
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
**ROMEU FELIPE
BACELLAR**

© 2011 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisão: Lourdes Nascimento
Luiz Fernando de Andrada Pacheco
Patrícia Falcão
Projeto gráfico e diagramação: Luiz Alberto Pimenta
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

A246	A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral
	ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	ISSN 1516-3210
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho
Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta
Editora Acadêmica Responsável
Ana Cláudia Finger
Secretário Editorial Executivo
Daniel Wunder Hachem
Conselho Diretivo
Adriana da Costa Ricardo Schier
Edgar Chiuratto Guimarães
Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial
Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)
Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)
Carlos Ayres Britto (UFSE)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)
Clovis Beznos (PUC/SP)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)
Eros Roberto Grau (USP)
Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
José Carlos Abraão (UEL)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Juarez Freitas (UFRGS)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Marçal Justen Filho (UFPR)
Marcelo Figueiredo (PUC/SP)
Márcio Cammarosano (PUC/SP)
Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Nelson Figueiredo (UFG)
Odilon Borges Junior (UFES)
Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Rogério Gesta Leal (UNISC)
Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
Sérgio Ferraz (PUC/RJ)
Valmir Pontes Filho (UFCE)
Weida Zancaner (PUC/SP)
Yara Stroppa (PUC/SP)

Conselho Consultivo
Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi – Itália)
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG – MG)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UniBrasil – PR)
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR – PR)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (PUC/PR)
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG – GO)
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (UniCuritiba – PR)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP – SP)
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña – Espanha)
Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa – Portugal)
Prof. Dr. Michele Carducci (Università del Salento – Itália)
Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (UniBrasil – PR)
Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP – PR)
Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco – PR)
Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR – PR)
Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (UniCuritiba – PR)
Prof. Dra. Vanice Lírio do Valle (Universidade Estácio de Sá – RJ)

A legitimidade do Estado Regulador brasileiro: uma análise democrática

Ricardo César Ferreira Duarte Júnior¹

Advogado. Professor da Faculdade Natalense de Ensino e Cultura (FANEC). Especialista em Direito Administrativo pela UFRN. Pós-graduando em Direito Constitucional e Tributário pela Universidade Potiguar (UnP). Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/RN.

Resumo: O presente trabalho apresenta um estudo sobre a legitimidade da regulação econômica na Constituição Federal de 1988. Busca-se fazer uma análise das normas constitucionais com base na interpretação sistemática destas e no fenômeno da mutação constitucional (específico de um direito dogmático e autônomo, como o atual) para alcançar a legitimidade das decisões proferidas pelas agências reguladoras. Tem-se que a legitimidade deste processo decisório consiste, em última análise, na própria legitimidade do sistema regulatório econômico. Nesse contexto, verificar-se-á que, não obstante a argumentação de “déficit democrático” nas agências, a legitimidade da regulação econômica é alcançada pela participação popular nos procedimentos normativos em sede desses entes regulatórios.

Palavras-chave: Legitimidade. Estado Regulador. Democracia participativa. Agências reguladoras. Participação popular.

Sumário: 1 Introdução – 2 Do Estado Intervencionista ao Estado Regulador – 3 A reforma do Estado brasileiro e a Constituição Federal de 1988 – 4 A legitimidade (da regulação) na Constituição Federal de 1988: uma visão pela democracia participativa – 5 Conclusão – Referências

1 Introdução

No decorrer da história a legitimidade já foi auferida segundo critérios religiosos, racionais, naturais, dentre outros. No entanto, A partir da Revolução Francesa, com Jean-Jacques Rousseau como seu principal expoente, questionou-se a forma de legitimar o poder até então; tomando como premissa — que vigora até os dias atuais — que o verdadeiro detentor do poder é o povo. Nesse sentido, não obstante o conceito de democracia se modificar e ser refeito com o tempo e a partir de cada sociedade, assim como o de legitimidade, surge a democracia da sociedade moderna e contemporânea, que tem o povo como o “dono” do poder de um Estado.

Por outro lado, a partir do século XVIII, o sistema jurídico ganha autonomia, e, aos poucos, a legitimidade começa a se desvincular de fatores externos e a reproduzir o que Hannah Arendt chamou de

¹ E-mail: <ricardocfdj@gmail.com>.

“estrutura cebola”; na qual a legitimidade encontra-se dentro do sistema, o qual se autoconstitui. E, dessa forma, ela passa a ser auferida através de processos. Nesse sentido, há uma tendência de se obter a legitimidade através da pura legalidade.

Nesse diapasão, surge o Estado Democrático de Direito, no qual o adjetivo “democrático” se refere ao povo, cujo consenso sobre as “regras do jogo” é essencial para a legitimidade Estado; e o conceito “direito” se refere ao sistema jurídico (ordenamento jurídico), que é autônomo e não se legitima mais por critérios transcendentais.

Atualmente, com a mudança do modelo de Estado Social para o modelo Regulador e a consequente Reforma do Estado brasileiro, é introduzida no ordenamento jurídico a possibilidade de serem criadas autarquias especiais, denominadas Agências Reguladoras — no âmbito do Poder Executivo —, com finalidade de disciplinar e controlar atividades econômicas em sentido amplo (serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito).

Uma das principais características desses entes é o poder normativo que encontra algumas barreiras constitucionais para se legitimar, o que suscita uma série de árduas discussões doutrinárias. Dessa forma, acarreta a ilegitimidade da própria regulação econômica, pois é exatamente através do poder normativo desses órgãos do executivo que se auferem a legitimidade do sistema regulatório.

A alegação da ilegitimidade do processo regulatório se dá pelo fato deste não ser realizado no âmbito do Poder Legislativo, onde se situam os representantes eleitos pelo povo, no modelo de democracia representativa. Nas agências reguladoras as decisões, que serão normatizadas, são tomadas em sua própria seara, por um órgão colegiado no qual os seus dirigentes não são escolhidos diretamente pelo voto popular. Assim, diversos doutrinadores advogam o “déficit democrático” desse processo normativo, afirmando que os cidadãos estariam sujeitos a decisões não elaboradas por representantes do povo.

Em face dessas controvérsias, surgem alguns questionamentos, como: se realmente há um déficit democrático no âmbito da produção normativa das agências reguladoras, ou, em última análise, da regulação e se é possível uma mudança de paradigma em que a legitimação desse processo seja auferida através de uma democracia em que haja a efetiva participação dos cidadãos; e sendo possível, como se dá esse tipo

de procedimento normativo democrático das agências reguladoras à luz do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente com base na Constituição Federal de 1988.

A partir do aprofundamento dessas questões, o presente estudo pretende contribuir para esse debate doutrinário, analisando a legitimidade do modelo regulatório na Constituição brasileira de 1988.

2 Do Estado Intervencionista ao Estado Regulador

O Estado Social² (Welfare State) foi consolidado para proteger os direitos sociais (direitos de segunda geração), preocupando-se na garantia da igualdade e na condução e formulação do interesse público. É para defender esses interesses que o Estado atua como interventor na economia, recebendo o nome, assim, de Estado Providência e/ou de Bem-Estar social.

Tal modelo foi motivado após as crises econômicas (surgidas ao final da Primeira Guerra Mundial), as crises bélicas, a quebra de princípios democráticos e o individualismo excessivo provocado pelo Estado Liberal eminentemente capitalista,³ (que acabaram gerando uma profunda desigualdade social).⁴ A concentração populacional nos centros urbanos também foi fator decisivo para que se fosse pensado um novo modelo de Estado que oferecesse uma maior proteção à sociedade.⁵ No entanto, sua consolidação só ocorreu após a Segunda Guerra Mundial.

Com o advento desse modelo de Estado foram observadas duas tendências mundiais: a socialização e o fortalecimento do Executivo.⁶ Este se deu em razão da crescente complexidade das funções estatais (referente ao volume de atribuições assumidas pelo Estado) e sua consequente burocracia, e do lento processo legislativo, o que fez o Executivo — que

² A expressão “Estado Social” foi designada por Paulo Bonavides no trabalho “Do Estado Liberal ao Estado social”, de 1958. Ele tomou por ponto de partida e de apoio o novo direito constitucional positivo da Alemanha, ou seja, o “Estado Social” da Carta de Bonn de 1949 (BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 355).

³ O Estado Liberal tem um comportamento negativo em relação a sua atuação na sociedade; enquanto o Estado de Bem-Estar Social é pautado em um comportamento positivo (AZEVEDO, Plauto Faraco. Direito, justiça social e neoliberalismo. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 91).

⁴ Paulo Bonavides afirma que o domínio econômico colocou os mais fracos à mercê dos poderosos, na primeira fase da Revolução Industrial. O autor afirma que nesse período evidenciava-se, “com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar” (Do Estado Liberal ao Estado Social. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 59).

⁵ MENDONÇA, Fabiano. Agências reguladoras: a regulação econômica na atual ordem constitucional. Natal, 2007. Em formação.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 30.

atua de forma mais ágil — assumir, em certos casos, o papel de legislador. O Executivo começa, pois, a atuar expedindo atos normativos, adotando, em muitos casos, a técnica da deslegalização,⁷ e atuando não mais como um mero executor do Legislativo. Dessa forma, o Executivo passa a complementar a competência da ação legislativa; o que ocasiona a crise do princípio da legalidade da Administração Pública (crise da lei).⁸ Segundo Di Pietro:⁹

com isto, o problema do equilíbrio político e do controle jurídico das decisões é transferido para as diferentes instâncias de um Executivo, que, para exercer suas funções, é obrigado a ampliar sua complexidade interna, mantendo-se a divisão de poderes apenas como uma fachada formal e com a finalidade de geração de lealdade, organização do consenso e redução de estabilidade.

Quanto à socialização, esta se caracteriza pela busca do interesse social, público, em substituição ao individualismo preponderante no Estado Liberal. Como visto, essa feição do Estado preocupa-se principalmente com o interesse da sociedade como um todo, na busca de uma igualdade material (substancial), e não em uma igualdade formal (eminentemente no modelo de Estado anterior). Isso não quer dizer que se clama por um Estado Socialista: o Estado Social conserva a adesão à ordem capitalista estabelecida pelo Estado Liberal, contudo visa a superar a “contradição entre a igualdade política e a desigualdade social”.¹⁰

Dessa forma, cresce no Estado de Bem-Estar Social, de maneira sem precedentes, o número de serviços públicos e de prestações sociais. A qualidade de vida do cidadão eleva-se radicalmente,¹¹ como nunca antes na história, assim como a sua expectativa de vida e o aumento populacional; fato este não levado em conta pelos Estados, o que ocasionou, dentre outros motivos, um déficit nas contas previdenciárias, aumentando ainda mais o déficit público.¹²

⁷ Para uma abordagem mais detida sobre o instituto da deslegalização, ver DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira. A deslegalização e o poder normativo das agências reguladoras. *Revista Jurídica In Verbis*, Natal, ano 14, n. 26, jul./dez. 2009.

⁸ Jean Paul C. Veiga da Rocha afirma que esse fortalecimento do Executivo não só proporcionou um crescimento assustador do seu poder normativo como também do seu poder discricionário, transferindo, assim, o poder central do Estado ao Executivo, e não mais concentrado no Legislativo, como era predominante até então. *Regulação financeira, direito e democracia*. In: FARIA, José Eduardo et al. *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002. p. 39

⁹ *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 36.

¹⁰ BONAVIDES. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 184 et seq.

¹¹ Qualidade de vida aqui está colocada como benefícios em relação à sociedade, como saneamento, educação, assistência, previdência, dentre outros que eram assegurados aos cidadãos (JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 18).

¹² Ricardo Antonio Lucas de Camargo afirma que “se costuma vincular o déficit público ao programa desenvolvimentista do Governo de Kubistschek, por conta da elevação dos gastos públicos com infra-

Com o tempo, o Estado se viu insuficiente em prover todas as obrigações assumidas. O ente político se tornou “inchado”, tendo um alto gasto relacionado à seguridade social, aos serviços básicos de educação, saúde e segurança, e ainda os concernentes aos diversos serviços públicos que este modelo estatal havia decidido prover. A crise fiscal se alastrou de tal modo que chegou a impedir o custeio das despesas básicas (essenciais).¹³ Daniel Bell constata o ocorrido em uma frase: “O Estado se tornou grande demais para os pequenos problemas e pequeno demais para os grandes problemas”.¹⁴ Dessa forma relata José Afonso que o Welfare State “não conseguiu cumprir seu destino de realizar a justiça social”.¹⁵

Esta situação acabou por demandar a sua ruína, no final da década de 70 e início da década de 80 do século XX.¹⁶ Contudo, esse “inchaço do Estado” foi apenas uma das facetas — embora considerada a principal — que levaram ao seu fim, contribuindo também a crise de intervenção no domínio econômico e social e, na seara brasileira, o alto grau de corrupção no poder público decorrente da burocracia estatal. Ou seja, o Estado social começou a ruir em decorrência de diversos fatores endógenos: crise fiscal, crise da forma de intervenção no domínio econômico e no social e crise na forma burocrática de administrá-lo. A situação foi agravada por fatores exógenos: a globalização, a era da informatização e o fim da guerra fria.¹⁷

estrutura e apoio aos investimentos privados, sem que existisse um esquema adequado de financiamento, provocando a redução do montante de Fundo de Participação dos Estados e colocando estes na contingência de aumentar as alíquotas do Imposto de Vendas e Consignações, bem como na criação da conta movimento pelo Governo castrense instaurado em 1964, permissiva da concessão de empréstimos ao setor privado sem limites determinados pelas normas bancárias, a atribuição conferida à União de conferir isenções fiscais concernentes a tributos de competência dos Estados membros, obrigando a estes e aos municípios a buscarem outras formas de financiamento”. Resultado: “a identificação das causas de déficit público, muitas vezes vem informada pelo pesquisador e não da ‘natureza das coisas’, mesmo em se lhe aplicando o conceito que dela têm os que a acreditam adequada ao mundo de valores” (CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. “Custos dos direitos” e reforma do Estado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 53-54).

¹³ JUSTEN FILHO. O direito das agências reguladoras independentes, p. 19.

¹⁴ Apud MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 251.

¹⁵ Poder Constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 120.

¹⁶ Ignacy Sachs faz uma pequena divisão a partir do Estado Social até o atual modelo de Estado para demonstrar as características de cada época. Para o autor a Era da Regulação (Estado Social) durou de 1945 a 1970 e se caracterizou pelo aumento da intervenção estatal, ampliando a regulação e os gastos do governo; de 1970 a 1980, houve um período de transição entre os modelos de Estado; o qual se caracterizou pelo ataque aos regimes intervencionistas, apoiado no surgimento de teorias econômicas; e de 1980 até o presente, vigora a era da desregulação que se caracteriza pela redução do “tamanho” do Estado, através de mecanismos privatizantes, geralmente trazendo premissas teóricas elaboradas na década de 1970 e 1980 (SACHS, Ignacy. O Estado e os parceiros sociais: negociando um pacto de desenvolvimento. In: BRESSER-PEREIRA, L. C.; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes. Sociedade e Estado em transformação. São Paulo: Unesp, 2001. p. 197).

¹⁷ Para uma leitura mais detida: FÁRIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros, 1999; WILHEIM, Jorge. Por que reformar as instituições?. In: BRESSER-PEREIRA, L. C.; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes. Sociedade e Estado em transformação. São Paulo: Unesp, 2001. p. 18 et seq.; SOLA, Lourdes. Reforma do Estado para qual democracia?: o lugar da política. In: BRESSER-PEREIRA, L. C.; WILHEIM, Jorge; SOLA,

Abordando sob a temática da legitimidade, Habermas afirma que o processo de legitimação do Welfare State decorre da produção do consenso através do discurso. Nesse sentido, o déficit de legitimidade presente decorre do insucesso em satisfazer as funções sociais que o mesmo se dispôs a fazer, colocando-a como de sua competência. Para o sociólogo alemão, o Estado de Bem-Estar Social mantém as dinâmicas próprias do capitalismo.¹⁸ Nessa esteira, o déficit de legitimação é constante, decorrendo, assim, de uma crise de valores, crise de confiança. As expectativas sociais geradas pelo Estado Social não podem ser atendidas se forem mantidas a estrutura capitalista. Ou seja, há uma contradição (“crise de racionalidade”): “por um lado, suas intervenções servem para a conservação do capitalismo e geram expectativas sociais; mas por outro lado, não pode satisfazer essas expectativas conservando as estruturas capitalistas”.¹⁹

Nessa esteira, as expectativas geradas pelo Estado se veem impossibilitadas de serem realizadas pelo mesmo. No esteio dessa situação, conforme afirma Cademartori, seria mais benéfico para o capitalismo “prescindir da democracia formal e instaurar uma espécie de estado de bem-estar autoritário que reduzisse a participação política a níveis inócuos, evitando assim sua exposição ao déficit de legitimidade”.²⁰

Nesse sentido, é prezado, em escala mundial por uma reforma do Estado, no intuito de reduzir o tamanho do Estado, transferindo à iniciativa privada os serviços “indevidamente” prestados pelo Estado. Há uma redefinição da função estatal. Conforme afirma Ricardo Antonio Lucas de Camargo, a redução do tamanho do Estado foi um dos principais argumentos utilizados para se vogar por uma reforma em que houvesse uma redefinição do seu papel, de executor direto à criação de normas formas

Lourdes. Sociedade e Estado em transformação. São Paulo: Unesp, 2001. p. 24 et seq.; BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Sociedade civil: sua democratização para a Reforma do Estado. In: BRESSER-PEREIRA, L. C.; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes. Sociedade e Estado em transformação. São Paulo: Unesp, 2001. p. 67 et seq.; SUNKEL, Osvaldo. Globalização, neoliberalismo e Reforma do Estado. In: BRESSER-PEREIRA, L. C.; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes. Sociedade e Estado em transformação. São Paulo: Unesp, 2001; DUPAS, Gilberto. A lógica econômica global e a revisão do Welfare State: a urgência de um novo pacto. In: BRESSER-PEREIRA, L. C.; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes. Sociedade e Estado em transformação. São Paulo: Unesp, 2001; SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma reinvenção solidária e participativa do Estado. In: BRESSER-PEREIRA, L. C.; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes. Sociedade e Estado em transformação. São Paulo: Unesp, 2001. p. 249 et seq.

¹⁸ Habermas sustenta que a “contradição básica da ordem capitalista continua sendo a apropriação privada de riqueza pública... a repressão de interesses generalizáveis mediante o seu tratamento como interesses particulares” (Apud CADEMARTORI. Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 126).

¹⁹ CADEMARTORI. Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista, p. 123.

²⁰ CADEMARTORI. Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista, p. 128.

de gestão — entenda-se aqui privatização e desestatização²¹ — em que o Estado atuasse como regulador e provedor ou produtor dos serviços.²² É no esteio dessas mudanças que é introduzido, em escala mundial, o Estado Regulador.

Marcos Juruena Villela Souto²³ afirma que

O surgimento do Estado Regulador decorreu de uma mudança na concepção do conteúdo do conceito de atividade administrativa em função do princípio da subsidiariedade e da crise do Estado de Bem-Estar, incapaz de produzir o bem de todos com qualidade e a custos que possam ser cobertos sem sacrifício de toda a sociedade. Daí a descentralização de funções públicas para particulares.

Esse novo modelo de Estado caracteriza-se principalmente pela utilização de competência normativa e outras providências para regular a atuação dos particulares.²⁴ Dessa forma, há quatro modificações primordiais na Reforma, que também podem ser apresentadas como características do Estado Regulador.

Primeiramente, transfere-se à iniciativa privada todas as atividades consideradas “indevidamente” prestadas pelo Poder Público. A intenção de tal tento é impor uma maior eficácia à prestação dessas atividades e, por outro lado, liberar monopólios estatais para propiciar uma prestação em regime de disputa no mercado.

André Ramos Tavares utiliza o termo “limpeza geral” para demonstrar a intenção da Reforma em transferir aos particulares, através do fenômeno de desestatização, os serviços públicos prestados pelo Estado. Essa transferência na execução visa à eficácia na prestação dos serviços, já que a atuação pelos Estados se dava de forma nada produtiva, em razão do sucateamento sofrido pelo próprio governo ou da ausência de motivação em prestar algumas atividades em regime de monopólio.²⁵

²¹ No presente trabalho, utilizaremos o termo “privatização” para aquelas atividades em que o Estado não tenha mais a sua titularidade; em que não há mais prestação de serviço público, mas sim de atividade econômica em sentido estrito. Essa transferência de natureza jurídica (serviço público para atividade econômica) poderá ser feita via Emenda Constitucional ou por lei, a depender de cada caso. Já o termo “desestatização” é melhor aplicado quando há serviços públicos: o serviço por ser caracterizado como público, ou pela Constituição ou pela lei, é de titularidade do Poder Público, que terá a faculdade de prestá-lo diretamente ou indiretamente, e neste caso a sua execução será feita através de particulares. Contudo, não é transferida à iniciativa privada a titularidade do serviço público, mas sim a sua execução. A titularidade continua com o Poder Público. Por outro lado, Marcos Juruena Villela Souto coloca a desestatização como gênero, da qual a privatização consiste em uma de suas espécies (Direito administrativo regulatório, p. 271).

²² CAMARGO. Direito administrativo regulatório, p. 15.

²³ Direito administrativo regulatório, p. 31-32.

²⁴ JUSTEN FILHO. O direito das agências reguladoras independentes, p. 20.

²⁵ O direito administrativo no Estado mínimo. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, José Eduardo; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. Curso de direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 1, p. 118.

Essa característica está expressa no princípio da subsidiariedade²⁶ pelo qual o Estado deve se afastar da prestação das atividades que podem ser bem desenvolvidas pelos particulares,²⁷ devendo prestar apenas aquelas que não sejam interessantes aos mesmos, e quando puder prestá-las, atribuí-las aos órgãos mais aptos a atuar com racionalidade, presteza e proximidade do cidadão. Com fundamento nesse ideário se propugna que o Estado se concentre nas tarefas consideradas essenciais ao interesse público, transferindo as demais funções para a prestação por particulares — devendo ser desenvolvida com maior eficiência —, sob regulação estatal. No âmbito brasileiro, a Constituição Federal de 1988 afirma que as atividades econômicas em sentido estrito devem ser livres aos particulares. “A exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei” (art. 173, CF/1988), ressalvados os casos expressos na Constituição.

Esse princípio prioriza a privatização e a desestatização.²⁸ Juan Martin Gonzáles Moras o coloca como princípio político de organização social: aquele irá discutir a relação indivíduo, sociedade e poder público, redefinindo o espaço em que cada um poderá atuar (no concernente à atividade econômica), sem invadir o espaço do outro.²⁹ Segundo Villela Souto, tal princípio tem a função de legitimar politicamente a divisão de competências entre as entidades públicas.³⁰

Nesse sentido, faz-se necessário observar que quanto “maior” o Estado (segundo o modelo social), maior a parcela de serviços públicos que ele assume e menor a quantidade de atividade econômica em sentido estrito em que o particular pode atuar. Por outro lado, no Estado Regulador a situação se inverte: menor é o número de serviços públicos e maior é a parcela de atividade econômica que fica à disposição do mercado. Há uma relação de proporcionalidade inversa. E é essa abertura de competição que dá lugar aos mercados regulados.³¹

²⁶ Para Marcos Juruena Villela Souto, este é uma decorrência do princípio da livre iniciativa. Cf. *Direito administrativo regulatório*, p. 272.

²⁷ Contudo, só podem ser passadas aos particulares as atividades que não necessitem de emprego de autoridade, “as quais só podem ser desempenhadas por órgãos da administração direta ou, se não exigir hierarquia, por autarquia” (SOUTO. *Direito administrativo regulatório*, p. 278).

²⁸ Conforme já nos referimos, utilizamos aqui o termo privatização para denominar as atividades econômicas em sentido estrito que estão sob domínio dos particulares. E o termo desestatização, para os serviços públicos que são executados por aqueles, mas sob o domínio do Estado.

²⁹ Apud SOUTO. *Direito administrativo regulatório*, p. 36.

³⁰ SOUTO. *Direito administrativo regulatório*, p. 36.

³¹ A competição complementa o modelo de regulação.

Em segundo lugar, o Estado deixa de atuar diretamente no domínio econômico, como outrora, e passa a atuar de forma indireta: ele usa de determinados instrumentos normativos e de competências políticas para fazer com que os particulares atinjam o bem comum pretendido.³² Ou seja, a intervenção estatal indireta agora é a regra no novo modelo de Estado; só podendo atuar diretamente em casos excepcionais. Ou ainda, “cabe à iniciativa privada desenvolver as atividades adequadas à geração de riquezas, submetendo-se às regras introduzidas pelo Estado”.³³

De acordo com Marçal Justen Filho,³⁴ o Estado, apesar de não atuar mais diretamente na economia, deve impor uma forte regulação sobre a atividade dos particulares, que restringe a independência desses, tanto na escolha dos fins quanto na dos meios. De outra forma, “os particulares são autorizados a atuar com maior amplitude quantitativa, mas com menor liberdade qualitativa”.

A terceira modificação consiste em que a regulação do mercado pelo novo modelo de Estado (Regulador) não deve pautar apenas nos aspectos financeiros. O ente político não atua mais diretamente no domínio econômico, mas deve buscar realizar seus fins sociais no modo em que lhe é devido atuar; caso contrário, haverá “desvio dos objetivos constitucionalmente traçados, com alteração do núcleo fundamental da Constituição”.³⁵ Segundo Marçal Justen Filho, “isso se torna especialmente evidente quando o mecanismo de mercado passa a disciplinar a prestação de serviços públicos. A relevância dos interesses coletivos envolvidos impede a prevalência da pura e simples busca pelo lucro”.³⁶

Para Marcos Juruena Villela Souto,³⁷ a regulação é voltada à defesa do interesse público, prevenindo e corrigindo as falhas de mercado. O autor afirma que o monopólio como forma de atuar no domínio econômico só se sustenta em situações excepcionais; incentivar a competição livraria o governo dos altos custos na promoção exclusiva da atividade, assim como contribuiria no retorno das expectativas geradas para a demanda. Dessa forma, só deve atuar o Estado quando o mercado se mostrar falho; caso contrário, sua atuação deve se pautar como ferramenta

³² JUSTEN FILHO. O direito das agências reguladoras independentes, p. 24.

³³ JUSTEN FILHO. O direito das agências reguladoras independentes, p. 24.

³⁴ JUSTEN FILHO. O direito das agências reguladoras independentes, p. 30.

³⁵ CALIL, Lais. O poder normativo das agências reguladoras em face dos princípios da legalidade e da separação dos poderes. In: BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras e democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 126.

³⁶ CALIL. O poder normativo das agências reguladoras em face dos princípios da legalidade e da separação dos poderes, p. 25.

³⁷ Direito administrativo regulatório, p. 33 et seq.

de política regulatória, impedindo ou garantindo a entrada de mercados dentro de determinadas condições, sempre no interesse social.

Segundo Villela Souto, a função regulatória busca, ainda, atender ao interesse geral, com vista ao comprometimento de determinado programa político, traçado pela autoridade eleita pelo povo. Assim, a atividade regulatória buscaria imprimir a máxima eficiência no cumprimento do plano político traçado pelo governo, e sempre em busca de atingir o ponto ótimo (a ponderação de interesses envolvidos).³⁸

A reforma ocorrida no núcleo central do Estado se deu, principalmente, em razão do seu “fracasso” financeiro, como empresário. No mundo todo, o argumento primordial para a reforma se baseou em razão do seu “inchaço”;³⁹ argumentando, pois, que deveriam ser redefinidas suas funções para que pudesse haver uma maior eficácia na prestação dos serviços prestados a toda a sociedade. Dessa forma, não se pode conceber que o Estado, agora como regulador, não preze pela realização da justiça social. Sua função mudou, mas seu fim permanece o mesmo: rogar pelo interesse público, social, pela desigualdade social e realização da justiça social (em sentido lato), só que agora na maneira como lhe é devido: regulador da atividade econômica. O particular se torna, assim, instrumento “de realização dos fins públicos específicos”.⁴⁰ O princípio do não retrocesso social é caracterizador dessa mudança.⁴¹

³⁸ SOUTO. Direito administrativo regulatório, p. 42.

³⁹ O “curioso” é que, não obstante o discurso neoliberal de redução dos gastos estatais, a participação dos gastos do governo no produto nacional continua a aumentar. Gilberto Dupas cita um artigo publicado no *The Economist* para demonstrar tal constatação. Segundo o autor, “o artigo citado divide o total de despesas públicas em quatro grandes categorias: consumo do governo (o valor que o Estado, enquanto provedor de serviços, paga em salários e outros insumos); investimentos públicos; transferência; e subsídios e juros da dívida nacional (interna e externa). A parcela de investimento público foi a única que teve queda significativa de 1960 a 1990 — o que não surpreende, em face da onda de privatizações que varreu esses países desde a década de 1970. Todas as outras categorias de gastos mostraram significativos aumentos, principalmente os juros sobre a dívida. O que não deixa de ser curioso, já que o pressuposto do fim do Estado Keynesiano é justamente o controle do déficit público. O exame dos dados mostra que o item médio mais significativo de gastos do governo são as transferências e subsídios. (...) ao que tudo indica, os Estados nacionais continuam não somente gastando muito, como endividando-se crescentemente para pagar esses gastos” (DUPAS, Gilberto. *A lógica econômica global e a revisão do Welfare State: a urgência de um novo pacto*. In: BRESSER-PEREIRA, L. C.; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes. *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: Unesp, 2001. p. 222). Osvaldo Sunkel afirma que há uma contradição marcante entre as ideologias neoliberais e globalizantes e a realidade social. E que pode ser percebido, em um contexto internacional, através de quatro características principais: “um desempenho econômico medíocre do crescimento como um todo; um alto (e incontrolável) grau de volatilidade financeira; uma fraqueza exacerbada das instituições públicas internacionais; e uma contínua deterioração da distribuição de renda em nível global” (Globalização, neoliberalismo e reforma do Estado. In: BRESSER-PEREIRA, L. C.; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes. *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: Unesp, 2001. p. 175). Eros Grau afirma que a Inglaterra, que atua com o laboratório do ultraliberalismo, é o país que apresenta “os mais violentos contrastes sociais da Europa” (*A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 53).

⁴⁰ JUSTEN FILHO. O direito das agências reguladoras independentes, p. 30.

⁴¹ Mário Lúcio Quintão Soares afirma que, na construção do Estado Mínimo, os neoliberais “refutam a cidadania plena e coletiva para todos os segmentos nos âmbitos sociais, econômicos e culturais, e renegam conquistas do Estado Social, incorporadas pelo Estado Democrático de Direito” (Apud CAMARGO. *Direito administrativo*

Por último, o atual modelo estatal deve prever instrumentos de acompanhamento e controle dos agentes privados, “o que significa a possibilidade (necessidade) de inovação contínua”.⁴² La Spina e Majone afirmam que a regulação pode configurar-se “como um processo, em que interessa não apenas o momento da formulação de regras, mas também aqueles da sua concreta aplicação, e, por isso, não a abstrata, mas a concreta modificação dos contextos de ação dos destinatários”.⁴³

Apesar de não se poder considerar uma mudança na passagem do modelo de Estado, o princípio da descentralização está implícito no modelo regulatório. Por esse, entende-se que não há mais espaço para o Estado centralizador de todas as atividades administrativas e econômicas.⁴⁴ É necessário que haja uma descentralização administrativa, com a criação de entes com personalidade jurídica própria que passarão a integrar a administração descentralizada.⁴⁵

Esse instituto, na seara da reforma do Estado, objetiva passar uma maior “autonomia e independência,⁴⁶ conferindo maior liberdade técnica de condução das ações sem possibilidade de avocação ou revisão pelo superior hierárquico, que exerce um poder político”.⁴⁷ Ou seja, com a descentralização, será criada uma entidade, no âmbito da administração indireta, para regular determinada atividade; o que deverá implicar em um ente com especialidade técnica no assunto a ser tratado, atendendo, dessa forma, de maneira mais eficiente a realização do interesse coletivo.

Com o Estado regulador tem-se como desafio a construção de um Estado enxuto, mas também mais forte. E não um modelo mínimo e fraco, como chegou a ser proposto pelos neoliberais. O Estado precisa ser o “guardião e promotor do interesse público, desempenhando um papel

regulatório, p. 20). Pelo princípio do não retrocesso social, não há como renegar conquistas sociais conseguidas ao longo dos tempos. Para a devida compreensão do princípio ver DERBLI, Felipe. O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; DERBLI, Felipe. Proibição de retrocesso social: uma proposta de sistematização à luz da Constituição Federal de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto. A reconstrução democrática do direito público no Brasil. São Paulo: Renovar, 2007; SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. Revista de Direito Social, 3, 2001; e SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição do retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. In: (Neo)constitucionalismo: ontem os Códigos, hoje as Constituições. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, n. 2, 2004.

⁴² CAMARGO. Direito administrativo regulatório, p. 25.

⁴³ Apud JUSTEN FILHO. Direito administrativo regulatório, p. 25.

⁴⁴ QUEIROZ, José Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista. O setor público. In: Cardozo, José Eduardo Martins; QUEIROZ, José Eduardo; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. Curso de direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 1, p. 165.

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 176.

⁴⁶ A independência consiste no instrumento para a realização da função regulatória, o que não impede que esta seja exercida no âmbito da administração direta.

⁴⁷ SOUTO. Direito administrativo regulatório, p. 234.

central na nova ordem social emergente, alicerçada na busca racional de órgãos coletivos, com objetivos elaborados e aprovados coletivamente”.⁴⁸ Ignacy Sachs afirma, ainda, que até os defensores incondicionais da economia concordam que o excesso de mercado acaba por matar o próprio mercado; o que exige que se tenham regras do jogo bem delineadas e um Estado forte para impô-las.⁴⁹

É nesse contexto internacional que surgem as agências reguladoras⁵⁰ como forma de o Estado atuar indiretamente no domínio econômico, estando abrangidas na administração indireta (descentralizada) e expedindo atos normativos para a regulação de certas atividades.

3 A reforma do Estado brasileiro e a Constituição Federal de 1988

No Brasil, a reforma do Estado, no intuito de fazer a transição do Estado Social para o Estado Regulador, foi marcada com a edição da Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, que instituiu o Plano Nacional de Desestatização (PND), reformulado pela Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997 (com as alterações da Medida Provisória nº 2.161-35, de 23 de agosto de 2001).

Essa percepção é clara ao se observar os objetivos fundamentais do PND, contidos em seu art. 1º:

- I – reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;
- II – contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida;
- III – permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;
- IV – contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito;
- V – permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;

⁴⁸ SACHS. O Estado e os parceiros sociais: negociando um pacto de desenvolvimento. In: BRESSER-PEREIRA; WILHEIM; SOLA. Sociedade e Estado em transformação, p. 209.

⁴⁹ SACHS. O Estado e os parceiros sociais: negociando um pacto de desenvolvimento. In: BRESSER-PEREIRA; WILHEIM; SOLA. Sociedade e Estado em transformação, p. 209.

⁵⁰ A primeira agência reguladora foi criada nos Estados Unidos da América do Norte, em 1887, mas só passaram a ser adotadas em escala mundial com o advento do Estado Regulador. Isso por que nos Estados Unidos as agências reguladoras foram idealizadas no intuito de o Estado participar mais ativamente da economia, haja vista que naquele país sempre prevaleceu uma cultura predominantemente liberal. Já as agências reguladoras idealizadas pelo modelo europeu e sul-americano, apesar de seguirem o modelo norte-americano, surgem como forma de atuação do Estado Regulador, como maneira destes deixarem de atuar efetivamente na economia, na prevalência do princípio da subsidiariedade.

VI – contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa. (grifo nosso)

Em nível constitucional foram editadas diversas Emendas Constitucionais⁵¹ que afetaram especificamente os monopólios criados pela Constituição Federal de 1988 e a Emenda nº 6/2005, suprimindo o art. 171 daquela Carta, que trazia a proteção e benefícios especiais à empresa brasileira de capital nacional, desfazendo o conceito de empresa nacional. Observa-se que todas essas Emendas são do mesmo dia (15.8.95). As alterações que vieram a alterar os monopólios criados pela Constituição Federal de 1988 são: a Emenda Constitucional nº 5/95 que afetou especificamente o monopólio da exploração de serviços públicos locais de distribuição de gás canalizado; a Emenda Constitucional nº 8/95, que privatizou o setor de telecomunicação e radiodifusão e a Emenda Constitucional nº 9/95, o setor petrolífero. Mais recentemente, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 36, de 28.5.2002, que permitiu a participação de estrangeiros em até trinta por cento do capital das empresas jornalísticas e de radiodifusão.

Dessa forma, a partir de 1990, o Estado brasileiro muda sua forma de atuação no domínio econômico, iniciando um processo de privatizações de empresas estatais e aumentando a concessão de serviços públicos aos particulares. Nesse contexto, o ente político começa a criar entidades descentralizadas com autonomia decisória em relação à administração direta, autonomia gerencial, financeira e orçamentária, (teoricamente) imune a ingerências político partidárias e investidas em funções técnicas e poderes normativos para atender a sua nova forma de atuação como agente regulador da atividade econômica,⁵² “embasado no interesse público pela prestação eficiente das atividades econômicas”.⁵³ Esses entes são as agências Reguladoras.

O Presidente Fernando Henrique Cardoso esclarece, seguindo a orientação do Conselho de Reforma do Estado, o sentido da criação das agências como novo modelo de regulação de setores por parte do Estado:

⁵¹ Para José Afonso da Silva, as emendas constitucionais, através da influência da globalização, “favoreceram a globalização da riqueza nacional (o que, em última análise, significa alienação), de que as privatizações têm constituído um instrumento eficiente” (Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição, p. 275).

⁵² MATTOS, Paulo Todescan Lessa. O novo Estado Regulador brasileiro: eficiência e legitimidade. São Paulo: Singular, 2006. p. 138.

⁵³ LOSS, Giovani R. Contribuições à teoria da regulação no Brasil: fundamentos, princípios e limites do poder regulatório das agências. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 143.

No caso das ações do governo relativas à infra-estrutura e aos serviços públicos, estão sendo constituídas agências reguladoras (ANATEL, para telecomunicações, ANEEL, para energia elétrica, e ANP, para o petróleo) que substituem as burocracias ministeriais — e os antigos lobbies nelas incrustados — por um grupo de pessoas indicadas pelo Executivo em bases de conhecimento técnico e competência administrativa e aprovadas pelo Senado. Esses “reguladores” têm mandato (para proteger-se de pressões políticas indevidas) e devem, em nome do interesse público e dos consumidores (os quais estão também presentes nos conselhos consultivos), controlar a seriedade, a eficiência e a universalização dos serviços — para atender a todos os setores da sociedade e não apenas os mais bem aquinhoados. Assim, ao privatizar e ao dar concessões de serviços públicos, o Estado, já não sob a forma burocrática, mas com novos personagens, continua presente em sua função social e reguladora.⁵⁴

No esteio dessas mudanças foram criadas diversas agências reguladoras a partir da década de 90 do século XX, como: Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), criada pela Lei nº 9.427/1996; a Agência Nacional de Telecomunicação (ANATEL), pela Lei nº 9.472/1997; a Agência Nacional de Petróleo (ANP), Lei nº 9.478/1997; a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Lei nº 9.782/1999; a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Lei nº 9.961/2000; a Agência Nacional de Águas (ANA), Lei nº 9.984/2000; a Agência Nacional de Transportes Aquáticos (Antaq), Lei nº 10.233/2001; a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Lei nº 10.233/2001; e a Agência Nacional do Cinema (Ancine), Medida Provisória nº 2.228/2001.

Perceba-se que a alteração no modo de atuação no domínio econômico se deu por meio de lei (infraconstitucionalmente), o que gerou diversas discussões da doutrina. Muitos doutrinadores de renome no cenário nacional manifestaram-se pela inconstitucionalidade das reformas.

Para Eros Roberto Grau,⁵⁵ apesar de a reforma ser constitucional do ponto de vista formal, ela seria inconstitucional materialmente. A Carta Magna de 1988 teria estabelecido um modelo econômico de bem-estar, não podendo o legislador infraconstitucional alterar esse modelo. Para o autor, “os programas deste e daqueles presidentes da República é que devem ser adaptados à Constituição, e não o inverso”.⁵⁶

⁵⁴ Apud MATTOS. O novo Estado Regulador brasileiro: eficiência e legitimidade, p. 143.

⁵⁵ Eros Grau afirmou que as agências reguladoras não passavam de meras repartições públicas. Cf. As agências, essas repartições públicas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. São Paulo: Malheiros, 2002.

⁵⁶ A ordem econômica na Constituição de 1988, p. 45.

Destaca-se que, na época, Celso Antônio Bandeira de Mello ingressou com diversas ações populares alegando a inconstitucionalidade da reforma.

De outra forma, José dos Santos Carvalho Filho entende que, apesar da reforma não estar prevista nos moldes clássicos de atuação da administração pública, ela consiste no “mero resultado de uma evolução natural no processo cometido ao Estado de gestão dos interesses coletivos”.⁵⁷

Maria Sylvania Zanella Di Pietro⁵⁸ e Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁹ defendem que é inconstitucional a criação de agências reguladoras nos moldes de autarquia especial (atuando como órgão regulador, dotado de competência normativa), salvo no caso Agência Nacional do Petróleo e da Agência Nacional de Telecomunicação, por expressa previsão constitucional, respectivamente nos artigos 177, §2º, III (redação dada pela EC nº 9/95) e 21, X (redação dada pela EC nº 8/95).

Marcos Juruena Villela Souto, por sua vez, entende que, no caso da ANP e ANATEL, a Constituição teria afastado a “discricionariedade legislativa para criar ou não um agente regulador, discricionariedade esta que existe para os demais setores”.⁶⁰ Ou seja, o legislador estaria vinculado pela Constituição a criar as Agências Reguladoras dos setores de petróleo e de telecomunicação; enquanto outros setores iriam depender da discricionariedade do legislador e do chefe do Executivo.

Não obstante o pertinente debate doutrinário, defendemos que as mudanças sociais positivadas no cenário nacional decorreram de alterações no cenário internacional: já está demonstrado a impossibilidade de se ter um Estado provedor de bem e serviços depois que ficou empiricamente clara a limitação dessa intervenção.⁶¹ Dessa forma, devemos prezar por um Estado Regulador (atual forma no direito dogmático) forte, sem deixar que ideologias individualistas — ou melhor, neoliberais — alterem conquistas sociais conseguidas ao longo do tempo (princípio do não retrocesso social).

⁵⁷ As agências reguladoras e o poder normativo. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE, Salvador, n. 9, p. 83, fev./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 12 abr. 2009.

⁵⁸ Direito administrativo. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 447.

⁵⁹ Curso de direito administrativo. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 172.

⁶⁰ Extensão do poder normativo das agências reguladoras. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo regulatório. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 127.

⁶¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Sociedade civil: sua democratização para a Reforma do Estado. In: BRESSER-PEREIRA, L. C.; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes. Sociedade e Estado em transformação. São Paulo: Unesp, 2001. p. 70.

Não importa o regime assumido pelo Estado brasileiro, o seu fim será sempre o interesse público, a promoção da justiça social.⁶² Os instrumentos necessários para tal fim é que poderão mudar; não importando se a atuação no domínio econômico se dará de forma direta ou indireta — lógico que tal assertiva só é constitucional se obedecer ao princípio da juridicidade. Ou melhor, qualquer que seja o modo de atuação no domínio econômico, o Estado tem de basear-se nos fundamentos constantes no art. 1º da CF/1988,⁶³ ter como objetivos aqueles delineados no art. 3º da CF/1988⁶⁴ e obedecer aos princípios gerais da atividade econômica⁶⁵ positivados no art. 170 da própria Constituição.

Como bem salienta Jezè,⁶⁶ o Estado

tem que andar lado a lado com a dinâmica da evolução social, de modo que, criadas novas realidades, deve o Estado adequar-se a elas, aparelhando-se de forma eficiente e completa para satisfazer o interesse da coletividade. Aqui o conservadorismo deve ceder lugar à inovação, dentro, é claro, dos paradigmas traçados na lei constitucional.

Assim, busca-se no fenômeno da mutação constitucional⁶⁷ os possíveis fundamentos legitimantes do atual regime. A “vontade da lei” decorre dos olhos do intérprete.

⁶² SILVA, Jose Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 120.

⁶³ I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.

⁶⁴ I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁶⁵ I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003); VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

⁶⁶ Apud CARVALHO FILHO, José dos Santos. As agências reguladoras e o poder normativo. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE, Salvador, n. 9, p. 83, fev./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 12 abr. 2009.

⁶⁷ “O advento do Estado regulador provoca aquilo que Karl Loewenstein chama de processo de “mutação constitucional”, que não se reflete no texto, mas provoca a releitura da Constituição” (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O poder normativo das agências reguladoras à luz do princípio da eficiência. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 283). Para uma leitura mais aprofundada sobre o fenômeno da mutação constitucional, ver SBROGIO’GALIA, Suzana. Mutações constitucionais e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

4 A legitimidade (da regulação) na Constituição Federal de 1988: uma visão pela democracia participativa

Segundo a Constituição o Estado Democrático de Direito⁶⁸ está pautado em duas ordens de valores: à vontade definida pelo povo⁶⁹ (democraticamente) e à vontade juridicamente positivada.⁷⁰ Esta refere-se ao campo da legalidade, ou melhor, à ordem jurídica, juridicidade.⁷¹

Por sua vez, a vontade soberana do povo (princípio democrático) concentra-se no princípio da legitimidade, o que não necessariamente precisa estar positivado no ordenamento.⁷² Este princípio é específico do Direito Público, que direciona, especificamente, o Direito Administrativo e Constitucional ao exporem suas manifestações discricionárias.⁷³ Diogo de Figueiredo⁷⁴ afirma que a legitimidade

por ser, em essência, uma manifestação da vontade geral, ela deve ser captada a partir do embates políticos e pelos instrumentos de participação política dispostos pela ordem jurídica, e, a partir daí, impregnando toda a estrutura do Estado Democrático, passa a ser, necessariamente informativa, em maior ou menor grau, de toda a ação pública, conforme o grau de discricionariedade de decisão aberto pela Constituição e pelas leis do país, aos legisladores, administradores e juízes. É a vontade geral popular, em última análise, a definição dos interesses públicos, que deverão ser atendidos pela ação do Estado, especialmente, pela sua ação administrativa.

Nesse sentido, a legitimidade da regulação na Constituição Federal de 1988 é auferida pelo seu processo de produção normativa,⁷⁵ que

⁶⁸ Maria Tereza Fonseca Dias afirma que a passagem, na Administração Pública, de um sistema baseado apenas na legalidade típica do Estado de Direito para uma visão mais ampla da legitimidade referente ao Estado Democrático de Direito substitui a vinculação do executor da administração da lei para a vontade democraticamente captada. Terceiro setor e Estado: por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 60.

⁶⁹ A primeira vez que o povo brasileiro integrou-se formalmente como fonte constitucional do poder foi na Constituição de 1934, quando se promulgou a Constituição do Estado Social brasileiro.

⁷⁰ MOREIRA NETO. Mutações do direito público, p. 276.

⁷¹ O princípio da juridicidade consiste em uma evolução do princípio da legalidade; em que não se requer mais que a adequação de determinado ato apenas à lei, mas sim a um campo bem maior, qual seja: o ordenamento jurídico como um todo sistêmico. Pelo princípio da juridicidade, deve haver a obediência ao ordenamento jurídico, chamado de “bloco da legalidade” ou ainda de “legalidade constitucional”.

⁷² O Estado Democrático de Direito brasileiro foi positivado na Constituição Federal de 1988. Ab initio, para demonstrar tal afirmação, podemos elencar o preâmbulo e o art. 1º. Aquele afirma que os representantes do povo brasileiro “reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático (...)” (grifo nosso); por sua vez, o art. 1º dispõe que “A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e Distrito Federal, constitui-se um Estado Democrático de Direito (...)” (grifo nosso).

⁷³ MOREIRA NETO. Mutações do direito público, p. 276.

⁷⁴ Mutações do direito público, p. 277.

⁷⁵ MOREIRA, Egon Bockmann; SOARES JUNIOR, Lauro Antonio. Regulação econômica e democracia: a questão das agências administrativas independentes. In: BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras e democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 181 e 196. Conforme os autores “o cerne democrático da regulação econômica é determinado em última instância pelo processo de que resulta sua produção normativa. Processo

ocorre no âmbito do Poder Executivo por meio de autarquias especiais denominadas agências reguladoras. Como seus dirigentes são pessoas não eleitas pelo povo,⁷⁶ faz mister que as decisões⁷⁷ a serem elaboradas passem pelo crivo procedimental dos cidadãos, como bem assevera Diogo de Figueiredo na nota supra citada, para adquirir a sua legitimidade democrática. E ainda: não é necessário que esteja previsto expressamente na Constituição a participação popular durante o processo de produção normativa.⁷⁸

uma vez que qualquer instituto através do qual se devolva poder⁷⁹ ao povo, será sempre não só possível como desejável, salvo se a própria Constituição, de algum modo, não condicione o emprego da modalidade, para evitar uma aplicação abusiva ou inadequada (...).⁸⁰

Primeiramente, constatam-se as razões pelas quais as normas passaram a decorrer do Poder Executivo, por suas entidades descentralizadas: a especialização inerente à regulação; o modelo de interesse público, no qual a autoridade executiva competente para emitir atos normativos atuaria sempre voltada para o interesse público, obedecendo aos parâmetros estabelecidos em lei e cujo excesso ou desvio de poder poderia ser revisto ou anulado pelo Judiciário, assim como a inobservância dos standards traçados pelo Legislativo; e, por último, o modelo pluralista.⁸¹

aqui compreendido em sentido amplo e em vista de todos os seus componentes: participantes, elaboradores, modo de produção, premissas, limites, conteúdo etc. No caso específico da regulação econômica é o processo regulatório que deve ser auferido como democrático". Nesse mesmo sentido, Paulo Todescan de Lessa Mattos (Autonomia decisória, discricionariedade administrativa e legitimidade da função reguladora do Estado no debate jurídico brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 333). Para este autor a regulação é entendida a partir do exercício da sua função normativa, o que compreende tanto a função normativa do Poder Legislativo quanto do Poder Executivo através dos seus órgãos.

⁷⁶ É nesse sentido que se argui o déficit democrático das agências reguladoras.

⁷⁷ Decisão aqui é entendida como a "interferência do poder, como fenômeno sócio-cultural, na determinação de uma via normativa possível, das que já constituem um modo de ser social. As normas assim criadas não valem só porque promanaram de uma decisão, mas porque correspondem a um querer social predominante no momento" (SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 58, grifo nosso). É nesse sentido que o presente trabalho tem por escopo contribuir doutrinariamente para se alcançar a legitimidade da regulação econômica na Constituição Federal de 1988, o que, em última análise, será obtida pela legitimação da decisão emanada pela autoridade, no âmbito das agências reguladoras, através de um procedimento democrático.

⁷⁸ Contudo, a maior parte das leis que instituíram as agências reguladoras fixaram a necessidade de realização de audiências públicas ou consultas públicas antes da tomada da decisão normativa, como por exemplo o art. 18 da Lei nº 9.478/97 (Lei da ANP), os arts. 4º, §3º, 19, III, 39, 42, 89, II, e 195 da Lei nº 9.427/96 (Lei da ANATEL), o art. 68 da Lei nº 10.233/01 (Lei da ANTT e da ANTAQ), o art. 32 do Decreto nº 3.327/00 (regulamenta a Lei nº 9.961 – Lei da ANS), e o Decreto nº 3.029/99 (que regulamenta a ANVISA).

⁷⁹ Grifos do autor.

⁸⁰ MOREIRA NETO. Mutações do direito público, p. 274.

⁸¹ BRUNA, Sérgio Varella. Procedimentos normativos da Administração e desenvolvimento econômico. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 236 et seq.

O Estado, com o advento do seu modelo regulador e em virtude de imprimir eficácia à sua atuação, deixa de atuar centralizadamente — como fazia outrora (modelo renascentista que durou até a queda do Estado Social) — e passa a atuar em uma espécie de rede. Ou melhor, há um movimento de descentralização do Estado, tanto para responder os anseios locais e regionais quanto para encontrar formular mais ágeis e eficientes para dirimir a crise de legitimidade que houve no Estado Social decorrente da desconfiança dos cidadãos.⁸²

Essa forma de Estado (rede) se coaduna com o modelo regulatório pela sua agilidade em detectar, acolher, processar e atender demandas plurais, no qual há vários centros do poder agindo coordenadamente e que estão distribuídos em vários níveis decisórios.⁸³ Castells afirma que “esse tipo de Estado parece ser o mais adequado para processar a complexidade crescente de relações entre o global e o local, a economia, a sociedade e a política, na era da informação”.⁸⁴ Manuel Castells ainda afirma que essa complexa forma de organização estatal só é possível em razão de vivenciarmos a “era da informação”.⁸⁵ E é a troca de informação — o grau em que ela acontecerá — entre as diversas organizações participantes no processo decisório — tanto em um sentido vertical quanto horizontal — que irá assegurar a eficiência na administração.

O Estado rede tem como algumas de suas diretrizes a subsidiariedade, o pluralismo jurídico⁸⁶ e o princípio da participação popular,^{87 88} sem o qual o Estado não obterá a sua legitimação.

Em uma abordagem democrática, o princípio da subsidiariedade consiste em fazer com que a decisão seja tomada o mais próximo possível

⁸² CASTELLS, Manuel. Para o Estado-Rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação. In: BRESSER-PEREIRA, L. C.; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes. Sociedade e Estado em transformação. São Paulo: Unesp, 2001. p. 161.

⁸³ Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 55; e MOREIRA NETO. Mutações do direito público, p. 86.

⁸⁴ Para o Estado-Rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação. In: BRESSER-PEREIRA; WILHEIM; SOLA. Sociedade e Estado em transformação, p. 164.

⁸⁵ CASTELLS. Para o Estado-Rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação. In: BRESSER-PEREIRA; WILHEIM; SOLA. Sociedade e Estado em transformação, p. 164.

⁸⁶ Para uma abordagem mais aprofundada, ver ARNAUD, André-Jean. O direito contemporâneo entre regulamentação e regulação: o exemplo do pluralismo jurídico. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006; e FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 111 et seq.

⁸⁷ CASTELLS. Para o Estado-Rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação. In: BRESSER-PEREIRA; WILHEIM; SOLA. Sociedade e Estado em transformação, p. 147.

⁸⁸ Paulo Bonavides coloca como direitos da quarta geração tanto a democracia quanto o pluralismo. O autor afirma ainda que o princípio democrático é o mais importante dos direitos de natureza política; é o direito natural do gênero humano. Cf. Teoria do Estado. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 349 et seq.

os destinatários. Para Diogo de Figueiredo,⁸⁹ o objetivo consiste em fazer com que a administração leve em consideração os anseios dos cidadãos, respeitando-os e fazendo com que a administração só haja quando indispensável a atender o interesse público e legitimamente definido.

O pluralismo pode ser entendido como a presença de subsistemas no interior de um mesmo sistema jurídico. Ou seja, cada grupo organizado é potencialmente um ordenamento jurídico. Para Marçal Justen,⁹⁰ a democracia além de pressupor a garantia dos direitos e da liberdade e a participação política, ainda o deve quanto ao pluralismo.

Nas palavras de Sérgio Varella Bruna,⁹¹ o modelo pluralista

vê a atividade normativa fundamentalmente como a expressão de um fenômeno político. Os defensores desse modelo propugnam a participação dos interessados como forma de viabilizar a adoção de uma decisão coletiva. (...) o processo normativo deveria, então, ser dirigido de forma semelhante ao sistema que é peculiar ao funcionamento do mercado, no qual os diferentes interessados deveriam lutar por seus interesses individuais, num embate que emergiria a decisão adequada ao interesse coletivo. (...) no campo político é de extrema importância a atuação dos grupos de interesse, que devem ter voz, sem, contudo, se lhes permitir chegar ao controle dos processos decisórios, a fim de evitar a ocorrência do temido fenômeno da captura.

Dessa forma, o pluralismo como instrumento de regulação asseguraria no processo de elaboração da norma a presença de diversos setores da sociedade, como as organizações políticas, sociedade civil, consumidores, terceiro setor, mercado etc. Todos podendo atuar em conjunto ou separadamente no processo de elaboração normativa.⁹²

O princípio da participação pública consiste em uma concretização do pluralismo político e é expressão do direito de cidadania⁹³ — ambos

⁸⁹ Mutações do direito público, p. 321.

⁹⁰ Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”? In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 309.

⁹¹ Procedimentos normativos da administração e desenvolvimento econômico, p. 237-238.

⁹² CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 51.

⁹³ Segundo a Constituição Federal de 1988, assim como as Constituições do Estado moderno, o cidadão consiste no sujeito político. Segundo Jordi Borja, “Ele é o possuidor de um estatuto que lhe confere, além de direitos civis e sociais, os direitos de participação política”. Borja afirma que o conceito de cidadão é fruto de uma realidade dinâmica; e que a cidadania consiste, em primeiro lugar, em uma “relação política entre um indivíduo e uma comunidade política, em virtude de que é membro do pleno direito dessa comunidade e lhe deve lealdade enquanto ela desfrute. Atualmente, a cidadania supõe um estatuto jurídico que atribui um conjunto de direitos políticos, civis e sociais aos sujeitos que a desfrutam. (...) Assim, a cidadania permite executar, pelo menos teoricamente, o conjunto de papéis sociais que ensejam aos ‘cidadãos’ intervir nos assuntos públicos” (O papel do cidadão na reforma do Estado. In: BRESSER-PEREIRA, L. C.; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes. Sociedade e Estado em transformação. São Paulo: Unesp, 2001. p. 362 et seq.).

fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. V e II, CF) — e de consciência social. Esse princípio auxilia, como princípio instrumental, a representação política, atingindo, pois, a realização plena da democracia: os detentores do poder, no gozo de sua cidadania, têm a faculdade de escolher não apenas “quem os governará, mas como querem ser governados”.⁹⁴ Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto,⁹⁵ “essa ampliação juspolítica do conteúdo da cidadania faz do princípio da participação (...) um instrumento indispensável para valorizar o princípio substantivo da legitimidade e dar-lhe efetividade no Direito Contemporâneo”. O autor afirma que tal legitimação pode se dar em todas as formas de ação do Estado: legislativa, executiva e judiciais.

Dessa forma, o poder democrático legítimo no Estado de Direito não é mais necessariamente auferido pela pura e simples representação (eletividade), mas pode ser pela própria participação do povo (detentor do poder), direta e pessoal, no processo pelo qual as decisões são proferidas.⁹⁶

Tal princípio caracteriza-se, ainda, por ser uma evolução no conceito de democracia quanto à participação da sociedade na gestão da res publica.⁹⁷ O cidadão sai da função de mero eleitor, e passa a participar da gestão da administração pública, inclusive quando da tomada da decisão administrativa;⁹⁸ o que, em última análise, caracteriza-se por ser própria essência do princípio republicano, isto é, governo (ou coisa) do povo e para o povo.

O princípio da participação pública, vertente do princípio democrático,⁹⁹ foi erigido, com a Constituição Federal de 1988, no

⁹⁴ MOREIRA NETO. Mutações do direito público, p. 274.

⁹⁵ MOREIRA NETO. Mutações do direito público. O autor, fazendo uma evolução histórica até chegar ao Estado Democrático de Direito, afirma que neste Estado “o súdito se tornou cidadão e o Estado, o seu instrumento” (p. 232).

⁹⁶ JUSTEN FILHO. Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”? In: ARAGÃO. O poder normativo das agências reguladoras, p. 307 et seq.

⁹⁷ SANTOS, André Luiz dos; CARAÇATO, Gilson. A consensualidade e os canais de democratização da Administração Pública. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, José Eduardo; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. Curso de direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 1, p. 801. O autor leciona que “por meio da participação, a sociedade deixa de ser mera espectadora da História, passando a ser protagonista nas tomadas de decisões da Administração Pública. Pois será o próprio povo educado e consciente o único portador da chave da utopia, apontando e escolhendo o seu próprio caminho” (p. 802).

⁹⁸ QUEIROZ, José Eduardo Lopez; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. O setor público. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, José Eduardo; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. Curso de direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 1, p. 196.

⁹⁹ Segundo José Afonso da Silva, a democracia é um regime que visa à defesa dos direitos fundamentais, pautando-se em dois princípios: “a) soberania popular – o povo é a única fonte do poder (o poder emana do povo); b) a participação do povo no poder, para que este seja efetiva expressão da vontade popular. Nos casos em que essa participação é indireta, surge um princípio secundário: o da representação” (Poder constituinte e

seu art. 1º, parágrafo único, à matéria constitucional, como um dos princípios constitucionais que modelam o Estado Brasileiro.¹⁰⁰ O art. 1º, em seu parágrafo único, afirma que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. É bem verdade que, no caso das agências reguladoras, se na criação das mesmas não há nenhuma inconstitucionalidade, mas alude-se quanto ao seu déficit de legitimidade democrática em razão de o poder normativo não ser exercido pelos representantes do povo; a norma contida naquele parágrafo deixa claro que o poder é exercido pelos representantes do povo ou por estes diretamente, ocorrendo esta através da chamada democracia participativa. Se há déficit democrático quando não há representantes do povo na elaboração das normas, não o há quando o próprio povo participa do seu processo; pelo contrário, o processo normativo sairá fortalecido democraticamente.

Ora, como bem assevera Alexandre Santos Aragão, se o poder decorre do próprio povo, e há uma decisão em que a discricionariedade de um órgão em elaborá-la possa atingi-los, “nada mais justo e natural que os seus titulares e defensores possam manifestar as suas posições perante a administração”.¹⁰¹

Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva¹⁰² nota que

a participação dos privados no procedimento, ao permitir a ponderação pelas autoridades administrativas dos interesses de que são portadores, não só se traduz numa melhoria de qualidade das decisões administrativas, possibilitando à Administração uma mais correta configuração dos problemas e das diferentes perspectivas de sua resolução, como também torna as decisões administrativas mais facilmente aceites pelos seus destinatários.

Nesse conspecto, as agências não podem se abster de reconhecer a participação dos particulares no processo decisório¹⁰³ e nem de dar

poder popular, p. 46 et seq.). Nesse mesmo sentido SANTOS; CARAÇATO. A consensualidade e os canais de democratização da Administração Pública. In: CARDOZO; QUEIROZ; SANTOS. Curso de direito administrativo econômico, p. 800; QUEIROZ; SANTOS. O setor público. In: CARDOZO; QUEIROZ; SANTOS. Curso de direito administrativo econômico, p. 197.

¹⁰⁰ SANTOS; CARAÇATO. A consensualidade e os canais de democratização da Administração Pública. In: CARDOZO; QUEIROZ; SANTOS. Curso de direito administrativo econômico, p. 800.

¹⁰¹ ARAGÃO, Alexandre Santos. A legitimidade democrática das agências reguladoras. In: BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras e democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 8.

¹⁰² Apud ARAGÃO. A legitimidade democrática das agências reguladoras. In: BINENBOJM. Agências reguladoras e democracia, p. 9.

¹⁰³ Para Sergio Varella Bruna, não há nenhum sentido em a lei prever a possibilidade de serem realizadas consultas ou audiências públicas, “se a autoridade não estivesse obrigada efetivamente a examinar as contribuições dos interessados, acatando-as ou não, sempre de forma fundamentada” (Procedimentos normativos da Administração e desenvolvimento econômico, p. 256).

condições efetivas de participação na esfera pública.¹⁰⁴ A participação do particular nos procedimentos consiste na própria legitimidade do poder normativo das agências. A não observância a este princípio consiste em causa invalidadora do ato normativo expedido¹⁰⁵ e pode levar ao desfazimento da norma pelo exercício do controle judicial.¹⁰⁶ Sérgio Varela Bruna afirma que o ato normativo só terá validade quando se mostrar que a participação dos interessados “tenha sido provada de significado prático”.¹⁰⁷

Sob outro ponto de vista, uma agência tende a perder a sua legitimidade no momento em que não se submete ao controle democrático na produção de suas normas, baseando-se apenas em critério técnico-científico.¹⁰⁸ O agente tende ao abuso com a ausência de democracia, neste caso consagrado pela participação dos cidadãos no processo de produção normativa. Esta é a própria essência do princípio da separação dos poderes: limitar o abuso do poder.¹⁰⁹ Dessa forma, configura-se entre os deveres da agência provocar a participação da parcela da sociedade interessada.¹¹⁰

¹⁰⁴ “Esfera pública ou espaço público é um fenômeno social elementar, do mesmo modo que a ação, o ator ou a coletividade; porém, ele não é arrolado entre os conceitos tradicionais elaborados para descrever a ordem social. (...) a esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos. (...) ela está em sintonia com a compreensibilidade geral da prática comunicativa cotidiana” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2, p. 92).

¹⁰⁵ ARAGÃO. *A legitimação democrática das agências reguladoras*, p. 15.

¹⁰⁶ SOUTO, Marcos Jurueña Villela. *Direito administrativo regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 250.

¹⁰⁷ *Procedimentos normativos da administração e desenvolvimento econômico*. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 259.

¹⁰⁸ JUSTEN FILHO. *Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”?*. In: ARAGÃO. *O poder normativo das agências reguladoras*, p. 393.

¹⁰⁹ A instituição das agências reguladoras consiste em uma forma mais moderna do princípio da separação dos poderes, na medida em que a mesma assume como uma de suas funções limitar o poder decorrente das outras esferas do poder. Sobre o assunto, Marçal Justen Filho ensina que “a instituição de agências independentes derivou da constatação de que a atribuição de certas competências de natureza normativa e executiva a órgãos providos por via eleitoral gerava risco de sacrifício de valores fundamentais. A necessidade de manter o prestígio perante o eleitorado gera a potencialidade da adoção de decisões inadequadas — não porque incompatíveis com a vontade da maioria, mas porque aptas a destruir valores, princípios e interesses tutelados pela ordem jurídica. (...) A instituição das agências independentes reflete, então, a ampliação da complexidade do sistema de freios e contrapesos. Visam a atenuar a concentração de poder, ampliando o número de instituições estatais dotadas de competência decisórias e limitando o âmbito de atuação dos governantes eleitos” (JUSTEN FILHO. *Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”?*. In: ARAGÃO. *O poder normativo das agências reguladoras*, p. 393 et seq.).

¹¹⁰ JUSTEN FILHO. *Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”?*. In: ARAGÃO. *O poder normativo das agências reguladoras*, p. 329. SACHS, Ignacy. *O Estado e os parceiros sociais: negociando um pacto de desenvolvimento*. In: BRESSER-PEREIRA, L. C.; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes. *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: Unesp, 2001. p. 232. Dessa forma, possibilitaria, no âmbito das agências reguladoras, a realização do princípio da separação dos poderes na reformulação idealizada por Marcelo Neves: a limitação do poder através da divisão dos poderes, sob um prisma da pluralidade e circularidade de procedimentos no Estado Democrático de Direito (Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 185 et seq.).

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, §3º¹¹¹ (incluído pela Emenda Constitucional nº 19/98) prevê, expressamente, que devem ser disciplinadas em lei as formas de participação do usuário na administração pública, que nada mais são do que uma “concretização do regime democrático e pluralista imposto pelo constituinte brasileiro”.¹¹² A participação da sociedade no controle da administração pública é uma garantia constitucional. André Luiz dos Santos e Gilson Caraçato afirmam que “o princípio da participação popular na gestão e no controle da Administração Pública é inerente à idéia de Estado Democrático de Direito”.¹¹³

Isso porque as normas expedidas por esses entes são atos administrativos, e, por isso, a lei que define o espaço normativo em que a legitimidade será auferida:¹¹⁴ a lei confere “ao administrador uma capacidade de expedir normas que, não ofensivas à ordem jurídica, instruem e executem os atos da administração pública”.¹¹⁵ Ou seja, antes será auferida a legalidade do ato para posteriormente ser avaliada a sua legitimidade.¹¹⁶ Porém, a lei apenas cria as agências e as confere a capacidade de expedir regulamentos dentro dos standards traçados pela mesma. Mas esses entes, para se legitimarem, não estão adstritos apenas à lei, e sim a um conceito mais amplo: o de juridicidade. Este é um princípio no qual entende-se que “a vinculação da administração não se circunscreve, portanto, à lei formal, mas a esse bloco de legalidade (o ordenamento jurídico como um todo sistêmico)”.¹¹⁷

¹¹¹ “§3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.”

¹¹² BRUNA. Procedimentos normativos da Administração e desenvolvimento econômico. In: SALOMÃO FILHO. Regulação e desenvolvimento, p. 256.

¹¹³ SANTOS; CARAÇATO. A consensualidade e os canais de democratização da Administração Pública. In: CARDOZO; QUEIROZ; SANTOS. Curso de direito administrativo econômico, p. 801.

¹¹⁴ Para Habermas, a legitimidade do direito “pode ser obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais, no sentido de uma razão prático-moral procedimental. A legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à sua própria racionalidade procedimental” (Direito e democracia: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 203).

¹¹⁵ GUERRA, Glauco Martins. Princípio da legalidade e poder normativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 94.

¹¹⁶ GUERRA. Princípio da legalidade e poder normativo, p. 94.

¹¹⁷ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria de direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 141. Marcos Jurueña Villela Souto, com base na ideia de juridicidade, afirma que “o administrador, ao exercer a competência discricionária, sujeita-se não apenas aos limites fixados na lei, mas também a outros limites jurídicos preestabelecidos, quais sejam, os princípios constitucionais da Administração Pública e os princípios gerais do Direito” (Direito administrativo regulatório.

Por conseguinte, para a realização de uma democracia material¹¹⁸ é necessário que haja procedimentos com regras do jogo bem definidas. É através dos procedimentos bem definidos que os interessados poderão participar da tomada de decisões na esfera administrativa.¹¹⁹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹²⁰ ensina que os procedimentos¹²¹ passam “a ser, por via de regra, a nova e dinâmica forma de conferir legitimidade democrática imediata à ação administrativa, sem intermediação política ou com um mínimo indispensável de atuação dos órgãos legislativos”.

Marçal Justen Filho leciona que toda e qualquer ampliação na autonomia normativa das agências reguladoras deve ser acompanhada da realização do devido processo com a participação de todos os interessados. A inobservância dessa regra caracteriza a inadmissão do processo decisório por quebra a postulados fundamentais e do devido processo administrativo.¹²²

As regras do jogo consistem na obediência à própria Constituição, ou melhor, ao próprio ordenamento jurídico (princípio da juridicidade),¹²³ no qual há uma vontade democrática (consenso) juridicamente positivada, no qual os conflitos já foram institucionalizados e absorvidos. Fará parte do consenso procedimental a conformidade com o processo elaborado para a audiência e consulta pública. Dessa forma, a processualidade participativa envolve uma reafirmação do sentido formal do princípio do devido processo legal¹²⁴ (due process of law), consubstanciado no art. 5º, LIV, CF.¹²⁵

2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 380. Para saber mais sobre o princípio da juridicidade, ler as p. 125-170, do livro de Gustavo Binenbojm).

¹¹⁸ Conforme ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a “realização da democracia material se suporta fundamentalmente na participação política, aberta aos cidadãos ou a quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, em todos os Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos do Estado, para que tenham acesso à informação, para que sejam admitidos a manifestar sua opinião, a influir na formulação de políticas públicas, para que possam, em alguns casos, coparticipar das decisões e por último, mas não menos importante, para que estejam legitimados para deflagrar os instrumentos de controle de legalidade, de legitimidade e de licitude, para tanto dispostos pela ordem jurídica vigente” (Mutações do direito público, p. 46).

¹¹⁹ MOREIRA NETO. Mutações do direito público, p. 66.

¹²⁰ MOREIRA NETO. Mutações do direito público, p. 66.

¹²¹ Os procedimentos caracterizam-se ainda pela absorção do eventual descontentamento dos participantes do processo. Os procedimentos servirão, ainda, para institucionalizar o conflito, fazendo com que as divergências sejam postas sob controle.

¹²² Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”? In: ARAGÃO. O poder normativo das agências reguladoras, p. 327.

¹²³ As regras do jogo ainda podem ser entendidas como o próprio “Estado de Direito”.

¹²⁴ Os Estados Unidos da América é o berço moderno do direito de participativo. A Constituição americana prevê na cláusula constitucional do due process of law, da emenda V, o direito dos cidadãos participarem em processos regulamentares.

¹²⁵ SOUTO. Extensão do poder normativo das agências reguladoras. In: SOUTO. Direito administrativo regulatório, p. 397.

Para Habermas, o direito exteriorizado e uma moral interiorizada completam-se reciprocamente. Ademais, no sistema brasileiro, especificamente no âmbito do Direito Administrativo, a relação entre a moral e o direito tem um peso significativo, em razão da positivação, no caput do art. 37, do princípio da moralidade, além da relação quanto às questões de probidade e improbidade administrativas (art. 37, §4º, CF).¹²⁶ Dessa forma, é imprescindível que seja observado esse princípio no processo de produção normativa das agências reguladoras.

Em resumo, o processo normativo das agências reguladoras legitima-se pelo procedimento participativo consensual, que tem como principais mecanismos a participação dos titulares de interesses individuais, coletivos e difusos através de audiências e consultas públicas prévias à edição dos atos normativos que possam afetar os seus interesses.

5 Conclusão

A título de conclusão merecem ser destacados alguns aspectos.

A recente “reforma” ocorrida no Estado brasileiro introduziu na ordem jurídica pátria a possibilidade de criação de entes regulatórios. Porém a Constituição Federal de 1988 não dispôs de forma clara, à luz de uma visão clássica, a sua atuação e forma de legitimação. No entanto, temos que atentar que a dogmática jurídica implica a mutação constitucional em razão das mudanças ocorridas no seio da sociedade.

Nesse sentido, com a adoção do atual modelo estatal, é premente a necessidade de regulação (atuação indireta) da atividade econômica (em sentido amplo), haja vista que esta foi deixada à livre atuação dos particulares (parágrafo único do art. 170 c/c art. 173 da Constituição Federal), só atuando diretamente o Poder Público quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse público (art. 173 da Constituição Federal).

Nesse sentido, o Poder Público, por não mais estar presente diretamente na economia, tem que se valer da sua atuação na forma como lhe é constitucionalmente permitido, qual seja, agindo como agente normativo e regulador. E, como a Constituição Federal de 1988 não deixou de forma clara o modo de legitimação do poder normativo dos entes aqui tratados (o que consiste em sua finalidade), é papel da doutrina suprir essa lacuna jurídica.

¹²⁶ DIAS. Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação, p. 88.

No âmago desse cenário, conclui-se que não há qualquer inconstitucionalidade na atuação das agências;¹²⁷ sendo necessário fazer uma interpretação sistemática do ordenamento, levando em consideração a natural evolução do Estado (pelo fenômeno da mutação constitucional), mas sem transgredir valores e princípios consagrados constitucionalmente.

Dessa forma, não obstante a argumentação de que o poder normativo das agências reguladoras possua um déficit democrático,¹²⁸ concluímos que tal defesa se dá com bases em uma democracia representativa, que concebemos cadente e insuficiente em sociedades eminentemente plurais e complexas como a nossa.

No processo normativo das agências reguladoras, a legitimidade será auferida a partir da legalidade, em razão desses entes fazerem parte do Poder Executivo, produzindo um ato administrativo, e a sua competência ser atribuída por lei. Por conseguinte, será auferida primeiramente a legalidade para depois, a legitimidade. Contudo, a legitimidade não decorre apenas da legalidade; sendo imprescindível que haja a participação popular nos procedimentos de criação da norma.

Assim, não haverá qualquer inconstitucionalidade na previsão de mecanismos que possibilitem a participação da sociedade no processo de elaboração da norma. Afinal qualquer instituto que devolva o poder ao povo será não só desejável, mas também benéfico.

A legitimação (ou heterolegitimação) na seara do processo normativo das agências reguladoras não possui déficit de justificação democrática, desde que haja uma real participação dos particulares (democracia participativa); o que consistirá no próprio dever das agências: incentivar a efetiva participação dos membros da sociedade.

A necessidade de participação social é consequência, dentre outras coisas, do chamado Estado-rede — próprio do modelo Regulador —, no qual há uma descentralização das atividades estatais, objetivando uma maior eficiência dos serviços prestados e evitar a crise de legitimação decorrente do Estado Social que decorreu da desconfiança dos cidadãos e da ineficiência do Estado. Tal forma de ente público pressupõe o pluralismo político e a participação popular. Isso se dá em razão de uma divisão em vários centros do poder e, conseqüentemente, de uma carência de democracia representativa, que, por conseguinte, deve ser

¹²⁷ A legitimação da regulação econômica encontra-se no processo normativo regulatório. Então, discutir a legitimidade do processo normativo das agências reguladoras consiste, em última análise, na própria discussão da legitimidade do modelo regulatório do Estado.

¹²⁸ A democracia da própria regulação é auferida a partir do seu processo de produção normativa.

sanada, e também fortificada, através da participação dos particulares no processo de produção normativa, no qual as decisões sejam tomadas de forma mais próxima ao cidadão (princípio da subsidiariedade).

A participação popular nos procedimentos discursivos possibilita ao Estado acolher, detectar, processar e atender as demandas plurais da sociedade, escolhendo, com vista ao interesse público, quais os valores, dentre aqueles gerados no debate público, devem ser institucionalizados.

Com foco no ordenamento jurídico brasileiro, a participação popular decorre do princípio democrático (parágrafo único do art. 1º da CF), e é expressão da cidadania e do pluralismo político, ambos fundamentos da República (respectivamente art. 1º, inc. V e II, da CF), assim como da consciência nacional. Sob outro ponto de vista, o princípio ora em comento consiste em uma evolução na gestão da coisa pública (princípio da República), no momento em que concede aos cidadãos a possibilidade de atuar na sua gestão.

A democracia procedimental (ou participativa) requer uma observância às regras do jogo, que também pode ser entendida como as normas de um sistema (ordenamento) que foram selecionadas e institucionalizadas a partir de uma gama de expectativas. Assim, na legitimação processual é necessária a observância do devido processo legal (princípio consagrado no art. 5º, LIV, CF).

Por outro lado, essa forma de democracia participativa procedimental é complementada pela moral, o que, no cenário brasileiro, tem extrema importância; haja vista a positivação do princípio da moralidade (art. 37, caput, CF), que deve ser atendido tanto pela administração pública direta quanto indireta.

Dessa forma, concluímos que, na seara das agências reguladoras, o seu poder normativo é legitimado através de procedimentos consensuais sobre as regras do jogo que possibilitem a participação social.

The Legitimacy of Brazilian Regulatory State: a Democratic Analysis

Abstract: This article presents a study about regulatory system's legitimacy at Federal Constitution from 1988. It works to make an analysis of Constitution rules by its systematic interpretation and constitutional mutation phenomenon. All of this to get the regulatory commission's decision legitimacy. Therefore, it is legitimacy of the regulatory system. Accordingly, we see that, despite of a probably "democratic shortage" on its rulemaking power, we defend that it may gets legitimacy through participation procedure.

Key words: Legitimacy. Regulatory State. Participatory democracy. Regulatory commission. Participation procedure.

Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos. A legitimidade democrática das agências reguladoras. In: BINENBOJM, Gustavo. *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ARNAUD, André-Jean. O direito contemporâneo entre regulamentação e regulação: o exemplo do pluralismo jurídico. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- AZEVEDO, Plauto Faraco. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria de direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BORJA, Jordi. O papel do cidadão na reforma do Estado. In: BRESSER-PEREIRA, L. C.; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes. *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: Unesp, 2001.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Sociedade civil: sua democratização para a reforma do Estado*. In: PEREIRA, L. C. Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes. *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: Unesp, 2001.
- BRUNA, Sérgio Varella. *Procedimentos normativos da Administração e desenvolvimento econômico*. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- CALIL, Lais. O poder normativo das agências reguladoras em face dos princípios da legalidade e da separação dos poderes. In: BINENBOJM, Gustavo. *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *"Custos dos direitos" e reforma do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *As agências reguladoras e o poder normativo*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, fev./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 12 abr. 2009.
- CASTELLS, Manuel. Para o Estado-Rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação. In: BRESSER-PEREIRA, L. C.; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes. *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: Unesp, 2001.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DERBLI, Felipe. Proibição de retrocesso social: uma proposta de sistematização à luz da Constituição Federal de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto. A reconstrução democrática do direito público no Brasil. São Paulo: Renovar, 2007.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Terceiro setor e Estado: por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira. A deslegalização e o poder normativo das agências reguladoras. Revista Jurídica In Verbis, Natal, ano 14, n. 26, jul./dez. 2009.

DUPAS, Gilberto. A lógica econômica global e a revisão do Welfare State: a urgência de um novo pacto. In: BRESSER-PEREIRA, L. C.; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes. Sociedade e Estado em transformação. São Paulo: Unesp, 2001.

FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros, 1999.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O poder normativo das agências reguladoras à luz do princípio da eficiência. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GUERRA, Glauco Martins. Princípio da legalidade e poder normativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRAU, Eros Roberto. As agências, essas repartições públicas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. São Paulo: Malheiros, 2002.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

JUSTEN FILHO, Marçal. Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”? In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002.

LOSS, Giovani R. Contribuições à teoria da regulação no Brasil: fundamentos, princípios e limites do poder regulatório das agências. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Autonomia decisória, discricionariedade administrativa e legitimidade da função reguladora do Estado no debate jurídico brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. O novo Estado Regulador brasileiro: eficiência e legitimidade. São Paulo: Singular, 2006.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MENDONÇA, Fabiano. Agências reguladoras: a regulação econômica na atual ordem constitucional. Natal, 2007. em formação.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MOREIRA, Egon Bockmann; SOARES JUNIOR, Lauro Antonio. Regulação econômica e democracia: a questão das agências administrativas independentes. In: BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras e democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- QUEIROZ, José Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista. O setor público. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, José Eduardo; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. Curso de direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 1.
- ROCHA, Jean Paul C. Veiga da. Regulação financeira, direito e democracia. In: FARIA, José Eduardo et al. Regulação, direito e democracia. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.
- SACHS, Ignacy. O Estado e os parceiros sociais: negociando um pacto de desenvolvimento. In: BRESSER-PEREIRA, L. C.; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes. Sociedade e Estado em transformação. São Paulo: Unesp, 2001.
- SANTOS, André Luiz dos; CARAÇATO, Gilson. A consensualidade e os canais de democratização da Administração Pública. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, José Eduardo; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. Curso de direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 1.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma reinvenção solidária e participativa do Estado. In: BRESSER-PEREIRA, L. C.; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes. Sociedade e Estado em transformação. São Paulo: Unesp, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição do retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. In: (Neo)constitucionalismo: ontem os Códigos, hoje as Constituições. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, n. 2, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. Revista de Direito Social, 3, 2001.
- SBROGIO GALIA, Suzana. Mutações constitucionais e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.
- SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SILVA, José Afonso da. Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SOLA, Lourdes. Reforma do Estado para qual democracia?: o lugar da política. In: BRESSER-PEREIRA, L. C.; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes. Sociedade e Estado em transformação. São Paulo: Unesp, 2001.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo regulatório. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Extensão do poder normativo das agências reguladoras. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo regulatório. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SUNKEL, Osvaldo. Globalização, neoliberalismo e reforma do Estado. In: BRESSER-PEREIRA, L. C.; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes. Sociedade e Estado em transformação. São Paulo: Unesp, 2001.

TAVARES, André Ramos. O direito administrativo no Estado mínimo. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, José Eduardo; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. Curso de direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 1.

WILHEIM, Jorge. Por que reformar as instituições?. In: BRESSER-PEREIRA, L. C.; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes. Sociedade e Estado em transformação. São Paulo: Unesp, 2001.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira. A legitimidade do Estado Regulador brasileiro: uma análise democrática. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 135-166, jan./mar. 2011.

Recebido em: 26.07.10

Aprovado em: 15.03.11