
A RELAÇÃO ENTRE A AUTONOMIA REFORÇADA E A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

Bárbara Bianca Sena

Procuradora Federal lotada na Agência Nacional de Energia Elétrica-ANEEL

SUMÁRIO: Introdução; 1 A sucessão de paradigmas constitucionais e a intervenção do Estado (Moderno) no domínio econômico; 2 Do Estado Regulador e da criação de agências reguladoras; 3 Da construção institucional das Agências Reguladoras: autonomia e legitimidade democrática. Conclusão; Referências.

RESUMO: As mudanças no perfil do Estado conforme os paradigmas constitucionais modernos influenciaram diretamente na relação de cada um deles com a sociedade civil e no perfil assumido pela Administração em cada fase – o que correspondia, por sua vez, ao perfil das Constituições vigentes naqueles momentos históricos. Assim, o Estado moderno não se apresenta como uma estrutura estática, mas submetida a uma sucessão de eventos históricos, à evolução do pensamento social, e às interferências de diversos campos do saber sobre o direito e a política, de modo que se pode dizer do encadeamento de diversos paradigmas de Estado Constitucional na história do direito moderno, a saber: o do Estado liberal, o do Estado social e o do Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, procurou-se promover uma drástica mudança de concepção a respeito do modelo de Estado e, por conseguinte, no modelo de gestão da coisa pública como resposta à expansão das funções econômicas e sociais do Estado, ao desenvolvimento tecnológico e à globalização da economia mundial, seguida, também, da proposta de privatização de estatais e execução de serviços públicos por concessionárias mediante prévio procedimento licitatório e parcerias com a sociedade civil organizada. O Estado coloca-se frente a uma democracia procedimental pautada no Direito, mas promovida uma alteração paradigmática da visão piramidal do ordenamento jurídico a ensejar uma nova interpretação do princípio da legalidade, que ganha contornos de juridicidade, uma ordem jurídica pós-positivista constitucionalizada que se pauta não apenas em regras, mas, igualmente, em princípios, uma mitigação ao ideal clássico da separação de poderes e uma Administração composta de vários centros de poder político-decisório, inclusive as agências reguladoras independentes, e que, ao mesmo tempo, favorece o pluralismo participativo no tocante aos aspectos econômicos e sociais dos atos que pratica; tudo isso, tornou o ambiente propício para a estruturação de um modelo de Estado Regulador, que possui, como instrumental, a criação das agências reguladoras com autonomia reforçada. Emerge, nesse contexto, o debate acerca da legitimidade democrática das entidades reguladoras, relacionado, especialmente, às ideias de democracia, representação e separação de poderes. A existência de uma contradição empírica e interna ao regime democrático fundado sob as bases do princípio majoritário ensejou a crise da democracia, mas que deve ser vista, modernamente, como abrangente de novos vieses de legitimação, dentre eles, o viés que confere legitimidade democrática a atuação das agências reguladoras: a denominada legitimidade pela imparcialidade. Assim, embora se reconheça a legitimação democrática das Agências Reguladoras constitua-se de verdadeiro universo em gestação, para que possa ser realmente afirmada, é preciso que se recepcione a ideia de democracia sob esses novos vieses, enquanto modalidades legitimatórias

complementares à legitimidade eleitoral-majoritária, que, por sua vez, não mais se autossustenta numa sociedade cada vez mais heterogênea e formada por interesses de minorias. As Agências Reguladoras devem ser reconhecidas, portanto, como um dos centros políticos-decisórios do Estado, numa Administração reconhecidamente policêntrica, cujas bases dependem, para que haja um funcionamento integrado, de definições mais precisas sobre critérios e limites de competências.

PALAVRAS-CHAVE: Estado moderno. Paradigmas. Administração Pública. Estado liberal. Estado Social. Estado Democrático de Direito. Estado Regulador. Agências Reguladoras Independentes. Princípio da legalidade. Juridicidade. Separação de Poderes. Privatização. Legitimidade. Democracia.

ABSTRACT: Some changes in the state model that happened according to the modern constitutional paradigms directly influenced on the relationship between each type of state organization and the civil society as well as on the profile assumed by the Administration at each stage - which corresponded to the Constitutions profile in those historical moments. Thus, the modern state is not a static structure; it's a structure formed by a role of historical events, the evolution of social thought, and the interference of various fields of knowledge over law and politics, so that from the thread of various paradigms about the Constitutional State in the modern law history emerged various paradigms, such as the liberal state, the welfare state and the democratic state. In this context, there was a drastic paradigm change regarding the state model and therefore the model of public management in response to the expansion of economic and social functions of the state, technological development and globalization of the world economy, followed by privatization of state-owned companies and transference of public services to third parties through bidding process and previous partnerships with civil society organizations. The state faces a emerging procedural democracy guided by law (rule of Law) and at the same time a paradigm change of the pyramidal law understanding that led to a new rule of Law interpretation, a Post-positivist and constitutional legal system built not only on rules, but also, on principles, diminishing the classical ideal of the checks and balance doctrine and an Administration composed by multiple power-political centers of decision-making, including independent regulatory agencies, and, at the same time, promoting a greater society participation regarding economic and social aspects of State's actions, what has made a good environment to create a Regulatory State, which has, as its means, the creation of regulatory agencies with enhanced autonomy. In this context, it takes place the debate about the democratic

legitimacy of the regulatory bodies, related especially to the ideas of democracy, representation and separation of powers. The existence of a contradiction to the empirical and internal democracy founded on the basis of the majority principle led to the crisis of democracy, but that should be seen in modern times as a comprehensive new legitimacy biases, including the bias that gives democratic legitimacy to actions of regulatory agencies: the so-called legitimacy of impartiality. Thus, while recognizing the democratic legitimacy of regulatory agencies would constitute a true rising universe, so that it can be truly affirmed, it is necessary to accept the idea of democracy under these new biases as complementary legitimacy modalities comparing to majoritarian electoral legitimacy because it is no longer able to sustain itself in a society that is increasingly heterogeneous and formed by minority interests. Regulatory Agencies should therefore be recognized as one of the state political-decision-making centers, in a admittedly polycentric Administration, which depends, so there is an integrated operation, of more precise criteria and limits of competence definitions.

KEYWORDS: Modern state. Paradigms. Public Administration. Liberal State. Welfare State. Democratic and Rule of Law State. Regulatory State. Independent Regulatory Agencies. Rule of Law. Juridicity. Checks and balances. Privatization. Legitimacy. Democracy.

INTRODUÇÃO

O Estado moderno é construído por uma sucessão de paradigmas constitucionais que ensejaram diversas conformações entre o papel da Administração Pública e o papel da sociedade civil, bem como para a relação entre os vários atores sociais e a Administração Pública, até que, a partir da última década do século XX, o Estado adquire algumas concepções adjetivantes e indicativas da sua transformação, a exemplo do conceito de Estado Regulador.

Essas invenções adjetivas¹ também se prestam a demonstrar que o conceito de democracia não se desvincula da própria transformação do Estado até a sua conformação mais contemporânea.

Verificou-se, em verdade, a existência de um fenômeno mundial de redução da intervenção direta do Estado na economia e de fortalecimento da função reguladora, mas que preza pela eficiência na prestação de serviços públicos. As designações qualitativas revelam, portanto, os objetivos do Estado transformado e configuram verdadeiras normas de orientação e direção.

1 CANOTILHO, J.J. Gomes *O princípio democrático sobre a pressão dos novos esquemas regulatórios*. Revista de Direito Público e Regulação. Coimbra: Cedipre – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, 2009. p. 99.

A democracia, nesse contexto, passa a ser entendida sob novos prismas, considerando a existência de várias instâncias politicamente decisórias, sobretudo, executivas. Não se ignoram as discussões acerca da legitimidade democrática das instituições conformadoras do Estado contemporâneo, centradas, em grande medida, na existência de uma única forma de legitimação: a legitimação eleitoral direta. A Constituição não deixa de ser vista como um sistema normativo de poder, mas o poder se torna procedimentalizado, permitindo novos meios de legitimação democrática.

Nessa linha, o Estado Democrático não deixa de ser um Estado de Direito, mas o direito é formado a partir da democracia procedimentalizada e se instrumentaliza não apenas por atos do Poder Legislativo, mas, também, do Judiciário e, sobretudo, do Executivo. Promove-se, assim, uma alteração paradigmática: a de que o direito encontra-se desvinculado do império da lei formal e ruma para uma ordem jurídica estrutural constitucionalizada e pós-positivista, mais complexa do que um mero conjunto hierarquizado de regras.

Assim, a legalidade ganha novo sentido e a ideia de separação de poderes ganha contornos próprios distintos do ideal clássico francês. Na esfera executiva, a legalidade ganha semblantes de deslegalização, viabilizando-se a atuação administrativa por meio de vários centros de poder, em especial, as agências reguladoras.

O paradigma do Estado Democrático de Direito tenta superar os paradigmas precedentes, permitindo-se a criação de novos arranjos institucionais com vistas a cobrir o déficit democrático instaurado nos paradigmas anteriores. Nesse contexto, emerge um novo ramo do direito: o regulatório.

O direito regulatório visa propiciar a administração conjuntural de atividades de relevância social, ou seja, atividades necessárias à garantia de preservação das prestações materiais essenciais à fruição dos direitos fundamentais na medida em que a plena fruição desses direitos depende de uma lista abrangente de atuação estatal e não estatal concertada por uma entidade interventora do Estado (não do governo), enquanto espaço público de construção de soluções. A administração conjuntural seria exercida por essa entidade independente do Poder Executivo considerando o Estado Regulador identifica-se com a noção de Estado Administrativo, originária da percepção de que *“a divisão tripartite de poderes e funções não conseguia abranger todas as dimensões de atividades estatais”* e de que, portanto, a administração estatal seria algo distinto das funções executivas, legislativa e judicial. Assim, as entidades reguladoras seriam independentes do executivo e a administração que exercem também seria uma espécie de execução da vontade do Estado, ao lado da executiva e da judicial, mas em oposição

à atividade de decisão política, a legislativa. Nesse contexto, o Estado Regulador seria dotado de um processo administrativo único que abarca política e administração².

O Estado Regulador insere-se nesse contexto de reafirmação da democracia estatal que, por sua vez, adquire distintos vieses. E, enquanto modelo de reafirmação da democracia, o Estado Regulador deve atuar pautado em pressupostos instrumentais democráticos, como imparcialidade e independência, acessibilidade e proximidade, e flexibilidade. O Estado torna-se, assim, apenas mais um centro de decisão política, tendo como uma das suas formas instrumentais, a conformação institucional das agências reguladoras enquanto mecanismo de intervenção e de mudança para o regime regulatório que se adota.

O presente trabalho objetiva, assim, realizar uma análise da conformação institucional das agências reguladoras e o seu caráter democrático, enquanto entidades que integram e modulam o Estado contemporâneo, auxiliando na conformação do próprio paradigma do Estado Democrático de Direito.

1 A SUCESSÃO DE PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS E A INTERVENÇÃO DO ESTADO (MODERNO) NO DOMÍNIO ECONÔMICO

Os paradigmas constitucionais que se sucederam na construção do Estado moderno exerceram influência sobre a sociedade civil e a conformação da Administração Pública, especialmente no Brasil, e sua atuação no domínio econômico. Na história do direito moderno, existiram três paradigmas que influenciam as interpretações jurídicas: o do Estado liberal, o do Estado social e o do Estado Democrático de Direito³.

O Estado liberal era absenteísta e circunscrito ao político, com prevalência da autonomia privada. Passa-se a conformar as primeiras nuances do Estado social com a crise de 30, a partir de quando surgem novas medidas na tentativa de correção das externalidades do sistema capitalista; mas, o Estado Social atinge seu ápice na década de 60, apresentado características de Estado interventor, com redução da autonomia privada, e executor direto das políticas públicas setoriais, mas com elevação da carga tributária e certo grau de ineficiência administrativa, ensejando uma crise fiscal. Observa-se que a Administração está inflada de normas ao tempo em que deixa de existir uma separação estrita de poderes conforme concebida no período liberal. A despeito de o

2 ARANHA, Márcio Iorio. *Direito Regulatório*. Unidade I. Curso de Especialização em Direito Público, UnB. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=485>. Acesso em 18/08/2013. p. 2-3.

3 MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. *A Administração Pública e a Constituição*. 2008(b). Texto base da disciplina Direito Administrativo do eixo comum do Curso de Especialização em Direito Público, Centro de Educação a Distância da Universidade de Brasília e Escola da Advocacia Geral da União, Brasília, 2008.

imenso aparato técnico-burocrático ter sido uma das razões da crise do Estado Social, o modelo burocrático influenciou decisivamente a base da estruturação da Administração Pública brasileira na Constituição de 1988, a exemplo da repartição de competências administrativas e da manutenção da possibilidade de intervenção estatal direta na economia em determinadas situações.

A inauguração de um período neoliberal propiciou a alteração do papel do Estado na economia, a partir das privatizações de grandes empresas estatais e da quebra de monopólios. O Estado passa a assumir uma posição mais fiscalizadora, inaugurando uma fase de dirigismo econômico, que possibilita o surgimento de um modelo regulador de Estado, o qual preza pela eficiência na prestação de serviços públicos e pela disponibilização de instrumentais para a realização dos direitos fundamentais. Na Administração Pública, ascende a ideia de administração gerencial em detrimento do modelo burocrático. Fala-se, então, de uma alteração paradigmática, denominada paradigma do Estado Democrático de Direito, no qual o direito desvincula-se do positivismo e favor da constitucionalização de uma ordem jurídica pós-positivista, num contexto em que a legalidade ganha novo sentido, agregada de conteúdo axiológico, com maior foco na Constituição ao invés de simplesmente na lei formal. Quanto à ideia de separação de poderes, reconhece-se que a ordem constitucional brasileira propõe um modelo concreto, distinto do modelo abstrato proposto por Montesquieu e que não se adéqua perfeitamente na visão tripartida, sobretudo no que se refere ao exercício da função administrativa. Nesse contexto, o Executivo passa a exercer amplo papel regulador considerando uma perspectiva constitucionalizada e não estritamente legalista. Público e privado tonam-se reciprocamente necessários e constitutivos, e não mais ramos totalmente separados, num contexto em que se elegem, como igualmente relevantes, os princípios da liberdade e da igualdade, objetivando-se tanto o afastamento do individualismo liberal quanto do assistencialismo do Estado Social.

Nesse contexto, as mudanças no perfil do Estado conforme os paradigmas constitucionais modernos influenciaram diretamente a relação de cada um deles com a sociedade civil, o perfil assumido pela Administração em cada fase - o que correspondia, por sua vez, ao perfil das Constituições vigentes naqueles momentos históricos - e a própria visão ou interpretação do direito posto⁴ e, como consequência, a conformação do Estado moderno. Em verdade, o constituinte revela

4 Toda interpretação do direito que instrumentalize a sua aplicação é concebida no contexto da pré-compreensão do aplicador do direito sempre situado também num contexto histórico (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008. p. 53/83).

suas opções diante do “acúmulo de acontecimentos histórico e de uma sucessão de institutos jurídicos”⁵.

De fato, segundo ARAGÃO⁶, não se pode considerar aleatória “a construção do Direito Público de um Estado liberal, de um Estado democrático de Direito, social ou de outra espécie cujo surgimento esteja em curso”; ao contrário, ela é “inerente às contingências ideológicas, políticas e sociais de cada momento histórico”:

Por isso, o Estado moderno não se apresenta como uma estrutura estática, mas submetida a uma sucessão de eventos históricos, à evolução do pensamento social, e às interferências de diversos campos do saber sobre o direito e a política; daí que “uma infinidade de razões” contribuiu para o “encadeamento de diversos paradigmas de Estado Constitucional”, como formadores da pré-compreensão dos aplicadores do direito e dos diversos atores sociais⁷.

Do mesmo modo, o modelo de Estado Regulador “é a síntese de um processo histórico muito significativo”, relacionado diretamente à sucessão dos paradigmas constitucionais; cuida-se de “uma organização institucional que se relaciona às concepções do Estado de Direito”, cuja ideia é resultante “da conjugação de três princípios fundamentais” – “a supremacia constitucional, a generalização do princípio da legalidade e a universalidade da jurisdição” – e que, portanto, pressupõe o reconhecimento da “supremacia da ordem jurídica sobre a atuação política”.

Nesse modelo, “o Estado permanece presente no domínio econômico, mas não mais como partícipe direto”, substituindo a busca pessoal pela “realização de determinados fins” pelo “uso do instrumento normativo e de suas competências políticas para influenciar os particulares a realizar os fins necessários ao bem-comum”. Em outras palavras, eleva-se a intervenção estatal indireta “à categoria de instrumento primordial de realização de determinados fins de interesse público no âmbito das atividades econômicas”, deixando-se a atuação direta do Estado para “situações de grande excepcionalidade”⁸.

Verifica-se, assim, uma redução da atuação estatal direta, através da privatização e da publicização de espaços. O Estado Regulador incumbese de estabelecer as regras que devem disciplinar a ordem econômica atuando mediante fiscalização, incentivo (fomento) e planejamento. Nele, existe uma atuação direta no domínio econômico, mas por direção ou por indução, mais do que por absorção, que somente ocorre em situações

5 ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A administração pública brasileira no contexto do Estado Democrático de Direito*. Curso de Especialização em Direito Público, UnB, disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=163>, acesso em 14/01/2013.

6 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras independentes e a separação de poderes – uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais*. Revista dos Tribunais. vol. 786, p. 11. Abr/2001.

7 *Ibid.*, 2013.

8 JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 24.

excepcionais. Assim, procura preservar o espaço naturalmente ocupado pela iniciativa privada, sem, contudo, deixar de preservar o interesse público.

Isso se deve a uma alteração de paradigmas que pretende superar as distorções ocorridas na perspectiva dos Estados Liberal e Social e que formam novas ideologias compreendidas no contexto do Estado Democrático de Direito, ensejando certas modificações nas estruturas jurídicas administrativas, no papel que desempenham na organização do Estado, bem como um pluralismo participativo da sociedade que se desenvolve de diversas maneiras.

As agências reguladoras são um dos instrumentos para a concretização desse novo modelo de Estado, sobretudo se considerarmos a inclinação brasileira para o exercício de uma regulação operacional descentralizada. Elas surgem, também, diante da necessidade de intervenção (indireta) mais efetiva, o que se daria por meio de uma regulação normativa centralizada e voltada para o gerenciamento de conflitos. A regulação, portanto, pressupõe uma capacidade normativa, que assume características complexas (normatividade complexa), mais elaborada e voltada para as especificidades de cada setor regulado.

Inicialmente, estudos acerca desse tema foram desenvolvidos em países de língua inglesa, que se utilizam das expressões *regulation* e *regulator*, para indicar, respectivamente, a atividade desenvolvida pelo Estado e o sujeito que a promove⁹.

2 DO ESTADO REGULADOR E DA CRIAÇÃO DE AGÊNCIAS REGULADORAS

A crise do Estado Social (desenvolvimentista) propiciou uma alteração no perfil assumido pela Administração Pública perante o domínio econômico. Alteraram-se certos parâmetros de organização administrativa e a relação entre o público e o privado. Essas novas perspectivas jurídicas, institucionais, econômicas e sociais ensejaram mudanças de paradigmas para o Estado e possibilitaram novas visões sobre antigos dogmas (democracia, separação de poderes, relação entre Estado e sociedade e entre o público e o privado etc). Surgem propostas de novos modelos de governança ao tempo em que o mercado se volta para novas teorias econômicas, admitindo-se o Estado como novo centro de decisão política.

É nesse contexto que emerge o atual modelo regulatório de Estado, de forma instrumental, diretamente vinculado ao conceito de regulação e à conformação institucional das agências reguladoras.

9 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 15-16.

As agências, mesmo não sendo o único mecanismo de que se poderia dispor para tal fim, são, por excelência, o instrumento de realização da regulação como forma de intervenção (indireta) do Estado na economia, mas que, gradativamente, foi incorporando no seu conceito elementos normativos. Com efeito, a ascensão do modelo de Estado Regulador é simultânea ou concomitante à própria criação de entidades reguladoras independentes. Portanto, regular é o múnus dessas entidades. Com isso, torna-se relevante também compreender não apenas as características do Estado Regulador, mas também o fato de que o conceito de regulação abarca a regulação econômica e a regulação social.

O atual modelo regulatório brasileiro surge a partir do fracasso do modelo de Estado Social (desenvolvimentista), na década de 90, inspirado, especialmente, no arranjo institucional norte-americano pós *New Deal*, que se estruturava com a criação das *regulatory agencies*, caracterizadas por um elevado grau de autonomia em relação à Chefia do Poder Executivo. A esse despeito, existia uma significativa diferença entre os cenários político, ideológico e econômico inseridos em ambos os ordenamentos - brasileiro (panorama de reforma do Estado com privatizações) e norte-americano (objetivo de proteção dos menos favorecidos pela mitigação das garantias liberais clássicas da propriedade e da autonomia da vontade) – a ensejar a necessidade de aclimação dos conteúdos jurídicos importados¹⁰. É nesse contexto, no entanto, que surgem as primeiras noções de administração policêntrica, significando a existência de mais de um centro decisório.

No Brasil, prevalecia um enfoque político-econômico onde a presença do Estado não deveria ser totalmente excluída, permanecendo, então, com a atividade regulatória em alguns setores da economia. O incentivo governamental às privatizações também ascendeu o debate sobre a necessidade de prévia ampliação do aparato estatal para regulação de setores relevantes sob uma perspectiva pública e privada, econômica e social, a exemplo de setores de infraestrutura e serviços públicos, como energia elétrica, telecomunicações, transporte etc. Entendeu-se, finalmente, pela necessidade de reforçar aquele aparato incrementando possibilidades de planejamento, regulação, controle e fiscalização, inclusive mediante adequada capacitação técnica. Havia, também, uma preocupação em aumentar a atratividade do mercado brasileiro para o financiamento de infraestrutura.

A partir dessas premissas, em 1996, foram criadas as primeiras agências reguladoras, com atributos como especialidade e autonomia decisória, como modelo regulador alternativo à regulação pelo mercado ou à regulação por contratos, objetivando garantir o atendimento, em

10 BINENBOJM, Gustavo. *As agências reguladoras independentes e democracia no Brasil* (p. 89/110). In *Agências Reguladoras e Democracia*. Coordenador Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 89-90.

níveis mínimos de qualidade, da demanda por prestação de serviços públicos e a fiscalização de atividades privadas mediante regulação. Outrossim, a criação das agências reguladoras, no Brasil, objetivava a elaboração de mecanismos jurídicos e institucionais que assegurassem autonomia em relação aos demais agentes políticos e ao próprio Poder Judiciário, fazendo com que fossem qualificadas como autarquias de regime especial, cuja pedra de toque seria justamente essa autonomia reforçada¹¹.

As agências reguladoras brasileiras, com personalidade de direito público, pertencentes à estrutura orgânica da Administração Pública, detém função normativa secundária, na visão de ARANHA (2013)¹², mas sofreram um processo de especialização formando subsistemas jurídicos próprios e as bases mesmas do Estado Regulador, onde se reduzem as dimensões do Estado e o grau de intervenção direta na economia, aumentando, por outro lado, a atividade normativa da Administração. Nesse modelo, são reconhecidos os valores da livre iniciativa, ao tempo em que se reserva, ao Estado, a regulação como instrumento para orientar a atividade privada à realização dos direitos fundamentais.

A proposta do modelo regulatório brasileiro tenta conciliar diferentes concepções ideológicas, afigurando-se como mecanismo para equilibrar os valores provenientes do Estado Liberal com aqueles oriundos do Estado Social (desenvolvimentista), ao tempo em que também procura efetivar a democracia. Fala-se em modelo brasileiro porque o modelo de Estado Regulador é variável e heterogêneo na sua forma de concretização de acordo com os parâmetros do ordenamento jurídico em que se situa, mas, em qualquer caso, ele representa um novo patamar de intervencionismo no qual vigora o princípio da subsidiariedade porque se efetiva sob novas bases.

As agências reguladoras são um dos instrumentos para a concretização desse novo modelo de Estado, sobretudo se considerarmos a inclinação brasileira para o exercício de uma regulação operacional descentralizada. Elas surgem, também, diante da necessidade de intervenção (indireta) mais efetiva, o que se daria por meio de uma regulação normativa centralizada e voltada para o gerenciamento de conflitos. A regulação, portanto, pressupõe uma capacidade normativa, que assume características complexas (normatividade complexa), mais elaborada e voltada para as especificidades de cada setor regulado.

Nessa perspectiva, o Legislativo assumiria o papel de formulador de políticas públicas gerais e de estruturação de setores de interesse público, ao tempo em que o Executivo desempenha uma função

11 BINENBOJM, op. cit., p. 95.

12 ARANHA, Márcio Iorio. *Direito Regulatório*. Unidade II. Curso de Especialização em Direito Público, UnB, disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=485>, acesso em 18/08/2013b.

normativa conjuntural, destinada a acompanhar o dinamismo dos setores regulados. A partir dessas premissas surge o debate acerca da legitimidade democrática das agências reguladoras que será objeto de estudo no capítulo seguinte.

As agências reguladoras, enquanto instrumentais ao modelo de Estado Regulador, realizam, em sentido amplo, a atividade de regulação, inicialmente entendida apenas sob o prisma econômico, mas que, posteriormente, assume caráter social, abrangendo áreas de fomento e de fiscalização tradicional. Essas entidades e o modelo que assumem não estão livres de críticas doutrinárias. Sobre a criação desses novos entes reguladores, pode-se dizer que a doutrina se divide em duas grandes correntes: (i) a que defende que o modelo não encontra fundamento na tradição administrativa; (ii) a que defende se tratar de uma adaptação necessária aos ditames contemporâneos. Entre os primeiros, estariam Luís Roberto Barroso, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Alexandre dos Santos Aragão, Marcos Juruena Vilela Souto, Carlos Ari Sundfeld, Floriano Azevedo Marques Neto e Calixto Salomão Filho; e, entre os segundos, Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvania Zanella Di Pietro, Marcelo Figueiredo e Eros Roberto Grau¹³. Cuida-se de um debate que surge diante da própria necessidade de aclimação de conceitos e institutos jurídicos em realidades ideológica, política, social e econômica diversas.

Observa-se, também, que a doutrina brasileira apresenta uma tendência de analisar os conceitos de regulação, função reguladora e agência reguladora como coisas unas e indivisíveis enquanto meros mecanismos instrumentais de concretização do modelo Regulador. A literatura estrangeira, de outro modo, diferencia-os como instrumentos propriamente ditos de atuação estatal para distingui-los, entre si, do modelo administrativo de agências reguladoras. Sob esse ponto de vista, é preciso reconhecer que a função reguladora ganha novos contornos com a inserção de elementos sociais e normativos¹⁴.

Em todo caso, “o conceito de regulação é sempre dependente do conceito de ação”, ou seja, do “debate e aprovação de regras jurídicas”. Daí que, segundo uma perspectiva sociológica do direito, poder-se-ia falar em direito responsivo e, sob esse ponto de vista, o cerne do estudo da regulação econômica consistiria em “entender as regras jurídicas por meio das suas ações criativas e reconstrutoras” no contexto social e não apenas “compreender os processos específicos da referida ação regulatória de uma determinada agência”¹⁵. Em outras palavras, o

13 AGUIAR, Alexandre Kehrig Veronese. *A judicialização das políticas públicas de telecomunicações e as demandas dos consumidores: o impacto da ação judicial*. Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011. p. 109.

14 *Ibid.*, p. 103, 121-133.

15 *Ibid.*, p. 120.

conceito jurídico de regulação também é excessivamente imbuído de elementos normativos.

A regulação, assim, seria o termo utilizado para designar um conjunto de direitos constituídos através da elaboração de normas administrativas pelas entidades estatais especializadas. Por outro lado, deve-se ter em mente que, mesmo antes desse modelo, a regulação sempre existiu e que os órgãos estatais não seriam os únicos capazes de exercê-la, já que ela se efetiva de vários modos e como produto social e político. Segue, portanto, a própria tendência do direito que passa a ser formado sob as bases de um pluralismo social, incumbindo-se subsidiariamente de conferir bases sustentáveis para a comunidade.

Assim, o conceito de regulação relaciona-se também com o debate e a aprovação de regras jurídicas, segundo a lógica da teoria do direito responsivo, que, por sua vez, remete para o contexto social como influência necessária para a construção regulatória e para a própria noção de integridade dos subsistemas jurídicos que cria. Verifica-se, assim, que o conceito jurídico de regulação agrega conteúdo normativo.

Nessa linha, o modelo das agências encontraria respaldo num conceito jurídico central: o de função reguladora. E, para o exercício dessa função reguladora, considerou-se, após amplo “debate jurídico, político e econômico”, serem necessárias a inserção de certas “prerrogativas institucionais, na forma de um modelo jurídico”, paulatinamente incrementado na medida em que “cada agência reguladora foi sendo criada, por cada lei específica”. Assim, à função reguladora, primária, e, portanto, cerne da atuação das agências, acrescentaram-se funções secundárias, dentre elas, “a noção de poder fiscalizador e de poder concedente”, o “poder normativo ou, a sua função quase-legislativa” e, finalmente, “a tentativa no estabelecimento de uma função arbitral ou quase-jurisdicional”¹⁶.

Ademais, seria própria da atividade regulatória, em razão do seu caráter pragmático e finalístico, a multiplicidade de funções e competências, porque, se “o Estado opta por intervir na ordem econômica como regulador”, ele “assume o compromisso de manejar todos os instrumentos necessários para, naquele setor da economia, atingir as finalidades precípua da regulação”. Por outro lado, essas finalidades somente serão atingidas se o ente de regulação possuir “competências e instrumentos amplos e efetivos”¹⁷. Verifica-se, pois, que o novo paradigma do Estado Democrático de Direito privilegia a competência regulatória exercida pelas agências reguladoras, caracterizadora do modelo de Estado Regulador, cujos pressupostos foram assim resumidos

16 AGUIAR, op. cit., p. 116.

17 MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes* (p. 79/80). In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, , 2000. p. 20.

por ARANHA¹⁸: interventor; administrativo, privilegiando a função de planejamento e gerenciamento das leis; “legitimado na figura do administrador, do processo de gerenciamento normativo da realidade ou do espaço público regulador”; conformador de direitos em ambientes regulados; subsidiário, “em sua apresentação de potencialização da iniciativa privada via funções de fomento, coordenação e fiscalização de setores relevantes”.

Nesse contexto, definir o conceito de regulação é essencial para distingui-la da regulamentação, esta exercida diretamente pela Presidência da República. Isso não quer dizer que a regulação somente possa ser exercida pelas entidades reguladoras especializadas. Elas são, por excelência, entidades que regulam, mas, até mesmo pela relação de coordenação que possuem com a Administração Direta, não impede que esta última também expeça atos de conteúdo regulatório, apenas que é preciso que o conteúdo desses atos não se sobreponha ao conteúdo de atos exarados pelas Agências Reguladoras no âmbito de suas competências legalmente definidas, sob pena de possibilitar a configuração de conflitos positivos de competência e consequente insegurança regulatória.

A distinção entre regulação e regulamentação é igualmente relevante para a sua análise do ponto de vista da observância ou não, no seu exercício, do princípio da separação de poderes e da própria configuração da legitimidade ou do déficit democrático das agências reguladoras.

Observa-se, ademais, que o modelo das agências toma por base um conceito jurídico central: o da função regulatória e, para exercê-la, foi necessária a inserção de prerrogativas institucionais na forma de modelo jurídico, que serão indicadas no capítulo seguinte. De todo modo, conhecidas as bases desse novo modelo jurídico, será possível relacionar, ainda, as principais características do Estado Regulador e a sua formatação diante de objetivos precisos: superar as distorções ocorridas nos modelos anteriores.

Nesse contexto, tem-se que o Estado regulador enfatiza aspectos como: (a) a questão das competências estatais, no tocante à abrangência das atividades sujeitas ao regime de Direito Público e de Direito Privado, com a ascensão da função de planejamento e gerenciamento das leis; (b) a forma de atuação (direta/indireta) sobre a economia e a sociedade, com a inversão da relevância do instrumento interventivo, para prevalência de meios indiretos de intervenção e da ideia de Estado Subsidiário, mediante exercício das funções de fomento, coordenação e fiscalização de setores relevantes, sem prejuízo da “constante reorientação política para a preservação dos direitos fundamentais de todos os envolvidos ameaçados

18 ARANHA, op. cit., p. 10.

por distorções produzidas pelo *mercado livre*¹⁹; (c) o movimento de privatização das pessoas jurídicas ligadas ao Estado; (d) o movimento de publicização descrito pelo PDRAE (Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado)²⁰.

3 DA CONSTRUÇÃO INSTITUCIONAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: AUTONOMIA E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Algumas características são mais comuns entre as entidades reguladoras a despeito de não existir uma lei base que indique, para o ordenamento jurídico brasileiro, um modelo geral e abstrato de agências reguladoras, o que, na verdade, foi sendo construído a partir da edição de cada uma das leis responsável pelo nascimento dessas entidades. Dentre essas características, a título ilustrativo, pode-se citar (i) a amplitude de poderes das Agências, tais como o poder normativo, o poder de outorga, o poder de fiscalização, os poderes de mediação e conciliação, o poder sancionatório, e o poder de recomendação; (ii) a concentração de conhecimento (capacitação técnica) que deve residir na Agência; (iii) a permeabilidade da Agência à sociedade, permitindo uma abertura da atividade que executa aos atores sociais; (iv) a processualidade característica da sua atuação; e (v) a independência ou a autonomia.

A característica da autonomia, que, para alguns autores seria sinônimo de independência e ampla gama de atividades desempenhadas pelas agências reguladoras suscitam questionamentos acerca da existência ou não de um déficit democrático na atuação desses entes. Há de se analisar se, de fato, a legitimidade democrática poderia ser reduzida à via da eleição popular. O problema da legitimidade democrática emerge, não apenas desse fator, mas especialmente em razão da possibilidade de produção de atos normativos pelas agências reguladoras, o que, ao fundo e ao cabo, também se relaciona com os vieses da autonomia.

Ultrapassada a fase de privatizações, vive-se “uma *segunda onda* regulatória, instaurada pela submissão das agências ao teste da sucessão democrática no governo federal”, cuja preocupação não mais se volta apenas para a preservação da autonomia das agências, mas para o controle político, responsividade social e legitimidade democrática²¹. Importante, nesse contexto, analisar a relação entre os agentes envolvidos no contexto dessa nova Administração policêntrica que se forma a partir da criação das agências reguladoras independentes, especificamente, a discussão acerca da legitimidade democrática das agências e a sua conformação institucional.

19 ARANHA, op. cit., p. 10.

20 ACUNHA, op. cit., 2013.

21 BINENBOJM, op. cit., p. 96.

Como visto, as agências reguladoras têm, como objetivo, exercer a regulação estatal sobre a economia, e, também, uma regulação social, sendo que “a finalidade para a qual foram criadas” exige a presença de certas características, “as quais as instrumentam para o cumprimento dos pressupostos da regulação”²².

Sabe-se que existem diferenças formais entre as entidades reguladoras, mas, mesmo não havendo uma lei base que as disciplina de forma geral e abstrata, existem, também, algumas características que compartilham: estabilidade, transparência e impermeabilidade, especialidade ou concentração de conhecimento técnico, processualidade e autonomia reforçada, sob vários vieses, podendo exercer ampla gama de poderes e atividades. As agências reguladoras são, portanto, dotadas de um regime especial, sendo-lhes conferida uma autonomia reforçada. A autonomia vincula-se, sobretudo, à ideia de produção normativa.

A substituição do modelo tradicional de Administração Pública ministerial por uma forma de administração plurifórmica e pluricêntrica teve como consequência necessária o acréscimo de “amplos poderes, notadamente de natureza normativa, conferidos aos entes reguladores”, pois, “de outra forma, não poderiam desempenhar satisfatoriamente (agilidade, informalidade, constante adaptação à realidade cambiante etc.) suas atribuições”²³.

A doutrina brasileira tende a tratar o conceito de autonomia e independência como sinônimas, referindo-se à qualificação da agência, ora como autonomia, ora como independência. Existem críticas ao uso indiscriminado dos termos, mas, neste capítulo, nosso objetivo consiste apenas em retratar essa característica do grau mais elevado de autonomia que esses entes possuem ou deveriam possuir.

Inseridas na estrutura orgânica da Administração Pública, as agências reguladoras contribuem para a conformação de uma administração policêntrica. O fato de possuírem autonomia administrativa não se apresenta tão problemático para o ordenamento jurídico brasileiro porque se admite maior grau de autonomia seja conferido a determinadas entidades, como ocorre, por exemplo, com as universidades.

Essa autonomia, inclusive, para as universidades, é relativa ou mitigada por princípios e regras existentes no ordenamento jurídico brasileiro, mas a característica da autonomia reforçada das agências reguladoras ratifica a ideia de que existem subsistemas jurídicos ou uma pluralidade de ordenamentos jurídicos (setoriais, parciais ou derivados), que recebem influência de elementos normativos externos, uma vez a própria existência desses subsistemas pressupõe, no plano

22 MARQUES NETO, op. cit., p. 25.

23 MOREIRA, Vital. *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 31-35.

interno, autonomia. Essa noção serve para demonstrar que o conceito de autonomia vincula-se, sobretudo, à ideia de produção normativa.

A regulação configuraria, assim, um processo de formulação de regras e a sua concreta aplicação para modificar as ações de seus destinatários, sendo dificilmente enquadrada na construção tradicional e liberal-burguesa do princípio da separação dos poderes. Com efeito, um dos principais debates acerca do grau de autonomia mais elevado conferido às agências diz respeito à autonomia para o exercício da função reguladora, sobretudo, sob o prisma do exercício do Poder Normativo dentro de um contexto em que a configuração policêntrica da Administração fortalece a mudança de foco, no âmbito do Direito Público, do Legislativo – que deixa de ser considerado o poder central – para o Executivo.

O debate acerca da legitimidade democrática relaciona-se às ideias de democracia, representação e separação de poderes. Na conformação jurídico-institucional do princípio da separação de poderes segundo o ideário liberal-burguês, entendia-se que somente o povo poderia ser sujeito de legitimação democrática considerando a ideia subjacente de representação popular, pelo sufrágio universal e segundo o postulado do princípio majoritário. Na França, persistia a ideia de nação, enquanto nos Estados Unidos, o conceito de povo, mas, em qualquer caso, vigia o postulado do princípio majoritário pressupondo, logicamente, a existência de sociedades homogêneas.

Observa-se, portanto, uma contradição empírica e interna ao regime democrático já que se partia do pressuposto ou da suposição da existência de uma unidade política expressada pela vontade geral enquanto, na verdade, considerando a existência de uma sociedade cada vez mais heterogênea, essa vontade geral não poderia, de forma simplória, traduzir-se na vontade da maioria. Essa contradição empírica ensejou o que ROSANVALLON²⁴ denominou “crise da democracia”.

Por outro lado, não se pode negar que o conceito moderno de democracia também pressupõe a necessidade de controle externos do poder sobre o poder, como um esforço preliminar de assegurar a dialética entre poder de minorias e o poder de majorias, embora esse esforço também traga, em si, uma contradição empírica, já que, no desenho constitucional majoritário, o poder fragmentado dificultaria o controle dos cidadãos enquanto, na prática, existiria forte concentração de poderes na tomada de decisões políticas.

Com Duguit a noção de “vontade geral” é substituída pela de “interesse geral”, representando um prenúncio de autonomia do Executivo em face do Legislativo, porque se passa a admitir um novo

24 ROSANVALLON, Pierre. *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad, proximidad*. Buenos Aires: Manantial, 2009.

meio de legitimação democrática: a contratação racional e impessoal de funcionários públicos que se tornariam guardiões dos interesses gerais.

Conforme ROSANVALLON²⁵ aponta, no entanto, a partir da década de 1980, surge uma nova era de particularidades ensejando uma nova crise de legitimidade democrática estatal resultante de transformações econômicas e sociais que influenciaram a governabilidade e a relação entre sociedade e política, bem como da contribuição do capitalismo industrial para instaurar uma sociedade generalizada e o tratamento homogêneo de grupos sociais em situação de risco. Diante desses fatores, posteriormente, instaurou-se uma economia de particularidades, onde a noção de qualidade passa a ser o ponto central, formando-se, também, novas modalidades de liames sociais, distintos, portanto, do modelo simplificado de classes sociais, a ensejar elações inéditas entre indivíduos e instituições. Essa nova conformação social acaba por colocar em xeque o modelo de administração baseado na formulação de regras gerais aplicáveis aos administrados, fazendo com que o próprio Estado admita a formação de processos decisórios mais complexos.

A antiga noção de maioria cede lugar a de minoria porque a sociedade se transforma em um conjunto de situações minoritárias de todas as naturezas, de modo que, conquanto o mecanismo eleitoral-majoritário continue a vigorar para conferir legitimidade instrumental aos governantes eleitos, percebe-se claramente a necessidade de alteração dos paradigmas de legitimidade democrática em todos os meandros da administração pública, que experimenta novos arranjos institucionais para contemplar novos vieses da democracia segundo uma compreensão mais dinâmica e aberta²⁶.

Outra contradição empírica relativamente à formação desses novos arranjos institucionais diz respeito ao fato de congregarem instituições antimajoritárias²⁷, como as agências reguladoras, típicas de sistemas políticos proporcionalistas que se contrapõem aos sistemas políticos majoritários. Trata-se de mais uma contradição que decorre da aclimação de conteúdos jurídicos importados de realidades e modelos de organização estatais bastante distintos e que, no campo das entidades reguladoras autônomas, pode ensejar uma discussão acerca do problema da *accountability*.

Trata-se, sem dúvida, de um universo ainda em gestação e que fortalece o aceite de novos vieses para a conformação de democracia

25 ROSANVALLON, op. cit., 2009.

26 TEIXEIRA, Victor Epitácio Cravo. *A trajetória do poder regulamentar no pensamento político francês e seus reflexos no Brasil: um olhar para além dos manuais jurídicos*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, área de concentração "Direito, Estado e Economia". Brasília, 2011.

27 MELO, Marcus André. *O viés majoritário na política comparada. Responsabilização, desenho institucional e qualidade democrática*. In: RBCS, Vol. 22, n.º 63, fevereiro/2007.

– imparcialidade, reflexividade e proximidade – permitindo-se o reconhecimento da legitimidade democrática dos novos arranjos institucionais – que vão sendo formados nas sociedades cada vez mais complexas e heterogêneas – e, em especial, das agências reguladoras (legitimidade pela imparcialidade).

Essas novas modalidades de legitimidade tornaram-se complementares à legitimidade eleitoral-majoritária, levando o questionamento quanto à própria possibilidade de sustentação do modelo clássico de separação dos poderes, já que o Legislativo e o Executivo não mais poderiam ser compreendidos como dois entes isolados em suas funções supostamente típicas, mesmo porque esse ideário não se revela útil para explicar a realidade do funcionamento das instituições brasileiras²⁸.

A regulação, portanto, diferencia-se da regulamentação, exclusivamente exercida pela Presidência da República por meio da edição de decretos, mas poderia ser exercida por qualquer autoridade administrativa, não sendo atividade exclusiva das agências reguladoras. Em todo caso, a justificativa que muitos autores encontram para o exercício da função normativa das agências reguladoras corresponde à construção de uma teoria do regulamento autônomo, de um lado, ou da existência de delegação legislativa, de outro.

Esses argumentos, no entanto, não são suficientemente capazes de explicar a legitimidade democrática dos entes reguladores em face da conformação de novos arranjos administrativos e institucionais na perspectiva de uma sociedade cada vez mais complexa e heterogênea porque, ao fundo e ao cabo, remontam aos antigos dogmas liberais do ideário da separação de poderes.

Assim, entendo que as ideias mais inovadoras e condizentes com a nova conformação dos arranjos institucionais contemporâneos são as propostas por AGUIAR²⁹, complementadas por TEIXEIRA³⁰. Para o primeiro, as agências reguladoras experimentariam, na verdade, uma dificuldade em estabelecer a sua capacidade normativa como regulação propriamente, pois esta não estaria a ultrapassar a noção de lei, inserindo-se na função reguladora que é própria das agências dotadas de autonomia reforçada. Segundo TEIXEIRA³¹, a relação entre Executivo e Legislativo passa a ser marcada por espaços naturais e necessários de conflitos e arbitragem em meio às regras constitucionais. Para TEIXEIRA³², no entanto, considerando

28 MELO, op. cit., 2011.

29 AGUIAR, op. cit., 2011.

30 TEIXEIRA, op. cit., 2011.

31 TEIXEIRA, op. cit., 2011.

32 TEIXEIRA, op. cit., 2011.

os novos vieses democráticos, não apenas as agências reguladoras, mas, também, a Administração Central, poderiam expedir atos normativos “independentes”. A ideia de legalidade é substituída pela de juridicidade que é integrada pelo conceito de legitimidade e democracia.

Observa-se que o debate acerca do alcance do poder normativo das agências reguladoras sem afronta aos poderes conferidos ao Legislativo e, portanto, a discussão sobre a legitimidade democrática das agências reguladoras é acirrada. Várias obras literárias foram dedicadas ao tema, a exemplo da organizada por ARAGÃO³³, mas as ideias de ROSANVALLON³⁴ ascendem luzes para o tema afastando as conclusões de que os novos arranjos institucionais ensejaram a perda de legitimidade do poder político em detrimento da própria noção de soberania; ao contrário, o autor indica novas formas de legitimação política considerando a complexidade dos arranjos institucionais contemporâneos.

Há evidentemente uma celeuma acerca da questão referente à atuação do Poder Executivo e das Agências Reguladoras Independentes, não apenas quanto à expedição de atos normativos, mas, inclusive, sob o prisma da edição e da execução de políticas públicas, cuja solução encontra luzes acesas na doutrina pátria e internacional, mas não se pode negar tratar-se de um universo em construção.

A autonomia reforçada é relevante também para a conformação dos meios de articulação entre as agências reguladoras e o poder político (não apenas o Legislativo, mas, igualmente, o Executivo). Nesse contexto, a autonomia, nas dimensões administrativa e financeira, torna-se especialmente relevantes. Ademais, a ausência de relação hierarquizada com a Administração Central é essencial para proteger os entes reguladores das vicissitudes do poder político.

A solução, portanto, para a questão da observância e respeito à autonomia reforçada das agências reguladoras, sobretudo na dimensão do exercício do poder normativo, repousaria, a nosso ver, na definição de critérios ou limites de competências mais claros em relação à Administração Central e aos demais poderes políticos, proporcionando, de fato, aos entes reguladores, um maior afastamento das vicissitudes políticas.

33 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

34 ROSANVALLON, op. cit., 2009.

CONCLUSÃO

O modelo de Estado Regulador representa uma síntese de um processo histórico significativo, que se relaciona diretamente à sucessão dos paradigmas constitucionais e as concepções do Estado de Direito, enquanto ideia resultante da conjugação dos princípios da supremacia constitucional, da legalidade e da universalidade da jurisdição. Decorre da crise do Estado Social (desenvolvimentista), que propiciou uma alteração no perfil assumido pela Administração Pública perante o domínio econômico com mutações em certos parâmetros de organização administrativa e na relação entre o público e o privado.

Essas novas perspectivas jurídicas, institucionais, econômicas e sociais ensejaram mudanças de paradigmas para o Estado e possibilitaram novas visões sobre antigos dogmas (democracia, separação de poderes, relação entre Estado e sociedade e entre o público e o privado etc). Surgem propostas de novos modelos de governança ao tempo em que o mercado se volta para novas teorias econômicas, admitindo-se o Estado como novo centro de decisão política. Nesse contexto, emerge o atual modelo regulatório de Estado, de forma instrumental, diretamente vinculado ao conceito de regulação e à conformação institucional das agências reguladoras.

Trata-se de modelo que, no Brasil, foi construído a partir do desenho institucional de agência reguladora independente, como um modelo de gestão administrativo, adaptado no seu processos de reestruturação econômica. Foi implantado a partir da década de 1990, com inspiração, em grande medida, no arranjo institucional norte-americano pós *New-Deal*, que se estruturava na criação de agências com acentuado grau de autonomia em relação à Chefia do Poder Executivo e se fundava na ideia do insulamento político de administradores supostamente neutros e dotados de elevada qualificação técnica.

A esse despeito, observa-se a existência de significativas diferenças entre os cenários político, ideológico e econômico nos quais os modelos norte-americano e brasileiro foram implantados, de modo que, no Brasil, a regulação apresenta-se com características bastante específicas, especialmente se levarmos em consideração que, aqui, as agências surgiram muito mais da necessidade de estabilização da economia e de proteção dos menos favorecidos contra as oscilações dos mercados desregulados do que propriamente da característica da capacitação técnica das agências, tendo ocorrido no bojo de um amplo processo de privatizações e desestatizações³⁵. Assim, a noção de Estado Regulador não pode ser entendida como se houvesse uma configuração

35 BINENBOJM, op. cit., p. 89-90.

padronizada e unitária, porque existiria um modelo regulador de Estado, cuja implementação é variável e heterogênea, podendo se concretizar de diversas maneiras de acordo com as concepções históricas e ideológicas de cada sociedade³⁶.

O Estado Liberal não admitia a intervenção do Estado nas relações privadas, enquanto o Estado Social nelas intervinha demasiadamente, de modo a inflar a sua estrutura; em tal contexto, o Estado Regulatório emerge como um ponto de equilíbrio entre o Estado Liberal e o Estado Social, com a proposta de transferir a prestação de alguns serviços essenciais à iniciativa privada e atuar na fiscalização. E, “para este novo perfil de Estado, por vezes denominado Estado Regulador, é que se introduzem as agências reguladoras como instrumentos por excelência dessa nova etapa de atuação estatal”³⁷.

A regulação, por sua vez, pressupõe logicamente uma capacidade normativa. Nesse contexto, o Estado transfere para as mãos dos particulares a prestação de serviços públicos, fazendo-o por meio de “um projeto normativo mais elaborado voltado às especificidades de cada setor econômico”, a evidenciar mais nitidamente o papel do Poder Legislativo como formulador de políticas públicas gerais e de estruturação dos setores de interesse público” e o papel do Poder Executivo para exercício de uma “*função normativa conjuntural* destinada a acompanhar o setor no seu dinamismo, mas dentro da legalidade”. Restaria, assim, o questionamento acerca da ocorrência ou não de uma migração de funções do Poder Legislativo para o Poder Executivo, com auxílio das agências reguladoras “criadas para o fim de produção normativa complementar” ou se isso refletiria, na verdade, “um *aclaramento da sempre existente especialização funcional dos poderes*”³⁸.

Trata-se de tema relevante para a indicação geográfica e do papel desempenhado pelas agências reguladoras. Assim, ultrapassada a fase de privatizações, deu-se “uma *segunda onda* regulatória, instaurada pela submissão das agências ao teste da sucessão democrática no governo federal”, cuja preocupação não mais se volta apenas para a preservação da autonomia das agências, mas para o controle político, responsividade social e legitimidade democrática³⁹.

A regulação, como instrumental das agências reguladoras, embora derive diretamente do debate econômico, deve ser compreendida em contexto mais amplo, para abranger não apenas a fixação de regras de

36 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 25.

37 MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Balanço e Perspectivas das Agências Reguladoras no Brasil. In Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, n. 1, março/abril/maio de 2005 B. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-1-MAR%C7O-2005-FLORIANO%20DE%20AZEVEDO%20MARQUES%20NETO.pdf>>. Acesso em: 25/08/2013.

38 ARANHA, op. cit., p. 10.

39 BINENBOJM, op. cit., p. 96.

conduta e controle, mas, também, a proteção do interesse público. Nessa linha, no âmbito jurídico, o conceito de regulação engloba a regulação econômica (da atividade pública e privada) e a regulação social⁴⁰.

A respeito do novo modelo de atuação estatal, configuraria, em verdade, “produto em contínua construção”, uma vez que se refere “à sedimentação no modo pelo qual estão organizados os arranjos sociais e produtivos na esfera pública e o âmbito privado”⁴¹.

Convém destacar que o conceito de regulação, função reguladora e agência reguladora estariam intimamente relacionados. Juridicamente e do ponto de vista instrumental, “regulação” é a “função desempenhada pelas agências reguladoras”⁴², não se olvidando de que a função reguladora do estado ganha novos contornos a partir da inserção de elementos sociais externos ao direito⁴³. Nesse contexto, o conceito de regulação relaciona-se também com o debate e a aprovação de regras jurídicas, segundo a lógica da teoria do direito responsivo, que, por sua vez, remete para o contexto social como influência necessária para a construção regulatória e para a própria noção de integridade dos subsistemas jurídicos que cria. Verifica-se, assim, que o conceito jurídico de regulação agrega conteúdo normativo.

Nessa linha, o modelo das agências encontraria respaldo num conceito jurídico central: o de função reguladora. E, para o exercício dessa função reguladora, considerou-se, após amplo “debate jurídico, político e econômico”, serem necessárias a inserção de certas “prerrogativas institucionais, na forma de um modelo jurídico”, paulatinamente incrementado na medida em que “cada agência reguladora foi sendo criada, por cada lei específica”. Conhecidas as bases desse novo modelo jurídico, tem-se que as principais características do Estado Regulador e a sua formatação objetivam superar as distorções ocorridas nos modelos anteriores.

A partir dessas premissas, em 1996, foram criadas as primeiras agências reguladoras, com atributos como especialidade e autonomia decisória, como modelo regulador alternativo à regulação pelo mercado ou à regulação por contratos, objetivando garantir o atendimento, em níveis mínimos de qualidade, da demanda por prestação de serviços públicos e a fiscalização de atividades privadas mediante regulação.

Nesse modelo, são reconhecidos os valores da livre iniciativa, ao tempo em que se reserva, ao Estado, a regulação como instrumento

40 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade*. (p. 19/50). In. *Direito regulatório: temas polêmicos*. Coordenado por Maria Sylvania Zanella Di Pietro. Belo Horizonte: Fórum, 2004 B. p.21.

41 AGUIAR, op. cit., p. 110.

42 AGUIAR, op. cit., p. 108.

43 AGUIAR, op. cit., p. 103, 121-133.

para orientar a atividade privada à realização dos direitos fundamentais. A proposta do modelo regulatório brasileiro tenta conciliar diferentes concepções ideológicas, afigurando-se como mecanismo para equilibrar os valores provenientes do Estado Liberal com aqueles oriundos do Estado Social (desenvolvimentista), ao tempo em que também procura efetivar a democracia. Fala-se em modelo brasileiro porque o modelo de Estado Regulador é variável e heterogêneo na sua forma de concretização de acordo com os parâmetros do ordenamento jurídico em que se situa, mas, em qualquer caso, ele representa um novo patamar de intervencionismo no qual vigora o princípio da subsidiariedade porque se efetiva sob novas bases.

As agências reguladoras são um dos instrumentos para a concretização desse novo modelo de Estado, sobretudo se considerarmos a inclinação brasileira para o exercício de uma regulação operacional descentralizada. Elas surgem, também, diante da necessidade de intervenção (indireta) mais efetiva, o que se daria por meio de uma regulação normativa centralizada e voltada para o gerenciamento de conflitos. A regulação, portanto, pressupõe uma capacidade normativa, que assume características complexas (normatividade complexa), mais elaborada e voltada para as especificidades de cada setor regulado.

Embora existam diferenças formais entre as entidades reguladoras, elas compartilham algumas características. As principais características das agências reguladoras seriam a autonomia decisória e financeira, a estabilidade e a transparência⁴⁴. Já as diferenças decorrem das “peculiaridades da regulação de cada setor específico” e da “formação da cultura regulatória de cada órgão” e representam a diversidade de modos para organizar “as relações entre a sociedade, o Estado e o mercado”⁴⁵.

O modelo tradicional de Administração Pública fundado numa administração ministerial ou numa administração hierarquicamente organizada sob as ordens de um Ministro (autoridade máxima subordinada apenas à Presidência da República), mais moroso e embebido de critérios políticos, revelou-se inadequado “para os novos desafios regulatórios do Estado”. Assim, esse modelo é substituído por uma forma de administração plurifórmica e pluricêntrica, tendo-se acrescido, como consequência necessária disso, poderes amplos, especialmente, de natureza normativa, aos entes reguladores, considerando que esta seria a única forma pela qual seria possível desempenhassem satisfatoriamente (agilidade, informalidade, constante adaptação à realidade cambiante etc.) suas atribuições⁴⁶.

44 AGUIAR, op. cit., p. 99.

45 AGUIAR, op. cit., p. 99.

46 ARAGÃO, op. cit., 2001.

A doutrina brasileira tende a tratar o conceito de autonomia e independência como sinônimas, referindo-se à qualificação da agência, ora como autonomia, ora como independência. Existem críticas ao uso indiscriminado dos termos, mas, nosso objetivo foi apenas retratar essa característica do grau mais elevado de autonomia que esses entes possuem ou deveriam possuir. Em todo caso, como visto, inseridas na estrutura orgânica da Administração Pública, as agências reguladoras contribuem para a conformação de uma administração policêntrica.

A regulação configuraria, assim, um processo de formulação de regras e a sua concreta aplicação para modificar as ações de seus destinatários, sendo dificilmente enquadrada na construção tradicional e liberal-burguesa do princípio da separação dos poderes. Com efeito, um dos principais debates acerca do grau de autonomia mais elevado conferido às agências diz respeito à autonomia para o exercício da função reguladora, sobretudo, sob o prisma do exercício do Poder Normativo dentro de um contexto em que a configuração policêntrica da Administração fortalece a mudança de foco, no âmbito do Direito Público, do Legislativo – que deixa de ser considerado o poder central – para o Executivo.

O debate acerca da legitimidade democrática relaciona-se às ideias de democracia, representação e separação de poderes. Diante do postulado do princípio majoritário é possível observar uma contradição empírica e interna ao regime democrático já que se partia do pressuposto ou da suposição da existência de uma unidade política expressada pela vontade geral enquanto, na verdade, considerando a existência de uma sociedade cada vez mais heterogênea, essa vontade geral não poderia, de forma simplória, traduzir-se na vontade da maioria. Vivencia-se, assim, a denominada “crise da democracia”.

Com a substituição da ideia de vontade geral pela de interesse geral, enquanto prenúncio da autonomia do Executivo em face do Legislativo, o conceito de legitimidade democrática vai sendo ampliado. A esse despeito, novos fatores, a exemplo de transformações econômicas e sociais que influenciaram a governabilidade e a relação entre sociedade e política, instaurou-se uma economia de particularidades e uma nova conformação social acaba por colocar em xeque o modelo de administração baseado na formulação de regras gerais aplicáveis aos administrados, fazendo com que o próprio Estado admita a formação de processos decisórios mais complexos. Percebe-se claramente a necessidade de alteração dos paradigmas de legitimidade democrática em todos os meandros da administração pública, que experimenta novos arranjos institucionais para contemplar novos vieses da democracia segundo uma compreensão mais dinâmica e aberta⁴⁷, inclusive, mediante criação de instituições

47 TEIXEIRA, op. cit., 2011.

antimajoritárias⁴⁸, como as agências reguladoras, típicas de sistemas políticos proporcionalistas. Tal se deu pela aclimação de conteúdos jurídicos importados de realidades e modelos de organização estatais bastante distintos.

Trata-se, sem dúvida, de um universo ainda em gestação e que fortalece o aceite de novos vieses para a conformação de democracia – imparcialidade, reflexividade e proximidade – permitindo-se o reconhecimento da legitimidade democrática dos novos arranjos institucionais – que vão sendo formados nas sociedades cada vez mais complexas e heterogêneas – e, em especial, das agências reguladoras (legitimidade pela imparcialidade). Essas novas modalidades de legitimidade tornaram-se complementares à legitimidade eleitoral-majoritária, levando o questionamento quanto à própria possibilidade de sustentação do modelo clássico de separação dos poderes, já que o Legislativo e o Executivo não mais poderiam ser compreendidos como dois entes isolados em suas funções supostamente típicas, mesmo porque esse ideário não se revela útil para explicar a realidade do funcionamento das instituições brasileiras⁴⁹.

Nesse sentido, as ideias mais inovadoras e condizentes com a nova conformação dos arranjos institucionais contemporâneos são as propostas por AGUIAR⁵⁰, complementadas por TEIXEIRA⁵¹. Para o primeiro, as agências reguladoras experimentariam, na verdade, uma dificuldade em estabelecer a sua capacidade normativa como regulação propriamente, pois esta não estaria a ultrapassar a noção de lei, inserindo-se na função reguladora que é própria das agências dotadas de autonomia reforçada. Segundo TEIXEIRA⁵², a relação entre Executivo e Legislativo passa a ser marcada por espaços naturais e necessários de conflitos e arbitragem em meio às regras constitucionais. Para TEIXEIRA⁵³, no entanto, considerando os novos vieses democráticos, não apenas as agências reguladoras, mas, também, a Administração Central, poderiam expedir atos normativos “independentes”. A ideia de legalidade é substituída pela de juridicidade que é integrada pelo conceito de legitimidade e democracia.

A esse despeito, o debate acerca do alcance do poder normativo das agências reguladoras sem afronta aos poderes conferidos ao Legislativo e, portanto, a discussão sobre a legitimidade democrática das agências reguladoras é acirrada. Várias obras literárias foram

48 MELO, op. cit., 2007.

49 TEIXEIRA, op. cit., 2011.

50 AGUIAR, op. cit., 2011.

51 TEIXEIRA, op. cit., 2011.

52 TEIXEIRA, op. cit., 2011.

53 TEIXEIRA, op. cit., 2011.

dedicas ao tema, a exemplo da organizada por ARAGÃO⁵⁴, mas as ideias de ROSANVALLON⁵⁵ ascendem luzes para o tema afastando as conclusões de que os novos arranjos institucionais ensejaram a perda de legitimidade do poder político em detrimento da própria noção de soberania; ao contrário, o autor indica novas formas de legitimação política considerando a complexidade dos arranjos institucionais contemporâneos.

Há evidentemente uma celeuma acerca da questão referente à atuação do Poder Executivo e das Agências Reguladoras Independentes, não apenas quanto à expedição de atos normativos, mas, inclusive, sob o prisma da edição e da execução de políticas públicas, cuja solução encontra luzes acesas na doutrina pátria e internacional, mas não se pode negar tratar-se de um universo em construção. A autonomia reforçada é relevante também para a conformação dos meios de articulação entre as agências reguladoras e o poder político (não apenas o Legislativo, mas, igualmente, o Executivo). Nesse contexto, a autonomia nas dimensões administrativa e financeira tornam-se especialmente relevantes. Ademais, a ausência de relação hierarquizada com a Administração Central é essencial para proteger os entes reguladores das vicissitudes do poder político. A solução, portanto, para a questão da observância e respeito à autonomia reforçada das agências reguladoras, sobretudo na dimensão do exercício do poder normativo, repousaria, a nosso ver, na definição de critérios ou limites de competências mais claros em relação à Administração Central e aos demais poderes políticos, proporcionando, de fato, aos entes reguladores, um maior afastamento das vicissitudes políticas.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. *Os avanços e os dilemas do modelo pós-burocrático: a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente*. In: BRESSER, Luiz Carlos, e SPINK, Peter Kevin (coord.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A administração pública brasileira no contexto do Estado Democrático de Direito*. Curso de Especialização em Direito Público, UnB, disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=163>, acesso em 14/01/2013.

ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

AGUIAR, Alexandre Kehrig Veronese. *A judicialização das políticas públicas de telecomunicações e as demandas dos consumidores: o impacto da ação judicial*.

54 ARAGÃO, op. cit., 2006.

55 ROSANVALLON, op. cit., 2009.

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011.

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. *Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis in Revista dos Tribunais*, vol. 868, 2008, p. 58-68.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *As agências reguladoras independentes e a separação de poderes – uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais*. Revista dos Tribunais. vol. 786, p. 11 Abr/2001.

ARANHA, Márcio Iorio. *Direito Regulatório*. Unidade I. Curso de Especialização em Direito Público, UnB, disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=485>, acesso em 18/08/2013.

_____. *Direito Regulatório*. Unidade II. Curso de Especialização em Direito Público, UnB, disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=485>, acesso em 18/08/2013b.

ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. *Controle da atividade normativa das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro, Synergia, 2013.

AZEVEDO, Damião Alves de. *Texto-complementar 3: Ao encontro dos princípios: crítica à proporcionalidade como solução aos casos de conflito aparente de normas jurídicas*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 40 p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/course/view.php?id=9>, acesso em 22.05.2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

BANI, Elisabetta. *Stato regolatore e autorità indipendente. Letras formazioni Del diritto amministrativo*, Milano : Giuffrè, 1995 *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras independentes e a separação de poderes – uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais*. Revista dos Tribunais. vol. 786, p.11. Abr/2001.

BARROSO, Luiz Roberto, *Apontamentos sobre as Agências Reguladoras*. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. *As agências reguladoras independentes e democracia no Brasil* (p. 89/110). In *Agências Reguladoras e Democracia*. Coordenador Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

_____. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 5. ed. Brasília: UnB, 2000. v. 1.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais*. Material da 1ª aula da Disciplina Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional - UNISUL-IDP-REDE LFG.

BRUNA, Sérgio Varella. *Agências Reguladoras. Poder Normativo, Consulta Pública e Revisão Judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas e Direito Administrativo*. Revista de Informação Legislativa, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. de 1997.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *O princípio democrático sobre a pressão dos novos esquemas regulatórios*. Revista de Direito Público e Regulação. Coimbra: CEDIPRE – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, 2009, p.99/109.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo : Lejus, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011.

CARVALHO NETTO, Menelick de (2007). Entrevista. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, 65(4): 7-12, disponível em: http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2007/04/-sumario?next=20, acesso em 16/10/2013.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Bahia: JusPodivm, 2008.

CHEVALLIER, Jacques. *Les Autorités Administratives Indépendantes*, In *Encyclopaedia Universalis*, Paris, 1989 *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COELHO, Inocência Mártires. *Hermenêutica filosófica e hermenêutica jurídica. O direito como objeto cultural e o problema da compreensão. A dialética da aplicação do direito e o caráter exemplar da hermenêutica jurídica para as ciências do espírito. Diretrizes para uma hermenêutica jurídica estrutural*. Material da 4ª aula da Disciplina Teoria da Constituição e Hermenêutica Constitucional, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL - IDP – REDE LFG).

COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

_____. *A organização constitucional da função planejadora*. In: *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional* (Organizado por Ricardo Antônio Lucas Camargo). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

1995 *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COSTA, Alexandre Araújo; COSTA, Henrique Araújo. *Instrumentalismo x Neoinstitucionalismo: uma avaliação das críticas neoinstitucionalistas à teoria da instrumentalidade do processo*. *Revista Brasileira de Direito Processual RBDPro*, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70493>>. Acesso em: 12 julho 2012.

CUÉLLAR, Leila. *Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. Malheiros: São Paulo, 2008.

DINIZ, Eli, e AZEVEDO, Sérgio de. *Reforma do Estado e Democracia no Brasil*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 21.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Direito regulatório: temas polêmicos*. Coordenado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. *Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade*. (p. 19/50). In. *Direito regulatório: temas polêmicos*. Coordenado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Belo Horizonte: Fórum, 2004 B.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *As agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade*. In *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, n. 35, novembro de 2000, disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Agencias/AgenciasReguladoras.PDF>, acesso em 25/08/2013.

FOIS, Sergio. *Servizi e Interessi tra Privatizzazioni e Regolazione Publica*, em *Diritto e Società*. Vol. I, Padova, Cedam, 2000, *apud* JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRAU, Eros. *O discurso neoliberal e a teoria da regulação*, em *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional – Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995 (p. 59-75), *apud* JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2011 *apud* TEIXEIRA, Victor Epitácio Cravo. *A trajetória do poder regulamentar no pensamento político francês e seus reflexos no Brasil: um olhar para além dos manuais jurídicos*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de

Mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, área de concentração “Direito, Estado e Economia”. Brasília, 2011.

HOBBSHAWM, Eric. *Era dos Extremos : o breve século XX : 1914-1991*; tradução Marcos Santarrita ; revisão técnica Maria Célia Paoli — São Paulo : Companhia das Letras, 1995.

ISONI, Ananda Tostes. *Controle Judicial de Atos Regulatórios*. Monografia. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2011.

LA SPINA, Antonio. MAJONE, Giandomenico. *La Stato Regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000, *apud* JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

JUST, Gustavo. *O princípio da legalidade administrativa: o problema da interpretação e os ideais do direito público*. In: ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco (Coords.). *Princípio da legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MADISON, James. *Federalist n.º 51*. The Structure os the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments. For the Independent Journal. Wednesday, February 6, 1788. In: MADISON, James. JAY, John. HAMILTON, Alexander. *The federalist papers* (773 p.). Ibook, disponível na AppleStore.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes* (p. 79/80). In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Agências Reguladoras Independentes. Fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005 A.

_____. *Agências Reguladoras. Instrumentos do Fortalecimento do Estado*. São Paulo: Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR, folheto sem indicação de ano. Disponível em: <http://www.abar.org.br/images/publicacoes/agencias-reguladoras.pdf>, acesso em 18/10/2013.

_____. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Balanço e Perspectivas das Agências Reguladoras no Brasil*. In *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 1, março/abril/maio de 2005 B, disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-1-MAR%C7O-2005-FLORIANO%20DE%20AZEVEDO%20MARQUES%20NETO.pdf>, acesso em 25/08/2013.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. *A noção de administração pública e os critérios de sua atuação*. 2008(a). Texto base da disciplina Direito Administrativo do eixo comum do Curso de Especialização em Direito Público, Centro de Educação a Distância da Universidade de Brasília e Escola da Advocacia Geral da União, Brasília, 2008, disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=163>, acesso em 14/01/2013.

_____. *A Administração Pública e a Constituição*. 2008(b). Texto base da disciplina Direito Administrativo do eixo comum do Curso de Especialização em Direito Público, Centro de Educação a Distância da Universidade de Brasília e Escola da Advocacia Geral da União, Brasília, 2008.

MASSONETTO, Luís Fernando. *(Des)Regulação: em busca do senso perdido*. In *Direito regulatório: temas polêmicos*. Coordenado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 11. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MELO, Marcus André. *O viés majoritário na política comparada. Responsabilização, desenho institucional e qualidade democrática*. In: RBCS, Vol. 22, n.º 63, fevereiro/2007.

_____. *A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação*. In: RBCS, Vol. 16, n.º 46, junho/2001.

MENDES, Conrado Hübner. *Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão* (p. 129). In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito Econômico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988 apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do Espírito das Leis*. Tradução por Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Agências Reguladoras*. Revista dos Tribunais, vol. 791, p. 739-756, Set/2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Administração Pública Gerencial*. Rev. Direito, Rio de Janeiro, v.2, n. 4, jul./dez. 1998. Disponível em: http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc1998/revdireito1998B/est_adminpublica.pdf, acesso em 10/03/2013.

_____. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Mutações do Direito Administrativo: novas considerações (avaliação e controle das transformações)*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 2, junho/julho/agosto, 2005, disponível em: www.direitodoestado.com, acesso em 13/10/2013.

MOREIRA, Vital. *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. *Administração autônoma e associações públicas*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997 *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras independentes e a separação de poderes – uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais*. Revista dos Tribunais. vol. 786, p. 11. Abr/2001.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Rio de Janeiro: Revan, 2010, *apud* AGUIAR, Alexandre Kehrig Veronese. *A judicialização das políticas públicas de telecomunicações e as demandas dos consumidores: o impacto da ação judicial*. Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011.

NUNES, Edson de Oliveira e outros. *Agências Reguladoras e Reforma do Estado no Brasil: inovação e continuidade no sistema político-institucional*. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado*. In: BRESSER, Luiz Carlos, e SPINK, Peter Kevin (coord.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

_____. *Da Administração Pública Burocrática à Gerencial*. *Revista do Serviço Público*, 47(1) janeiro-abril 1996. Trabalho apresentado ao seminário sobre Reforma do Estado na América Latina organizado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado e patrocinado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (Brasília, maio de 1996), disponível em: <http://blogs.al.ce.gov.br/unipace/files/2011/11/Bresser1.pdf>, acesso em 10.mar.2013.

PITKIN, Hanna Fenichel. *Representação: palavras, instituições e ideias*. Tradução: Wagner Pralon Mancuso e Pablo Ortellado (Originalmente “Representation”, publicado em Terence Ball; James Farr; Russell Hanson (orgs.). *Political innovation and conceptual change*. Cambridge, Cambridge University Press, 1989). In: Lua Nova, São Paulo, 67: 15-47, 2006.

ROSANVALLON, Pierre. *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad, proximidad*. Buenos Aires: Manantial, 2009.

REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1998.

SALGADO, Lucia Helena. *As agências regulatórias na experiência brasileira: um panorama do atual desenho institucional*. Texto para discussão, n.º 941, Rio de Janeiro, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, mar. 2003, disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055672.PDF>, acesso em 13.out.2013.

SCOTTI, Guilherme. *Texto-base 2: Teorias jurídicas positivistas*. CEAD/UnB, 2013. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/course/view.php?id=9>, acesso em 22.abr.2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Ovídio A. Batista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

STUCHI, Carolina Gabas. *Regulação e desregulação diante dos princípios da administração pública*(p.96/122) In. *Direito regulatório: temas polêmicos*. Coordenado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. *A Administração Pública na Era do Direito Global*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

_____. *Introdução às Agências Reguladoras*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Agências reguladoras e os novos valores e conflitos*, p. 1294 e 1296. In: Anais da XVII Conferência Nacional dos Advogados. *Justiça: realidade e utopia*. Vol. II, Rio de Janeiro: Ordem dos Advogados do Brasil, 1999(b).

_____. *Agências reguladoras*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, n. 3, 2003, p.487-442 *apud* AGUIAR, Alexandre Kehrig Veronese. *A judicialização das políticas públicas de telecomunicações e as demandas dos consumidores: o impacto da ação judicial*. Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011.

TÁCITO, Caio. *Agências reguladoras na Administração*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, jul/set. 2000.

TEIXEIRA, Victor Epitácio Cravo. *A trajetória do poder regulamentar no pensamento político francês e seus reflexos no Brasil: um olhar para além dos manuais jurídicos*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, área de concentração “Direito, Estado e Economia”. Brasília, 2011.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no Domínio Econômico – O Direito Público Econômico no Brasil*, Ed. fac-similar, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1998.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 3. ed., Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Coord. J. J. Gomes Canotilho. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 401-405 *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras independentes e a separação de poderes – uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais*. Revista dos Tribunais. vol. 786, p. 11. Abr/2001.