

---

# AGÊNCIAS REGULADORAS: DO SURGIMENTO E DA LEGITIMIDADE DO PODER NORMATIVO

*REGULATORY AGENCIES: THE RISE AND LEGITIMACY OF THE  
NORMATIVE POWER*

---

*Júlia de Carvalho Barbosa*

*Procuradora Federal*

*lotada na Procuradoria Federal Especializada da ANATEL*

*Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília*

*Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia*

**RESUMO:** O presente artigo se debruça no estudo da legitimidade do poder normativo das agências reguladoras. Inicialmente, é traçado um breve histórico do contexto norte americano que culminou no surgimento das agências reguladoras. Em seguida, são apresentadas diferentes perspectivas acerca da legitimidade do poder normativo desses entes da Administração, incluindo a análise da doutrina estrangeira e brasileira. Ao longo deste estudo, é dado destaque à teoria do autor francês, Pierre Rosanvallón, para quem a representatividade das autoridades independentes decorre principalmente dos seus procedimentos de participação da sociedade. Por fim, conclui-se pela legitimidade do poder normativo fundamentada na participação da sociedade, por meio da consulta pública, tendo em vista o paradigma do Estado Democrático de Direito e os fundamentos republicanos instituídos no art. 1º da Constituição Federal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Agência Reguladora. Surgimento. Legitimidade. Poder Normativo. Estado Democrático de Direito. Consulta Pública.

**ABSTRACT:** This article focuses on the study of the legitimacy of normative power of regulatory agencies. Initially, it is traced a brief history of the North American context that culminated in the emergence of regulatory agencies. They are then presented different perspectives about the legitimacy of the legislative power of these entities of Directors, including the analysis of foreign and Brazilian doctrine. Throughout this study, emphasis is placed on the theory of French author, Pierre Rosanvallón, for whom the representation of independent authorities stems mainly from its procedures for participation. Finally, we conclude the legitimacy of normative power based on the participation of society, through public consultation, given the paradigm of democratic rule of law and republican foundations established in art. 1 of the Federal Constitution.

**KEYWORDS:** Regulatory Agency. Rise. Legitimacy. Normative Power. Democratic State of Law. Public Consultation.

## INTRODUÇÃO

A criação das agências reguladoras marcou a implementação do Estado Regulador<sup>1</sup> e tem origem no reconhecimento das deficiências do Estado tradicional em atender as demandas sociais. Neste artigo, será traçado inicialmente um breve histórico do contexto norte americano que culminou no surgimento das agências reguladoras. Será retratada a desconfiança dos juristas gerada pela quebra de paradigma da concepção tradicional da separação dos poderes, acompanhada, por outro lado, da ampla aceitação dessas instituições independentes pela sociedade, cansada da burocracia que até então dava o tom da administração pública.

Em seguida, verifica-se que em face da criação e do surgimento das agências reguladoras levantou-se o questionamento acerca de sua legitimidade. A indagação é pertinente, tendo em vista, principalmente, que a elas é atribuído o poder regulamentar, ou seja, elas detêm autonomia para produção normativa, a qual o cidadão deverá se submeter, porém elas não derivam diretamente da escolha do povo, que não elege os seus dirigentes.

O grau de autonomia das agências reguladoras e seus poderes quase-legislativos revelam um problema embrionário, anterior a qualquer análise que se possa fazer a respeito desses entes especiais da Administração: a suposta falta, ou o “déficit de legitimidade democrática na atuação normativa: a dificuldade em se justificar a existência de órgãos normativos com aparente origem não democrática.”<sup>2</sup>.

## 1 DO SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

De início, é importante ter em mente que as agências reguladoras caracterizam-se por possuírem função híbrida, é dizer, ao mesmo tempo exercem a função executiva, normativa e judicial (julgamento dos processos administrativos, regidos pela Lei nº 9.784, de 1999).

Nesse contexto, pode-se afirmar que as agências reguladoras quebraram o paradigma da concepção tradicional da separação dos poderes<sup>3</sup>, que trazia uma percepção estanque e rígida de funções atribuídas a cada poder. À medida que foram sendo criadas as agências reguladoras para

1 ARANHA, Márcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório*: Fundamentos de Direito Regulatório. Scotts Valley, CA: CreateSpace, 2013.

2 MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. O reforço da legitimidade democrática das agências reguladoras. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8881](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8881)>. Acesso em: nov 2013.

3 ARANHA, *ibidem*, p. 69-73.

cuidarem dos mais diversos campos dos serviços públicos no país – telefonia, energia elétrica, transportes terrestres, petróleo, etc. – o poder executivo, no caso, a administração direta, teve reduzido o seu campo de poder administrativo-executivo.

Historicamente, os Estados Unidos foram o primeiro país a criar instituições equivalentes às agências reguladoras, no início do século XIX. Mais especificamente, em 1887, o *Interstate Commerce Act* representou um marco para o começo de uma nova gestão pública naquele país. Isso porque, por meio dele, passou-se a fixar regras de práticas tarifárias das companhias ferroviárias, proibindo discriminações e abusos e especialmente, foi criada uma autoridade independente especial chamada *Interstate Commerce Comission*. Esta nova instituição criada por meio do ato citado, além do poder de criar regramentos, estava encarregada de executar as medidas por ela mesma criada e de regular o setor ferroviário, o que rompia, significativamente, com o paradigma clássico da separação dos poderes<sup>4</sup>.

À época, o contexto histórico e social vivido nos Estados Unidos nos idos dos anos de 1880, de um Estado Federal fragilizado e em crise de legitimidade, levou à necessidade da criação de instituições fortes e autônomas ao poder executivo, para que passassem a administrar os serviços públicos essenciais à população, a exemplo do ferroviário. Ademais, havia a necessidade de que essa instituição criada fosse muito competente, a ponto de resolver as questões tarifárias do serviço, aprovar regras e fixar normas, o que demandava um conhecimento técnico específico, o qual não detinha a administração pública<sup>5</sup>. Nesse contexto, também se percebeu a necessidade de criação de regras mais maleáveis, com processo de edição e aprovação mais simples e célere, a ponto de atender mais imediatamente à demanda da sociedade, o que se contrapunha à realidade burocrática até então vigente na administração pública<sup>6</sup>.

Pode-se dizer, assim, que a *Interstate Commerce Comission* serviu como verdadeiro modelo paradigmático ao surgimento de novas instituições independentes de regulação nos Estados Unidos, tais como a *Federal Communications Commission*, a *Securities and Exchange Comission* e a *National Labor Relations Board*<sup>7</sup>. Em comum, essas

---

4 ROSANVALLÓN, Pierre. *La legitimidade democrática*. Imparcialidad, reflexividad, proximidad. Buenos Aires: Manatíal. p. 123.

5 Ibidem, p. 120.

6 Ibidem.

7 Ibidem, p. 124.

instituições tinham as seguintes características: a subtração das pressões políticas, independência ao poder executivo, imparcialidade, capacidade de implementar políticas públicas, cuja duração ia além do período do mandato eletivo, e a adoção de medidas coerentes e técnicas, tendo em vista a composição por membros expertos, com conhecimento técnico<sup>8</sup>.

Por apresentar tais características, a consequência foi a ampla aceitação dessas instituições independentes pela sociedade, cansada da burocracia que até então dava o tom da administração pública. Ademais disso, pode-se afirmar que historicamente a desconfiança no Poder Executivo, influenciado fortemente pela conjuntura e aspectos políticos e partidários, foi fundamental para o surgimento e ao desenvolvimento dessas novas autoridades<sup>9</sup>.

Com efeito, o sucesso norte americano com a experiência das instituições independentes logo chegou à Europa, onde também foram criadas. Outrossim, a necessidade de regulação mais específica e técnica dos serviços públicos se espalhou por outros Estados, o que levou à criação das autoridades independentes em diferentes países, além dos Estados Unidos<sup>10</sup>.

Contudo, a propagação dessas instituições levou invariavelmente ao questionamento de sua legitimidade, uma vez que eram compostas por membros não eleitos pelo povo, que não eram escolhidos pela sociedade, diferentemente do que acontecia na administração burocrática que antes predominava. Nesse ponto, importa destacar que desde a criação dessas autoridades de regulação nos Estados Unidos surgiu um questionamento acerca da constitucionalidade desses organismos. Elas foram surgindo e sendo criadas, sem que em paralelo a isso houvesse a devida teorização e conformação constitucional. A verdade é que, os constitucionalistas norte americanos as consideravam anomalias jurídicas, que não se enquadravam no ordenamento vigente<sup>11</sup>.

De outra banda, os cidadãos se mostravam cada vez mais confiantes nas instituições independentes do que nos partidos políticos ou no Executivo para implementação de soluções em favor dos interesses sociais. Essas novas autoridades criadas se mostraram, perante a sociedade, mais objetivas e mais imparciais, o que afinal lhes conferia uma legitimidade maior que as autoridades eleitas. Nesse ponto, para

---

8 ROSANVALLÓN, op. cit., p. 125.

9 Ibidem, p. 127.

10 Ibidem, p. 125-126.

11 Ibidem, p. 129.

ilustração e melhor compreensão, importa transcrever o seguinte trecho do texto “*La legitimidad democrática*”:

En un registro cercano, otras investigaciones destacaron que los ciudadanos claramente confiaban más en las asociaciones que en los partidos políticos para proponer soluciones a favor del interés general. Por su parte, los importantes trabajos de Tom Tyler en psicología social destacaron fuertemente la centralidad del comportamiento imparcial en la aprehensión social de la legitimidad de una administración. De esta manera, las instituciones percibidas como las más objetivas, las más imparciales si se quiere, son consideradas como las más aptas para servir al bien común. Esos datos permiten comprender que, aunque electas, las instancias pueden ser consideradas menos legítimas que otras que no fueron sometidas a la misma *prueba de establecimiento*. Esos hechos invitan precisar las razones por las cuales a las autoridades independientes se les puede reconocer un carácter intrínsecamente democrático. Sólo con esa condición la revolución silenciosa constituída por su desarrollo puede, en efecto, ser verdaderamente comprendida<sup>12</sup>.

Com efeito, o que se extrai de mais relevante do texto supra transcrito é a legitimidade conferida às instituições independentes pelos próprios cidadãos, por meio de uma diferente perspectiva, que não aquela conhecida e institucionalizada por meio do processo eleitoral, mas sim decorrente da conduta imparcial e objetiva na prestação da administração.

Deste modo, dentro do contexto norte-americano, se por um lado havia certa desconfiança diante do surgimento desses novos organismos da administração, por serem, até então, imprevistos nos ordenamentos jurídicos, de outro, havia a receptividade e a confiança da sociedade, que lhes conferia, em última análise, legitimidade.

## 2 DA LEGITIMIDADE DO PODER NORMATIVO

As agências são criadas por lei e por isso, há doutrinadores que se limitam a afirmar que elas possuem uma legitimidade derivada. Ou seja, a legitimidade decorreria de lei anterior que estabelece o poder normativo. Nesse ponto, importa destacar que no Brasil, há diversas correntes

---

<sup>12</sup> ROSANVALLÓN, op. cit., p.133-134.

doutrinárias para justificar a constitucionalidade do poder regulamentar das agências reguladoras, sendo que predomina o entendimento de que a legitimidade do poder normativo decorre de sujeição especial e da teoria da deslegalização<sup>13</sup>.

A teoria da sujeição especial afirma que é possível a produção de atos normativos pelas agências direcionados aos delegatários do serviço público, desde que respeitadas as regras gerais estabelecidas em lei e os limites da desconcentração normativa, a serem observadas pelo regulador. A teoria da deslegalização, por outro lado, preconiza que o ato regulatório decorre diretamente da lei e será legítimo, desde que observe os preceitos gerais, parâmetros e limites fixados na lei.

Como se vê, as duas correntes são muito similares, na medida em que ambas preveem a submissão do poder normativo ao princípio da legalidade, e tiveram ampla aceitação no Brasil. Nesse sentido, ademais, o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Constitucionalidade nº 1668-DF, de 1997, se posicionou pela constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras. Senão vejamos:

[...] nada impede que a Agência tenha funções normativas, desde, porém, que absolutamente subordinadas à legislação, e, eventualmente, às normas de segundo grau, de caráter regulamentar, que o Presidente da República entenda baixar. Assim, [...] entendo que nada pode subtrair da responsabilidade do agente político, que é o Chefe do Poder Executivo, a ampla competência reguladora da lei das telecomunicações. Dou interpretação conforme para enfatizar que os incisos IV e X referem-se a normas subordinadas à lei e, se for o caso, aos regulamentos do Poder Executivo.<sup>14</sup>

O STF chancela o entendimento de que, desde que observado o princípio da legalidade, admite-se a função normativa das agências reguladoras. Acontece que a constitucionalidade formal reconhecida pelo STF, tomando-se uma perspectiva meramente teórica, não parece ser suficiente para corroborar a legitimidade das agências reguladoras e do seu poder regulamentar.

Entendemos que o questionamento da legitimidade do poder normativo persiste e deve ser tratado a fundo. Isso porque, as leis, como se sabe, submetem-se a um complexo processo legislativo de aprovação e são elaboradas e aprovadas por membros do Poder Legislativo, que

13 MARTINS, op. cit., 2011.

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *ADin-MC nº 1.668-DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, julgado em 20 de agosto de 1998. Publicado no Diário da Justiça em 31 de agosto de 1998.

são democraticamente eleitos pelos cidadãos. A produção normativa das agências, por outro lado, deriva de um processo simplificado de aprovação e é elaborada e editada por servidores e tecnocratas que não possuem mandato popular. Muitas das vezes, trata-se de servidores públicos, ocupantes de cargo efetivo da Administração, ingressos no serviço público por meio de concurso. É dizer, não foi por meio de escolha popular que os membros das agências, responsáveis pela elaboração dos atos normativos, assumiram o cargo público. É daí que surge o questionamento acerca da legitimidade dos atos normativos produzidos pela Administração indireta.

Nesse diapasão, analisando-se a legitimidade das agências reguladoras, cumpre aprofundar a temática, destacando a perspectiva abordada pelo cientista político francês, Pierre Rosanvallón, em seu texto *“La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad, proximidad”*. No referido texto, o autor francês parte da premissa de que a legitimidade das autoridades independentes não tem sua fonte direta nos cidadãos, uma vez que são criadas por lei e não surgem de eleição. Todavia, outro tipo de perspectiva de legitimidade pode ser atribuída a elas, que advém da importância e da qualidade de seus serviços prestados, é o que o autor chama de “legitimidade de eficácia”, corroborada pelos cidadãos usuários dos serviços regulados. Trata-se, portanto, de uma legitimidade funcional<sup>15</sup>.

Contudo, o autor vai além e indaga: *“¿Es posible ir más lejos e considerar que esas autoridades pueden estar dotadas de una legitimidad propiamente democrática?”*<sup>16</sup>. A resposta a essa questão não é simples e para tanto devem ser analisados uma série de elementos tais como o caráter representativo das autoridades independentes, se são socialmente aceitas, e se estão submetidas a provas de estabelecimento e de prestação de contas.

De todo modo, o questionamento central a se fazer, conforme o autor, é: *“¿Un poder puede ser representativo aunque no proceda de una elección?”*<sup>17</sup>. Em resposta a essa indagação, Pierre Rosanvallón afirma que as autoridades independentes não podem ser consideradas instituições representativas, sob o ponto de vista da teoria política, uma vez que não são instituídas por meio de mandatos, é dizer, não decorrem de processo eleitoral, com voto popular e se quer possuem qualquer dimensão de caráter sociológico ou cultural da coletividade. Segundo o autor, elas não

15 ROSANVALLÓN, op. cit., p. 135.

16 Ibidem, p. 135.

17 Ibidem, p. 136.

apresentam, portanto, caráter democrático, no sentido procedimental (eleição) e funcional-substancial<sup>18</sup>.

No entanto, a representatividade das autoridades independentes, segundo Rosanvallón, pode ser considerada sob outra perspectiva. Isso porque, a sociedade pode ser representada de diferentes formas, além das tradicionais por delegação e por figuração. De acordo com o autor, a representatividade pode decorrer do que ele chama de “representatividade por atenção”. Nesse ponto, o autor explica:

Una autoridad independiente puede ser “clásicamente” representativa al estar estructuralmente constituida de modo pluralista, como es el caso del esquema norteamericano de composición bipartidario. Pero también puede serlo *prácticamente*, mediante sus procedimientos y su movimiento permanente de apertura y escucha, por su receptividad ante las aspiraciones y demandas de la sociedad. En ese caso, la representación significa atención a los problemas de la sociedad, sus conflictos y sus divisiones; es preocupación por su diversidad y por todos sus integrantes, solicitud particular también hacia aquellos miembros que tienden a ser los menos escuchados. Ser representativo significa aquí prestar atención a ciertas necesidades específicas de la sociedad y, al mismo tiempo, devolverles todo su lugar en derecho y en dignidad a los más invisibles de sus miembros. Es la *accesibilidad* de una instancia que constituye en ese caso el equivalente de lo que es la proximidad en el marco de la representación electoral. Se trata, por cierto, de una dimensión “modesta” de representación. Si bien no tiene la visibilidad ni la fuerza de los mecanismos que permiten la expresión política global de la sociedad, sin embargo contribuye a devolverle una voz y un lugar a quienes tienden a ser olvidados o soslayados. También insta una cierta permanencia de la atención a la sociedad en campos particulares, mientras que las elecciones sólo son intermitentes. Hay, pues, en esta forma de representación- atención una dimensión complementaria y reparadora de la representación-delegación.<sup>19</sup>

Pois bem. Conforme o entendimento do autor francês, a representatividade das autoridades independentes, ou das agências reguladoras, objeto de estudo neste trabalho, decorre dos seus

18 Ibidem, p. 136-137.

19 ROSANVALLÓN, op. cit., p. 137.

procedimentos de participação da sociedade e de sua composição pluralista. Em outras palavras, o que o autor quer demonstrar é que, ao estar “aberta” e atenta aos anseios e demandas sociais, por meio de procedimentos próprios e específicos, as autoridades independentes acabam por dar mais atenção aos conflitos sociais e a oportunizar a participação daqueles que costumam ser marginalizados dos processos decisórios da Administração. Segundo Rosanvallón, essa abertura e proximidade com os problemas sociais confere uma legítima representatividade às autoridades independentes.

No âmbito específico da Agência Nacional de Telecomunicações-Anatel, a título exemplificativo, pode-se citar o procedimento da consulta pública, como ferramenta de participação social no processo decisório da Administração, conferindo-lhe, ao final, legitimidade. Pode-se dizer, que a consulta pública insere-se, na visão de Rosanvallón, no conceito de *accesibilidad*, pois confere ao ente da Administração uma aproximação com a sociedade, permitindo-lhe prestar maior atenção as suas necessidades específicas.

Seguindo essa linha de raciocínio, que reconhece na consulta pública um instrumento de participação social, destaca-se o entendimento do professor brasileiro, Gustavo Binenbojm, ao analisar o déficit democrático das agências, sob a perspectiva do controle social e a legitimação pelo procedimento, afirmando:

Por fim, de parte os mecanismos de controle exercidos pelos poderes instituídos, a participação dos cidadãos se apresenta como a mais alentada forma de suprimento do problema do déficit de legitimação democrática das agências independentes. 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 responsabilidade social de sua atuação, o fomento à participação social nos processos regulatórios seria uma possível maneira de reforçar a autoridade das decisões das agências.

No Brasil, ainda que de forma incipiente, a participação popular nas atividades das agências reguladoras encontra previsão nos dispositivos legais aplicáveis a determinadas agências. Dessa forma, instituem-se veículos de controle social dos seus atos, os quais, quase sempre, causam grande repercussão na esfera de interesses dos usuários e dos cidadãos inseridos na realidade econômica regulada. Os mecanismos fundamentais de participação e controle

social sobre a atividade administrativa são as audiências públicas, consultas públicas e os conselhos consultivos<sup>20</sup>.

De outra banda, o autor, Rosanvallón, ainda acrescenta a perspectiva da imparcialidade das autoridades independentes como uma dimensão representativa. Isso porque, o comportamento imparcial do ente se revela em uma conduta que leva em consideração todos os pontos de vista possíveis de um problema, buscando não desatender a nenhuma situação. Com efeito, diante da evolução e da propagação das autoridades independentes, entre elas, as agências reguladoras, Rosanvallón chega à conclusão que se constituíram dois polos com mecanismos distintos nas democracias contemporâneas: de um lado, a ordem democrática, *stricto sensu*, organizada em torno da eleição e de outro, uma nova ordem representativa, composta pelas autoridades independentes. Para o estudioso francês, os dois mecanismos conformam um sistema e decorrem de uma evolução histórica, que traduz a dualidade das expectativas dos cidadãos.

Aprofundando a análise acerca da legitimidade das autoridades independentes, Rosanvallón destaca mais um aspecto, o caráter colegiado desses entes. De acordo com o autor, de modo geral, os Conselhos, ou Diretorias são compostos entre cinco a dez membros, variando em cada país, sendo certo que não são eleitos diretamente pelo voto do povo, tal como acontece com as autoridades do Poder Executivo<sup>21</sup>. Contudo, é relevante frisar que o processo decisório das autoridades independentes, por sua composição colegiada, acaba por conferir mais uma característica própria a esses entes, que os diferencia do Poder Executivo. Nesse contexto, observa-se que a decisão da autoridade independente é decorrente de um processo decisório deliberativo e pluralista, ao passo que, no Poder Executivo, há apenas um “*decisor soberano*”<sup>22</sup>. Esse seria, segundo o autor, mais um aspecto a conferir legitimidade às decisões das agências.

Deste modo, tendo em vista o seu processo decisório pluralista e colegiado, pode-se dizer que a legitimidade das autoridades independentes também deriva dos procedimentos de decisão. Ademais, insta esclarecer que os órgãos de decisão são compostos por personalidades sem mandato político.

20 BINENBOJM, Gustavo. As Agências reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, ago./set./out. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 06 jan. 2014.

21 ROSANVALLÓN, op. cit., p. 142-144.

22 Ibidem, p. 142.

Segundo Rosanvallón, por meio do sistema colegiado, se produzem as condições estruturais de uma deliberação racional e o desenvolvimento de uma forma de inteligência coletiva. Além disso, o caráter plural da autoridade leva, em geral, a melhores decisões que as monocráticas, o que representa, em regra, uma vantagem. O autor ainda destaca que o modo de renovação do colegiado, de forma fracionada, também fortalece a legitimidade das decisões das autoridades independentes, sem contar que a composição colegiada constitui uma proteção às autoridades independentes que têm que muitas vezes enfrentar situações em que têm que aplicar sanções aos entes regulados<sup>23</sup>. Por tudo isso, o autor destaca que o sistema colegiado favorece o desenvolvimento de qualidades verdadeiramente democráticas no funcionamento das autoridades independentes.

## **2.1 A LEGITIMIDADE DO PODER NORMATIVO À LUZ DOS FUNDAMENTOS ESTABELECIDOS NO ARTIGO 1º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

A despeito de toda a teoria até aqui desenvolvida acerca da legitimidade das agências reguladoras e de seu poder normativo, é imprescindível a sua análise à luz da Constituição Federal, especialmente no que tange ao art. 1º.

Partindo da premissa de que o fundamento da legitimidade precede à institucionalização do poder político no Estado, Márcio Iorio Aranha aduz que um dos pressupostos do Estado Regulador é a forma como se dá o mecanismo de manifestação da legitimidade. Como se vê, portanto, Aranha atribui à participação política a legitimidade da ação regulatória do Estado, desvinculando-a de uma figura específica.

Pois bem, para o início dessa análise, traz-se à colação o entendimento do referido professor brasileiro, sobre a legitimidade do poder normativo do Estado Regulador:

Assim, outro pressuposto do Estado Regulador está na questão do *modus operandi* de manifestação da legitimidade política. É certo que o Estado Regulador, ao beber da estruturação administrativa do Estado Administrativo, do engrandecimento da figura burocrática, da expertise técnica e da concentração das funções estatais na etapa de planejamento e execução de leis, amesquinha a antes dominante função legislativa de canalização da legitimidade política e, com isso, lança a questão fundamental sobre como a agora predominante função administrativa do Estado, indiferenciada da função política

---

<sup>23</sup> Ibidem, p. 144.

– ou, sob outro enfoque, tendo avançado sobre ela – angaria legitimidade política.

[...]

Os teóricos do Estado Administrativo também têm sua fórmula: a legitimidade de governar recai sobre o administrador. Nesse aspecto, os caminhos do Estado Administrativo e do Estado Regulador se bifurcam, à medida em que se pode cogitar do Estado Regulador com base nas mais diversas explicações de legitimidade, muito embora o reforço da relação entre legitimidade e expertise técnica seja bem-vinda a pensadores daquela tradição do Estado Administrativo. Não é incomum, entretanto, relacionar-se o Estado Regulador às tradições de participação política da virtude política e do republicanismo em um movimento de despersonalização da legitimidade, que deixa de ser referida ao guardião, ao filósofo, ao estrategista, ao cientista, ao monarca, ao proletariado, ao *Führer*, ser referida à institucionalização da dimensão política do ser. Assim, os pressupostos do Estado Regulador gravitam entre as percepções da regulação como o reino da expertise, passando pela concepção do administrador como síntese de legitimidade de uma distribuição de poderes estatais dividida entre a administração das leis e o poder de veto político e, finalmente, a compreensão da regulação como espaço público ou como institucionalização de virtude política e republicanismo<sup>24</sup>.

Nessa linha seguida por Aranha, no sentido de que a legitimidade do poder normativo se fundamenta na participação popular no processo de produção normativa, há de se destacar que a Constituição Federal, em seu art. 1º, estabeleceu os fundamentos do Estado brasileiro, bem como instituiu o Estado Democrático de Direito. Além disso, a cidadania e o pluralismo político foram elevados à condição de fundamentos da República Federativa do Brasil. Senão vejamos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

24 ARANHA, Márcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório*: Fundamentos de Direito Regulatório. Scotts Valley, CA: CreateSpace, 2013. p. 13-15.

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Desse modo, pode-se afirmar que o procedimento de participação popular no processo de elaboração dos atos normativos exarados pelas agências reguladoras revela-se como manifestação da cidadania e do pluralismo político. No mesmo passo, representa o exercício efetivo da democracia, ao permitir que qualquer cidadão tenha o poder de interferir no processo e de modificar efetivamente a norma a ser editada.

Ademais, sob a ótica do cidadão, o direito de participar no procedimento da consulta pública é fundamentado pelo art. 5º da Constituição Federal, inciso XXXIV, que estabelece o direito de petição<sup>25</sup>. Senão vejamos:

Art. 5º, XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

Assim sendo, a autoridade administrativa não pode se esquivar de se manifestar sobre a contribuição apresentada pelo cidadão, sob pena de estar violando a garantia constitucional do direito de petição. Outrossim, o art. 37, § 3º, *caput*, da Constituição prevê a participação do usuário na administração direta e indireta, *verbis*:

Art. 37, § 3º: A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

---

25 BRUNA, Sérgio Varella. *As agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 271.

Portanto, a participação popular no processo de produção normativa legitima-o na medida em que se revela como uma manifestação do Estado Democrático de Direito, por meio do exercício efetivo da democracia pelo cidadão, que exerce inclusive o seu direito de petição garantido constitucionalmente e garante o pluralismo político das decisões da agência.

### **3 CONCLUSÃO**

O presente artigo traçou inicialmente um breve histórico do contexto norte americano que culminou no surgimento das agências reguladoras. Foi retratada a desconfiança dos juristas gerada pela quebra de paradigma da concepção tradicional da separação dos poderes, acompanhada, por outro lado, da ampla aceitação dessas instituições independentes pela sociedade, cansada da burocracia que até então dava o tom da administração pública.

Desde a criação das agências reguladoras nos Estados Unidos surgiu um questionamento acerca da constitucionalidade e da legitimidade desses organismos. Contudo, os cidadãos se mostravam cada vez mais confiantes nas instituições independentes do que no Executivo para implementação de soluções em favor dos interesses sociais. Essas novas autoridades criadas se mostraram perante a sociedade mais objetivas e mais imparciais, o que afinal lhes conferia uma legitimidade maior que as autoridades eleitas.

Em seguida, discorreu-se sobre a legitimidade do poder regulamentar das agências reguladoras. Foram apresentadas diferentes perspectivas da legitimidade, incluindo a análise da doutrina estrangeira e brasileira, sendo que foi dado destaque à teoria do autor francês Pierre Rosanvallón.

Como demonstrado, para o autor, a representatividade das autoridades independentes decorre principalmente dos seus procedimentos de participação da sociedade. Ademais disso, foi analisada a legitimidade das agências à luz dos princípios e fundamentos da Constituição Federal, concluindo-se pela legitimidade do poder regulamentar fundamentada na participação da sociedade, por meio da consulta pública, por representar uma manifestação do Estado Democrático de Direito e dos fundamentos republicanos instituídos no art. 1º da Constituição Federal tais como a cidadania e o pluralismo político.

## REFERÊNCIAS

ARANHA, Márcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório*: Fundamentos de Direito Regulatório. Scotts Valley, CA: CreateSpace, 2013.

BINENBOJM, Gustavo. As Agências reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, ago-set-out, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 06 de janeiro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *ADin-MC nº 1.668-DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, julgado em 20 de agosto de 1998. Publicado no Diário da Justiça em 31 de agosto de 1998.

BRUNA, Sérgio Varella. *As agências reguladoras*: poder normativo, consulta pública, revisão judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. O reforço da legitimidade democrática das agências reguladoras. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8881](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8881)>. Acesso: em nov 2013.

ROSANVALLÓN, Pierre. *La legitimidade democrática. Imparcialidad, reflexividad, proximidad*. Buenos Aires: Manatíal.