da, et al. **Potencial de efetividade das audiências públicas do Governo Federal**. Relatório de Pesquisa, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, Brasília: 2013.

FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GAETANI, Francisco; ALBUQUERQUE, Kélvia. **Análise de impacto regulatório e melhoria regulatória**. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (org.). **Regulação e Agências Reguladoras**: Governança e análise de impacto regulatório. Brasília: Anvisa, 2009.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Agências Reguladoras**: A “Metamorfose” do Estado e da Democracia (Uma reflexão de Direito Constitucional e Comparado). In: BINENBOJM, Gustavo. **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GUERRA, Glauco Martins. Princípio da legalidade e poder normativo: dilemas da autonomia regulamentar. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de et al (org.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

GUERRA, Sergio (org.). **Teoria do Estado regulador**. Volume II, Curitiba: Juruá, 2016.

_____. (org.). **Teoria do Estado regulador**. Curitiba: Juruá, 2015.

_____. **Aperfeiçoando a regulação brasileira por agências**: quais lições podem ser extraídas do sesquicentenário modelo norte-americano? In: GUERRA, Sérgio (org.). **Teoria do Estado regulador**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 79.

_____. **Autonomia e perda de mandato nas agências reguladoras**. Revista Direito do Estado, num. 59, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/sergio-guerra/autonomia-e-perda-de-mandato-nas-agencias-reguladoras>>.

_____. **Função normativa das agências reguladoras**: uma nova categoria de direito administrativo? Revista Direito GV, Revista Direito GV, [S.l.], v. 7, n. 1, pp. 131-152, jan. 2011. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24063>>.

_____. **Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira**. In: GUERRA, Sérgio (org.). **Regulação no Brasil**: uma visão multidisciplinar. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

HAACK, Susan. **Evidence matters**: science, proof, and truth in the law. New York, New York: Cambridge University Press, 2014.

_____. **Irreconcilable Differences?** The Troubled Marriage of Science and Law. 72 Law and Contemporary Problems. 1-24 (Winter), 2009. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol72/iss1/2>>.

_____. **Defending science – within reason:** between scientism and cynicism. Amherst, New York: Prometheus Books, 2007.

_____. **Democracy and Equality.** In: Faculty Scholarship Series, Paper 177, 2005. Texto disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/177>.

HABERMAS, Jürgen. **Três modelos normativos de democracia.** Lua Nova, n. 36, 1995.

HAMBURGER, Philip. **Is administrative law unlawful?** Chicago: The University of Chicago Press, 2014.

HERDY, Rachel. Quando a ciência está em jogo, a democracia não importa. In Falcão, Joaquim; Arguelhes, Diego Werneck; Recondo, Felipe (orgs.). **Onze Supremos: O Supremo em 2016.** Belo Horizonte: Letramento, 2017.

JORDÃO, Eduardo. **Por mais realismo no controle da administração pública.** Revista Direito do Estado, num. 183, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Eduardo-Jordao/por-mais-realismo-no-controle-da-administracao-publica>>.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Agências reguladoras e democracia:** Existe um déficit democrático na regulação independente? In: ARAGÃO, Alexandre de. Op. cit., 2011

LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. **Dois problemas de operacionalização do argumento de “capacidades institucionais”.** Revista Estudos Institucionais, Vol. 2, 1, 2016, pp. 192-213.

MAJONE, Giandomenico. **Do Estado Positivo ao Estado Regulador.** In: MATTOS, Paulo

Todescan Lessa. **Regulação econômica e democracia**: o debate europeu. São Paulo: Singular, 2006c.

_____. **The Regulatory State and its Legitimacy Problems**. Political Science Series No. 56, July 1998.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes**: fundamentos e seu regime jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. **Discrecionalidade e regulação setorial** – O caso do controle dos atos de concentração por regulação setorial. In: ARAGÃO, Alexandre de. Op. cit., 2006

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo Estado regulador no Brasil**: eficiência e legitimidade. 2ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017a. – (Coleção capitalismo & democracia).

_____. **Direito, regulação e economia**: estudos para o debate brasileiro. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017b, p. 27.

_____. **A formação do estado regulador**. Novos estud. - CEBRAP, São Paulo, n. 76, Nov. 2006b. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002006000300007&lng=en&nrm=iso>.

_____. **Regulação econômica e democracia**: o debate europeu. São Paulo: Singular, 2006c, p. 58

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. **Reforma do Estado e agências reguladoras**: estabelecendo os parâmetros da discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari. Op cit., 2002.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo.** Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. **A propósito do controle feito pelos Tribunais de Contas sobre as agências reguladoras:** em busca de alguns standards possíveis. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v. 10, n. 38, abr./jun. 2012. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/50064>>.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Os limites à competência normativa das agências reguladoras.** In: ARAGÃO, Alexandre Santos de et al (org.). O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

_____. SOARES JÚNIOR, Lauro Antonio Nogueira. Regulação econômica e democracia: a questão das agências administrativas independentes. In: BINENBOJM, Gustavo. **Agências reguladoras e democracia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. CAGGIANO, Heloisa Conrado. **O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF:** mutação constitucional do princípio da legalidade? Revista de Direito Público da Economia: RDPE, Belo Horizonte, v. 11, n. 43, jul./set. 2013. pp. 35-57.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. **Agências, expertise e profissionalismo:** o paradigma da técnica na administração pública. Revista de Direito Administrativo (RDA), v. 254, 2010, pp. 67-94. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v254.2010.8075>>.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Ensaio Sobre o Resultado como novo Paradigma do Direito Administrativo.** Aula Inaugural de Pós-Graduação na UCAM – Universidade Candido Mendes, em 23 de setembro de 2008. Disponível em: <<https://docslide.com.br/documents/diogo-de-figueiredo-os-resultados-como-paradigma-do-direito-administrativo.html>>

NORMAN, Wayne; ANCELL, Aaron. **Business ethics, democratic theory, and the**

regulatory State: merriment & diversion when regulators and the regulated meet? Conference on: Normative Ethics and Welfare Economics. Harvard Business School, October, 2016.

PETER, Fabienne, "**Political Legitimacy**", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.), 2017. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/legitimacy/>.

POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism, And Democracy**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003.

POST, Robert C. **Democracy, Expertise and Academic Freedom**. A First Amendment Jurisprudence For The Modern State. New Haven: Yale University Press. 2012.

PRADO, Mariana Mota. **The Challenges and Risks of Creating Independent Regulatory Agencies:** A Cautionary Tale from Brazil. Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 41, No. 2, 2008. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=983807>.

RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (org.). **Regulação e Agências Reguladoras:** Governança e análise de impacto regulatório. Brasília: Anvisa, 2009.

RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. **Regulação e agências reguladoras:** reforma regulatória da década de 1990 e desenho institucional das agências no Brasil. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (org.). **Regulação e Agências Reguladoras:** Governança e análise de impacto regulatório. Brasília: Anvisa, 2009, p. 141.

RAMOS, Marcelo. **Governança regulatória: experiências e contribuições para uma melhor qualidade regulatória**. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (org.). Op. cit., p. 201.

RIBEIRO, Gustavo Sampaio A. **No need to toss a coin:** conflicting scientific expert testimonies and intellectual due process. Law Probab Risk 2013; 12 (3-4): 299-342. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/lpr/mgt009>.

RODRIGUES, João Gaspar. **Publicidade, transparência e abertura na administração pública**. Revista de Direito Administrativo (RDA), 2013, Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/32142/30937>>

ROTHSTEIN, Bo. **Quality of Government and Epistemic Democracy**. Revista Latinoamericana de Política Comparada 6:11-30.

SANTOS, Luiz Alberto dos. **Desafios da governança regulatória no Brasil**. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (org.). **Regulação e Agências Reguladoras**: Governança e análise de impacto regulatório. Brasília: Anvisa, 2009.

SCHUARTZ, Luis Fernando. **Interdisciplinaridade e Adjudicação**: caminhos e descaminhos da ciência do direito. Disponível em <<http://virtualbib.fgv.br/dspace/handle/10438/2174?show=full>>.

SCHWARTZBERG, Melissa. **Epistemic Democracy and Its Challenges**. Annu. Rev. Polit. Sci. 2015. 18:187–203. First published online as a Review in Advance on March 5, 2015.

SILVA, Mariana Batista da. **Mecanismos de participação e atuação de grupos de interesse no processo regulatório brasileiro**: o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). In: Rev. Adm. Pública [on-line]. 2012.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de et al (org.). O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Extensão do poder normativo das agências reguladoras**. In: ARAGÃO, Alexandre de et al (org.). O Poder Normativo das Agências Reguladoras, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

STIGLER, George J. **A teoria da regulação econômica**. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Regulação econômica e democracia**: o debate norte-americano. São Paulo: Ed. 34, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo econômico**. 1ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. **Direito administrativo ordenador**. 1ª ed., 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. **Introdução às agências reguladoras**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito administrativo econômico**. 1ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SUNSTEIN, Cass. **O Constitucionalismo após o New Deal**. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Ed. 34, 2004.

_____. **Designing democracy: What constitutions do**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 14.

_____. **Interest groups in american public law**. N. 38, Stanford Law Review 29, 1985, p. 31.

ULEN, Thomas. KOROBKIN, Russell. **Law and Behavioral Science**. Removing the Rationality Assumption from Law and Economics. California Law Review, Vol. 88, 2000.

VERMEULE, Adrian. **Law's abnegation: from law's empire to the administrative State**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016.

VERMEULE, Adrian. **The Administrative State: Law, Democracy, and Knowledge**. The Oxford Handbook of the U.S. Constitution, 2015, DOI: 10.1093/oxfordhb/9780190245757.013.13

WALD, Arnaldo, MORAES, Luiza Rangel de. **Agências reguladoras**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 36, n. 141, jan.-mar., pp. 143-172, 1999.

WALDRON, **Law and Disagreement**. Oxford, New York: Oxford University Press, 2004.

_____. **Dignity of Legislation**. Cambridge University Press. 1999.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.949/RS – Rio Grande do Sul**, Relator: Min. Dias Toffoli, Acórdão em 14/11/2014, p. 17. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=279446753&tipoApp=.pdf>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 140.669-1/PE – Pernambuco**. Relator(a): Min. Marco Aurélio, julgado em 20/02/2001, publicado em DJ 20/04/2001 P – 00162, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000045853&base=baseMonocraticas>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 570.680/RS – Rio Grande do Sul**. Relator: min. Ricardo Lewandowski, julgado em 28/10/2009, publicado em DJ 04/12/2009, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606568>